

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Raúl Torres Kirmser
Ministro

Año 2014 – Número 2



Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 2

Corte Suprema de Justicia; Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2014: 1.000 ejemplares

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Dr. RAÚL TORRES KIRMSER, Ministro responsable

Abog. CARMEN DORA MONTAÑA, Directora I.I.J.

COORDINACION- GACETA JUDICIAL-(I.I.J.)

ABOG. PABLO COSTANTINI

EQUIPO DE ELABORACIÓN-(I.I.J.)

Abog. PABLO COSTANTINI

Abog. LL.M. PATRICIA VALENTINA VERÓN MONTIEL, Investigadora

Abog. MIRIAM SANTOS DE MERCADO, Investigadora

Abog. EMILY SANTANDER DONNA, Investigadora

Abog. LILIANA GONZÁLEZ VALDEZ, Investigadora

Abog. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN, Investigadora

PAULA MÉNDEZ, Asistente

TERESITA FERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, Asistente

CHRISTIAN FORTE, Auxiliar

JUAN PAEZ, Asistente

GUSTAVO SANCHEZ, Asistente

Contactos: revistagacetajudicial@gmail.com . Tel: (021) 420570, interno 2790

- © **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: 978-99967-37-41-1

CONTENIDO

– Índice por Tribunales	15
JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
DEFENSOR EN LO PENAL. Número de Defensores en lo Penal. JUICIO ORAL Y PÚBLICO.DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la Defensa en juicio. RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el Recurso de Casación. Motivo del Recurso de Casación. Falta de fundamentación. C.S.J. Sala Penal. 19/03/13 (Ac. y Sent. N° 60)	19
ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. CONTRABANDO. PREJUDICIALIDAD. HECHO PUNIBLE. Investigación de hecho punible. Tipificación. Valoración de los hechos en el proceso. CONTRABANDO. PREJUDICIALIDAD. CSJ. Sala Penal (Ac. y Sent. N° 137)	38
SENTENCIA INFUNDADA. MEDICIÓN DE LA PENA. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. MEDICIÓN DE LA PENA.RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. SISTEMA ACUSATORIO. ABUSO SEXUAL EN NIÑOS. MEDICIÓN DE LA PENA EN CASO DE VARIAS LESIONES DE LA LEY. CSJ. Sala Penal. 29/05/13 (Ac. y Sent. N°407)	51
PLAZOS PROCESALES. Plazo razonable. SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento provisional. RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación. Falta de fundamentación. SENTENCIA. Fundamentación. Vicios de la sentencia. SOBRESEIMIENTO.	

CONTENIDO

Sobreseimiento Provisional. CSJ. Sala Penal.17/06/13 (Ac. y Sent. N° 614)	70
PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Alcance de la aceptación de los hechos. CSJ. Sala Penal. 10/07/13 (Ac. y Sent. N° 730)	81
CONTRATO. Cumplimiento de contrato.Nulidad. CSJ. Sala Civil.21/03/13. (Ac. y Sent. N° 82)	87
DAÑO. DAÑO MORAL. SUBASTA PÚBLICA V. REMATE. CSJ. Sala Civil. 04/04/13 (Ac. y Sent. N° 129)	119
DAÑO. Indemnización por daños y perjuicios. Nulidad. Principios generales. RESPONSABILIDAD CIVIL. SANA CRÍTICA V. PRUEBA.CSJ. Sala Civil. 29/04/13 (Ac. y Sent. N° 224)	136
FALSEAMIENTO. FIRMA. CSJ. Sala Civil. 29/07/13 (Ac. y Sent. N° 793)	163
DAÑO MORAL. CSJ. Sala Civil. 22/10/13 (Ac. y Sent. N° 1.403)	183
 TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL	
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. INCONGRUENCIA CITRAPETITA. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/04/13 (Ac. y Sent. N° 26)	201
DENUNCIA. Desestimación. Reparación de perjuicios. HECHOS PUNIBLES. Reparación civil. COSTAS. Costas en el orden causado. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES. DENUNCIA. Responsabilidad. DELITO DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA. Obligación de informar. RESTITUCIÓN DE MENORES. Indemnización por daños perjuicios. Daño moral. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06/05/13 (Ac. y Sent. N° 32)	208
INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 22/05/13 (Ac. y Sent. N° 36).....	215
RECURSO DE NULIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia. RECURSO DE APELACIÓN. Expresión de agravios. CONTRATO DE LOCACIÓN. Responsabilidad. EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS. MALAFE. Litigante de mala fe. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 26/06/13. (Ac. y Sent. N° 44)	221

CONTENIDO

POSESIÓN. Tenencia. DESALOJO..INTERDICTO DE RECOBRAR. Procedencia. TApel. C. y C. Primera Sala. 31/07/13 (Ac. y Sent. N° 52)	235
HÁBEAS DATA. Procedencia. Antecedentes Policiales. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 30/08/13 (Ac. y Sent. N° 62)	240
RECURSO DE NULIDAD. Principios generales. CONTRATO. Exis- tencia del contrato. PRUEBA. Apertura de la causa a prueba. RECURSO DE APELACIÓN. Requisitos. CONTRATO. Existen- cia del contrato. Contenido. CONTRATO. Contrato de compra- venta. Objeto del contrato. Cláusulas. CONTRATO. Cumplimiento de contrato. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 30/08/13 (Ac. y Sent. N° 63)	243
CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 23/09/13 (Ac. y Sent. N° 71)	250
MEDIDA CAUTELAR. RESPONSABILIDAD. T. DE APEL. Civ. y Com. Primera Sala. 24/09/13 (Ac. y Sent. N° 72)	261
ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Requisitos. Procedencia. AC- CIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Estado de indefensión. UNIÓN DE HECHO. MATRIMONIO APARENTE. Reconoci- miento. UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento. Efectos ex nunc. ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia. UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento. Efectos. UNIÓN DE HECHO. Reco- nocimiento. Efectos. ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Pro- cedencia. ACTOS PROCESALES. Nulidad. ACTOS PROCESA- LES. Nulidad. ACTOS PROCESALES. Nulidad. ACCIÓN AU- TÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia. Estado de indefensión. TApel. C. y C. 30/09/13 (Ac. y Sent. N° 75)	267
NULIDAD. Validez formal de la sentencia. Errores en el procedimien- to. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Nulidad de sentencia. CRÉDITO. Refinanciación de deuda. JUICIO ORDINARIO. Co- bro ordinario. Caducidad. CADUCIDAD. Declaración de oficio. JUICIO ORDINARIO. Caducidad. DEMANDA RECONVENCIO- NAL. Nulidad. Resolución del contrato hipotecario. SENTEN- CIA. Sentencia revocatoria. COSTAS. Costas a la perdedora. TApel. C. y C. Primera Sala. 13/11/13 (Ac. y Sent. N° 91)	280

CONTENIDO

SERENO. GUARDIA DE SEGURIDAD. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Causas eximentes. Prueba. TAPEL. C. y C. Segunda Sala. 12/04/13 (Ac. y Sent. N° 34)	292
RECURSO DE NULIDAD. Principios generales. PRUEBA. Carga de la prueba. Inversión de la prueba. DAÑOS. Pruebas. Exonera- ción de responsabilidad. Quantum indemnizatorio. LEY. Armo- nización de leyes. PRODUCTOS. Permiso. Licencia legal. Certi- ficación. INDEMNIZACIÓN. Monto. Discriminación de rubros. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/04/13. (Ac. y Sent. N° 43)	299
ESCRITURA PÚBLICA. Error material. COSTAS. Orden causado. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/06/13 (Ac. y Sent. N° 55).	313
NOMBRE COMERCIAL. MONTO DEL PERJUICIO. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 17/09/13 (Ac. y Sent. N° 74)	318
CONTRATOS. Naturaleza del contrato. Contrato de compraventa. Cumplimiento de obligaciones contractuales. PRUEBA. Prueba pericial. Sana crítica. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 20/09/13 (Ac. y Sent. N° 79)	331
PRUEBA. Prueba confesoria ficta. NULIDAD DE ACTO JURÍDICO. TEORÍA DE LA LESIÓN. SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDI- CO. Procedencia. ACTO JURÍDICO. Existencia. ENRIQUECI- MIENTO INDEBIDO. Procedencia. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/10/13 (Ac. y Sent. N° 85)	340
NULIDAD. Principios generales. ACCIÓN. Acción puramente decla- rativa. Acción pertinente. FIRMA. Reconocimiento de firma. TAPEL. Civ. y Com. Segunda Sala. 24/10/13 (Ac. y Sent. N° 94)	354
NULIDAD. Presunciones. Desestimación del recurso de nulidad. Va- loración de pruebas. Desestimación del recurso de nulidad. In- congruencias. Desestimación del recurso de nulidad. RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de recurso de nulidad. ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción. Indefen- sión. Desconocimiento. Principios generales. Extemporaneidad. MANDATO. Obligación del mandatario. CONTRATO. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Cambio de domicilio. TA- PEL. Civ. y Com.. Segunda Sala. 07/11/13 (Ac. y Sent. N° 99) ..	365
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN PASIVA. Procedencia. TAPEL. Civ. y Com. Segunda Sala. 26/11/13 (Ac. y Sent. N° 105)	374

CONTENIDO

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. INTERDICTO DE RECOBRAR. PROCEDENCIA. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 7/02/13 (Ac. y Sent. N° 3)	379
CONTRATO. PRUEBA POR ESCRITO. TApel. Civil y Com. Tercera Sala. 06/03/13 (Ac. y Sent. N° 14)	386
ACCIÓN INDEMNIZATORIA. Acción penal. DAÑO. Causa. Requisitos. Antijuridicidad del hecho. Conducta antijurídica. RESPONSABILIDAD CIVIL. Ilícito penal. Ilícito civil. Conducta antijurídica. Abuso del derecho. Criterios de valoración. Conducta dolosa. Conducta culposa. Ilícito civil. Intención de dañar. Formulación de denuncia. Culpa grave. Conducta temeraria. TApel. Civ. y Com. Tercera. 06/03/13 (Ac. y Sent. N° 15)	393
EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Medio general de defensa. Resolución. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia. COMPRAVENTA. Pacto de retroventa. PRESCRIPCIÓN. Procedencia. COMPRAVENTA. Pacto de retroventa. ACCIÓN DE NULIDAD. ACCIÓN DE NULIDAD. Demanda contra escribano. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 21/03/13 (Ac. y Sent. N° 22)	412
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. PROCEDENCIA. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 26/03/13 (Ac. y Sent. N° 24) ..	420
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia parcial. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. PRINCIPIO IURANOVIT CURIA. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Calidad invocada. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Titularidad del vehículo siniestrado. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral. Intereses. Determinación. ACCIDENTE DE TRÁNSITO. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/04/13 (Ac. y Sent. N° 30)	433
PRUEBA. Pruebas instrumentales. PRUEBA. Carga de la prueba. COSTAS. Costas al vencido. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/04/13 (Ac. y Sent. N° 34)	445
MARCA DE FÁBRICA. Legislación aplicable. Registro de la marca. Reinscripción. Mala fe en el registrante. Hecho notorio. Marca notoria. Marca renombrada. Registro en varios países. PRUEBAS. Pruebas instrumentales. Idioma extranjero. MARCA DE FÁBRICA. Invalidación del registro. Mala fe. PRESCRIPCIÓN.	

CONTENIDO

Prescripción de la acción. TApel Civ. y Com. Tercera Sala. 24/06/13 (Ac. y Sent. N° 61)	454
CONTRATO DE SEGURO. Subrogación. ACCIDENTE DE TRÁNSITO. Culpa del conductor. Solidaridad. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala.28/08/13 (Ac. y Sent. N° 87)	462
PROCESO. Legitimación. DERECHO DE PROPIEDAD. Titular de la cosa. DOMINIO. Transferencia del dominio. Posesión. Transferencia del dominio. Propiedad. HIPOTECA. Ejecución. Reconocimiento del gravamen. Compraventa de inmueble hipotecado. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. TApel. Civ y Com. Tercera Sala. 30/08/13 (Ac. y Sent. N° 88)	476
CONTRATO. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MENORES. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 19/02/13. (Ac. y Sent. N° 1)	489
CONTROVERSIA. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 22/02/13 (Ac. y Sent. N° 3)	494
PLAZOS. Prescripción. INDEMNIZATORIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS. CONTRATO DE SEGURO. Obligación del asegurador. CONTRATO DE SEGURO. Obligación del asegurador. CONTRATO DE SEGURO. Tomador del seguro. CONTRATO DE SEGURO. Obligatoriedad. REPARACIÓN DE DAÑOS. Acciones. Prescripción. CONTRATO DE SEGURO. Citación en garantía. Plazo. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/04/13 (Ac. y Sent. N° 27)	498
RECURSO DE NULIDAD. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO. Cuestión extra petita. INTERDICTO DE OBRA NUEVA. Posesión inmediata. Finalidad. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 19/04/13 (Ac. y Sent. N° 35)	505
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Daño Moral. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Incumplimiento. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 24/04/13 (Ac. y Sent. N° 38)	511
USUCAPIÓN. ANIMUS DOMINIS. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 26/04/13 (Ac. y Sent. N° 40)	518

CONTENIDO

INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS. Pruebas inconducentes. Pruebas superfluas. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Medio general de defensa. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Requisitos para la acción. Denuncia falsa o temeraria. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 18/06/13 (Ac. y Sent. N° 67)	525
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia. Requisitos. RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia. REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. Falsedad ideológica. Actos realizados en la misma escritura pú- blica. HIPOTECA. Levantamiento de hipoteca y transferencia de propiedad. ESCRITURA PÚBLICA. Validez. REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. Instrumento público. Actos jurídicos en un mis- mo instrumento. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 05/07/13 (Ac. y Sent. N° 78)	533

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

19-03-13. “M.E.C. y Otro s/ H.P. c/ La Prueba Documental, Producción de Documento No Auténtico y Otros” (Ac. y Sent. N° 60)	19
8-04-13. “L.A y Otros s/ Tentativa de Contrabando” (Ac. y Sent. N° 137)	38
29-05-13. “M.P. c/ O. S. F. F. s/ Hecho Punible c/ Menores” (Ac. y Sent. N° 407)	51
10-07-13. “Recurso de Casación Interpuesto por el Agente Fiscal Abogado Víctor Joel Paredes Caballero en la Causa: F.L.P. s/ Estafa” (Ac. y Sent. N° 614)	70
10-07-13. “E.M. y Otros s/ Hecho Punible c/ Ley 1.910/02” (Ac. y Sent. N° 730)	81

SALA CIVIL Y COMERCIAL

21-03-13. “Reconstitución del Expdte. Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. N° 82)	87
4-04-13. “Antolín Fernández c/ Rodantes S.A. s/ Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 129)	119
29-04-13. “Sanu S.A. c/ Vero S.A. Asistencia Médica Internacional y el Ing. Luis A. Infanzón Salerno s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 224)	136
29-07-13. “Nilda Lorenza Ynsfrán de Ramírez c/ Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y Otros s/ Nulidad de Acto Jurídico / Indemnización de Daños” (Ac. y Sent. N° 793)	163

ÍNDICE POR TRIBUNALES

22-10-13. “Digna Mercedes Ayala de Sánchez y Otros c/ María Concepción Zárate s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad” (Ac. y Sent. N° 1.403)	183
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
PRIMERA SALA	
17-04-13. “Adriano Vera Pineda c/ Sydney Wedderhoff s/ incumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 26)	201
6-05-13. “Leticia Liliana Fernández Cabrera c/ Mario Esteban de la Cruz Mersch s/ indemnización de daño moral” (Ac. y Sent. N° 32)	208
22-05-13. “Modesto Paniagua Castillo c/ César Aurelio Morínigo y/o La Lorena S.A. s/ interdicto de retener la posesión” (Ac. y Sent. N° 36)	215
26-06-13. “Nicasio Acosta e Hijos c/ Mirian Fátima Segovia Vera y otros s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 44)	221
31-07-13. “Andresa Ocampos de Benítez c/ Mónica Marín y Francisco Alvarenga Godoy s/ interdicto de recobrar la posesión” (Ac. y Sent. N° 52)	235
30-08-13. “Ricardo Augusto Giménez Benítez s/ habeas data” (Ac. y Sent. N° 62)	240
30-08-13. “Marcos Antonio Quiroz Astigarraba c/ Rossana Beatriz Colmán Carballo s/ cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 63)	243
23-09-13. “Miguel Ángel Cardozo c/ Osvaldo Crispín Pérez Vallejos s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 71)	250
24-09-13. “Wishimpex S.R.L. c/ Aníbal Roberto Figueredo Mieres s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 72)	261
30-09-13 “Olga Cecilia Morínigo Alvarenga c/ los Autos caratulados: Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios c/ Jorge Saúl Sosa Gavilán s/ Ejecución Hipotecaria s/ Acción Autónoma De Nulidad” (Ac. y Sent. N° 75)	267
13-11-13 “Asociación de Mutualidad Notarial c/ Rubén Emigdio Ocampo Ramírez S/ Cobro de Guaraníes Ordinario” (Ac. y Sent. N° 91)	280

ÍNDICE POR TRIBUNALES

SEGUNDA SALA

12-04-13. “Nelli Francisca Ramírez de Lugo c/ Construcciones y Viviendas Paraguayas S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 34)	292
29-04-13. “Ingrid Lorena Lugo Domínguez y otro c/ Empresa Iris S.A.C.I. s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 43)	299
25-06-13. “Alfredo Damián Mendoza Sulewski y otros c/ Juan Carlos Britos Villate y otros s/ nulidad de acto jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 55)	313
17-09-13. “Alamo S.A. c/ El Alamo S.A. s/ supresión de nombre comercial e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 74)	318
20-09-13. “Shirosawa Co. S.A.I.C. c/ Ferrabil Maquinas e Equipamientos Ltda. s/ cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 79)	331
07-10-13. “Agustín Rómulo Acosta Colmán c/ Hugo Carlos Montiel Riveros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 85)	340
24-10-13 “José Antonio Arias Mañotti s/ Acción Puramente Declarativa” (Ac. y Sent. N° 94)	354
07-11-13 “Marcia Andrade Toledo de Duarte s/ Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 99)	365
26-11-13. “José Gaspar Gómez Fleytas c/ Carlos Candia López y otros s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 105)	374

TERCERA SALA

7-02-13. “Cesar Orlando Riveros Méndez c/ Derlis Cáceres y otro s/ interdicto de recobrar la posesión” (Ac. y Sent. N° 3)	379
6-05-13. “María Elizabeth Ibarra c/ Amitour S.A. s/ juicio ordinario” (Ac. y Sent. N° 14)	386
06-03-13. “Emiliana Acosta López c/ Carmen Raquel Aranda Herken y otros s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 15)	393
21-03-13. “María Luisa Fariña Vda. de Annarumma c/ Fulvia Celina Aquino Durán y otros s/ nulidad de acto jurídico” (Ac. y Sent. N° 22)	412
26-03-13. “Eugenio Caballero Torales c/ Cambios La Moneda S.R.L. s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 24)	420

ÍNDICE POR TRIBUNALES

4-04-13. “Perfecto Benítez Emery c/ Griselda Samaniego Romero s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 30)	433
9-04-13. “RM 8 Desarrollo S.R.L. c/ Grupo VP S.A. y otros s/ cobro de guaraníes ordinario” (Ac. y Sent. N° 34)	445
24-06-13. “Societe Des Produits Nestlé S.A. c/ Café Damasco S.A. s/ nulidad de Registro de Marca” (Ac. y Sent. N° 61)	454
28-08-13. “La Rural S.A. de Seguros c/ Eurocar S.A. y otros s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 87)	462
30-08-13. “Integral Trading S.A. c/ Petrolub S.R.L. s/ cobro de guaraníes ordinario” (Ac. y Sent. N° 88)	476

CUARTA SALA

19-02-13. “Norma Gracia c/ Yessica Amanda Sly s/ cumplimiento de contrato y otros” (Ac. y Sent. N° 1)	489
22-02-13. “Patrocinia Norma Rodríguez Martínez c/ Jorge Luis Mereles González s/ Pago por Consignación.” (Ac. y Sent. N° 3)	494
9-04-13. “Félix Vidal Ferreira Fleitas y María del Carmen Vega Rodas c/ Luis Alberto Acosta González y Juana María Azucena Galeano Riquelme s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 27)	498
19-04-13. “María del Carmen Montiel Amaral c/ Atilio Gervacio Servín Recalde s/ interdicto de obra nueva” (Ac. y Sent. N° 35)	505
24-04-13. “María Victoria Aparicio Pintos y otros c/ Osapar S.R.L. y otros s/ indemnización de daños y responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 38)	511
26-04-13. “Martiniano Espínola Barrios y otros c/ María Elvira Fiore de Zubizarreta s/ prescripción adquisitiva de dominio” (Ac. y Sent. N° 40)	518
18-06-13. “María Elena Adelaida Cáceres de Scappini c/ Antonio Debernardi y otros s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 67)	525
05-07-13. “Sucesión de Juan César Meza Medina c/ María Luisa Meza Medina s/ redargución de falsedad y nulidad de escritura pública” (Ac. y Sent. N° 78)	533

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 60

Cuestión debatida: *El abogado defensor se agravia contra el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, por el cual se declara inadmisibile el Recurso de Apelación General interpuesto contra de la S.D. dictada por el Tribunal de Sentencias por la que se declara comprobada la existencia del hecho punible de Producción de Documentos no Auténticos e interpone recurso de casación alegando el Art. 478 inc. 3 del C.P.P. (falta de fundamentación).*

DEFENSOR EN LO PENAL. Número de Defensores en lo Penal.

No existe en la ley procesal alguna formulación legal, de las que se pueda inferir que la intervención de uno o más abogados defensores en el juicio oral y público convierta a tales intervinientes en los únicos habilitados para interponer los recursos previstos en la ley, razón por la cual la tesis de los miembros del colegiado en autos no se halla ajustada a derecho y debe ser anulada, por sustentarse en un erróneo criterio interpretativo, que afecta a los derechos de defensa y al deber de fundamentación lógica y razonada del derecho vigente al caso sometido a su conocimiento.

DEFENSOR EN LO PENAL. Número de Defensores en lo Penal.

El art. 108 del Código Procesal Penal consagra y reglamenta la garantía del imputado de designar a los abogados defensores, en el número que estime convenientes o que la complejidad del asunto lo requiera. Esto es siempre en resguardo a la efectividad y eficacia de la labor defensiva, es el de limitar la intervención, simultánea, a no más de dos profesionales en un mismo acto o audiencia oral en procura de su defensa, a fin de propender al orden y evitar incompatibilidades en las proposiciones defensivas.

JUICIO ORAL Y PÚBLICO. DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la Defensa en juicio.

No es verdad la tesis de que el defensor que no ha participado en el juicio oral tiene vedada la facultad de recurrir una resolución judicial, esta tesis afecta el derecho a la defensa en juicio, previsto en el Art. 16 de la Constitución, pues ello limita ostensiblemente los derechos del acusado de recurrir las resoluciones judiciales e igualmente su prerrogativa de designar a los abogados de su confianza, que podrían abocarse a tal menester.

RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el Recurso de Casación.

Al haber sido declarado inadmisibile el recurso de apelación, como producto de un errado razonamiento judicial, corresponde que el mismo vuelva a ser estudiado por otro tribunal, de conformidad a las previsiones del Art. 473 del Código Procesal Penal.

RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del Recurso de Casación. Falta de fundamentación.

La falta de fundamentación en un Acuerdo y Sentencia, conocido en doctrina como fundamentación aparente, existe cuando el tribunal pretende reemplazar la debida fundamentación.

C.S.J. Sala Penal. 19/03/13. “M.E.C. Y OTRO S/ H.P. c/ LA PRUEBA DOCUMENTAL, PRODUCCIÓN DE DOCUMENTO NO AUTÉNTICO Y OTROS” (Ac. y Sent. N° 60).

Efectuada la verificación de los antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acordó votar y decidir las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible el Recurso de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Ministro BENÍTEZ RIERA dijo que: Corresponde primeramente decidir la admisibilidad o no del Recurso Extraordinario de Casación promovido en autos.

Que, dado el carácter eminentemente técnico del recurso extraordinario interpuesto, nuestra legislación procesal impone otros requisitos formales que

necesariamente deben complementarse integralmente con los anteriores, como ser, el plazo de presentación y autoridad judicial competente ante quien se plantea y, por otra, las condiciones de interposición.

El abogado A.S.C., por la defensa de M.A.C. interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones.

El sistema recursivo del actual sistema procesal se rige esencialmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual, por lo tanto, corresponde efectuar el estudio de la admisibilidad del recurso deducido.

El análisis en primer término corresponde a si el recurso se ha interpuesto en la forma y término prescriptos por la norma.

El Art. 468, aplicable por expresa remisión del artículo 480, ambos del Código Procesal Penal dispone: “El recurso... se interpondrá en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende”.

En cuanto a la impugnabilidad objetiva, la resolución recurrida es una Sentencia Definitiva, emanada de un Tribunal de Apelación con potencialidad de poner fin al procedimiento penal, por lo que el objeto de la Casación insertado en el 477 del Código Procesal Penal se haya cumplido. En cuanto a la motivación invocada por el recurrente como soporte legal para justificar la viabilidad del recurso, también se encuentra verificada a cabalidad toda vez que se respalda en la casuística legal prevista en el numeral 3 del artículo 478 del C.P.P., que prevé en sus regulaciones el supuesto cuando la sentencia o el auto impugnado sea manifiestamente infundado.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el Representante de la defensa de M.A.G.C. se halla debidamente habilitado y ha sido reconocida en autos su personería para implementar la mecánica recursiva que estima pertinente a favor de su defendido.

Respecto a la impugnabilidad objetiva, la resolución recurrida es un Acuerdo y Sentencia emanado de un Tribunal de Apelación que, al ser un pronunciamiento que declara inadmisibile el recurso de apelación especial tiene el efecto de dejar incólume lo decidido en la instancia inferior, por tanto, el decisorio tiene la potencialidad de cerrar irrevocablemente el procedimiento operando como

factor inhibitor a la apertura de una nueva causa penal por el mismo hecho, dotándole del carácter de definitividad. En consecuencia, el objeto (Art. 477 del C.P.P.) está cumplido.

El Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 7 de julio de 2011 fue notificado a la defensa de M.A.G.C en fecha 14 de julio de 2011 conforme constancia obrante a fs. 358 de autos. Por otro lado, obra una fotocopia refrendada por el Actuario Judicial O.G.Z de la Cédula de Notificación practicada a M.A.G.C., donde el personal de la Comisaría, a cargo del Sub Oficial Inspector J.V. informa que se constituyó en el domicilio de M.A.G. y que el mismo no se encontraba en el domicilio.

En lo que hace al tiempo y forma de interposición, el recurso ha sido presentado dentro del plazo previsto en la ley, por escrito ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En relación al presupuesto motivacional, esto es el motivo (Art. 478 del C.P.P.), también está satisfecho, como ya se mencionó, en el sentido de que ha sido invocada la causal prevista en el numeral 3° del citado artículo que hace referencia a la sentencia o auto manifiestamente infundado, hipótesis que está abarcada dentro de los exclusivos motivos, que en forma taxativa reconoce el articulado procesal en mención.

Cabe recordar que el Art. 468 del C.P.P., aplicable al caso por remisión expresa ordenada por el Art. 480 del citado código procedimental que establece: *“El recurso... se interpondrá... y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende...”*, dispositivo que armoniza con lo dispuesto en el Art. 450 del C.P.P. que dispone: *“Los recursos se interpondrán, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en este código, con indicación específica de los puntos de la resolución impugnados”*. Las disposiciones legales citadas son precisamente las que reglamentan la forma y medida a las que hacen alusión los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia expuesta en el Art. 259 de la Constitución Nacional.

Las rigurosas exigencias formales plasmadas en las citadas normativas son consecuentes con el carácter extraordinario y eminentemente técnico del recurso de casación que exige una concordancia armónica entre el motivo, la fundamentación y propuesta de solución que integran los eslabones formales a los que está supeditada la admisibilidad del recurso casacional, lo que presupo-

ne que los agravios deben contener un plexo argumental razonado y autosuficiente que identifica los defectos que anidan en el fallo en función al *nomen juris* de la causal alegada, denostando clara y concretamente la violación existente, el vicio o error del que adolece el fallo impugnado, el modo como se afecta los derechos y su carácter infundado, ya que tal exigencia constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico de la impugnación que fija la competencia y determina el ámbito de control del órgano revisor.

En ese marco de razonamiento, cotejando el contenido del escrito recursivo en función a la exigencia prevista en las normas procesales, se observa que los argumentos fueron expuestos de manera coherente y acorde a los requerimientos establecidos, por lo que corresponde declarar admisible el estudio del recurso deducido. Es mi voto.

Asus turnos, los Ministros PUCHETA DE CORREA y BLANCO, manifiestan adherir sus votos al que antecede, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Ministro Benítez Riera dijo: El Tribunal de Apelaciones, Acuerdo y Sentencia mediante, resolvió: "... 1) *DECLARAR la competencia de este Tribunal para resolver el recurso de Apelación Especial interpuesto...* 2) *DECLARAR inadmisibile el Recurso de Apelación General interpuesto por el Abogado G.R.E. y como así también DECLARAR INADMISIBLE el Recurso de Apelación Especial INTERPUESTO POREL Abogado A.S.C., ambos en contra dela S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011, dictada por los Magistrados Dres. HÉCTOR CAPURRO RADICE en calidad de Presidente y como miembros titulares Dres. CARLOS ORTIZ BARRIOS y MIGUEL BERNARDES SOLJANCIC...* 3) *ANOTAR...*".

Que, por S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011, el Tribunal de Sentencias resolvió, entre otras cosas: "... 1) *DECLARAR* la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia... 2) *DECLARAR* comprobada la existencia del hecho punible de *PRODUCCIÓN DE DOCUMENTO NO AUTÉNTICO*... 3) *DECLARAR* reprochable la conducta típica y antijurídica del acusado M.A.G.C.... 4) *CALIFICAR* la conducta de M.A.G.C. dentro de las disposiciones del artículo 246 inc. 1°, en concordancia con el Art. 29 inc. 1° todos del Código Penal... 5) *CONDENAR* a M.A.G.C ...con la pena privativa de libertad de 3 AÑOS, que la deberá cumplir en la *PENITENCIARÍA NACIONAL DE TACUMBÚ*, una vez firme la sentencia... 6) *MODIFICAR* las medidas sustitutivas impuestas por A.I. N° 397 de fecha 21 de abril de 2008...y decretar el *ARRESTO DOMICILIA-*

RIO del condenado... 7) OFICIAR a la Comandancia Nacional de la Policía Nacional y a la Comisaría N° 16 de la ciudad de Ybycuí, para su toma de razón... 8) IMPONER las costas al condenado...9) ANOTAR...”.

Que, el recurrente, en el escrito respectivo en lo medular sostuvo: “... El fallo en cuestión declara inadmisibles el recurso de apelación especial fundado interpuesto en tiempo y forma oportunos en ejercicio de la defensa técnica penal con personería reconocida en los autos y sin haberse revocado expresa ni tácitamente el mandato conferido ni cancelada mi intervención procesal y/o haberse declarado abandonada la defensa y menos renunciado a la defensa del imputado...El argumento sostenido por el Tribunal de Apelaciones en dicho fallo además no cuenta con disposición legal respaldatoria ni remisión a norma procesal alguna en tal sentido, lo cual a todas luces lo vuelve arbitrario e ilegal... El Acuerdo y Sentencia impugnado basamentó la decisión asumida en el hecho de que el nuevo proceso penal sólo es permitida la asistencia profesional de hasta dos abogados por imputado y de esta manera declaró inadmisibles el recurso de apelación especial interpuesto por el tercer abogado, y a continuación se cita el argumento del Tribunal para dicha decisión: “Que, por otro lado, a fs. 262/273 el abogado Adrián Salas Coronel interpone el recurso de apelación especial, sin embargo, debemos tener en cuenta que a fs. 225 obra en el acta de Juicio Oral y Público que asisten como abogados defensores al Sr. M.A.G.C., los profesionales G.R.E.V. y M.E. quien solicita sea reconocida su personería, la cual el Tribunal admite, quedando de este modo los abogados que lo asistieron en el juicio oral y público como únicos abogados defensores intervinientes para recurrir en alzada. Por ello la apelación especial interpuesta por el abogado A.S.C., resulta a todas luces inadmisibles... Por tanto se peticiona: ...se haga lugar al recurso y se anule y/o revoque el Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 7 de julio de 2011, dictado en los autos individualizados y emanados del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Tercera Sala, a cargo de los magistrados Dra. Mirtha González de Caballero, Dr. Agustín Lovera Cañete y José Waldir Servín por los motivos y causas señalados...el reenvío de la causa a un nuevo Tribunal de Apelaciones para que proceda al estudio y resolución del recurso de apelación especial interpuesto por esta defensa en contra de la Sentencia Definitiva condenatoria de la Primera Instancia...”.

El planteamiento recursivo fue contestado a fs. 375/378 por la fiscal adjunta María Soledad Machuca Vidal, en los siguientes términos: “... *al analizar la*

resolución de alzada se confirma, tal cual lo denuncia el impugnante, que el Tribunal de Apelaciones no fundamentó con preceptos legales la decisión por la cual declaró inadmisibile el recurso de Apelación General... lo que el órgano jurisdiccional de segundo grado realizó fue señalar que el Abogado A.S.C no asistió al condenado en Juicio Oral y Público, y por tal motivo rechazó el recurso de apelación especial interpuesto por el mismo, aduciendo que los únicos abogados defensores que pueden recurrir ante la alzada son los profesionales que asistieron al condenado en la audiencia de debate...el artículo 108 del Código Procesal Penal establece que: "el imputado podrá designar los defensores que considere convenientes, pero no será defendido simultáneamente por más de dos abogados en las audiencias orales..." ...si bien el abogado A.S.C. no estuvo presente durante el transcurso del Juicio Oral y Público, el mismo tiene reconocida la personería como defensor del condenado en la presente causa, y no hay constancia que acredite que la misma haya sido revocada, cancelada o abandonada... el órgano jurisdiccional de segunda instancia omitió el estudio de las pretensiones de la defensa mediante la inobservancia y errónea aplicación de preceptos legales, coartando así el derecho a la defensa a recurrir la resolución judicial condenatoria... indefectiblemente, corresponde la casación del fallo impugnado, pues, como se ha señalado, la resolución recurrida se halla afectada de vicios que acarrear su nulidad y hacen viable el recurso interpuesto... en consecuencia, hacer lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto... se requiere el reenvío de la presente causa a un nuevo Tribunal de Apelaciones, a los efectos que resuelva acerca de la apelación especial de la sentencia planteada por la defensa del condenado..."

Que, a fs. 381/383 de autos, obra el escrito de contestación del traslado presentado por el Abogado H.B., por medio del cual manifestó: "... *El Acuerdo y Sentencia impugnado debe ser confirmado en todas sus partes, dado que el mismo ha dado cumplimiento con todos los requisitos legales y se ajusta a derecho, pues en puridad no se ha trasgredido ninguna norma del debido proceso o del derecho a la defensa... En efecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Tercera Sala ha advertido que son los Abogados G.R.E. V. y M.E. quienes asistieron al encausado ininterrumpidamente durante todo el transcurso del juicio oral y público, sin que haya intervenido de modo alguno el profesional A.S.C. ... quienes se hallaban facultados a recurrir la resolución, en efecto lo han hecho...sin ninguna indicación expresa del encausado...se ha presentado otro letrado a*

formular un nuevo recurso, por lo que resulta inadmisibile, tal como lo advierte acertadamente el Tribunal de Apelaciones... PETITUM... Previos trámites de rigor, rechace las pretensiones del casacionista, confirmando a su vez el Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 7 de julio de 2011...".

Que, el artículo 256 de la Constitución Nacional establece que toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la Ley. El Código de Forma, en su artículo 125 consagra la exigencia de que las sentencias definitivas contengan una clara y precisa fundamentación de la decisión adoptada. Debe indefectiblemente, por tanto, el Tribunal expresar los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones.

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

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

En ese sentido, el Tribunal de Apelaciones esbozó: "...por otro lado, a fs. 262/273 el abogado A.S.C., interpone el Recurso de Apelación, sin embargo, debemos tener en cuenta que a fs. 225 obra en el acta de juicio oral y público que asisten como abogados defensores al Sr. M.A.G.C., los profesionales G.R.E.V. y M.E. quien solicita sea reconocida su personería, la cual el Tribunal admite, quedando de este modo los Abogados que lo asistieron en el Juicio Oral y Público, como únicos abogados que lo asistieron en el Juicio Oral y Público, como únicos abogados defensores intervinientes para recurrir en alzada. Por ello, la Apelación Especial interpuesta por el abogado Adrián Salas Coronel, resulta a todas luces inadmisibile... la idea del recurso como derecho aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en el Art. 8 sobre Garantías Judiciales dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal Superior... en el Espíritu del pacto de

San José de Costa Rica, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en el proceso penal. De esto no se debe inferir que cualquier resolución puede ser recurrida inmediatamente, ni que cualquier sujeto del proceso puede recurrir cualquier resolución. La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal y que debe ser analizado en relación con la totalidad del proceso penal...”.

Los argumentos transcriptos precedentemente son reveladores de la falta de fundamentación que adolece el Acuerdo y Sentencia impugnado por lo que en doctrina se conoce como fundamentación aparente y equivocada con la que se pretende remplazar la debida fundamentación. En este sentido, el Tribunal de alzada negó al abogado A.S.C. la legitimación subjetiva para impugnar la sentencia en cuestión, con el argumento de que los legitimados eran los Abogados G.R.E.V. Y M.E. y únicamente ellos los legitimados para recurrir en alzada, porque fueron quienes asistieron en el juicio oral y público a M.A.G.C. Citó, como ya se transcribió, lo establecido en el Art. 8 inciso h) del Pacto de San José de Costa Rica, que trata sobre el derecho que tiene toda persona durante el proceso a recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal Superior. En efecto, las fundamentaciones del Tribunal de Apelaciones contravienen disposiciones de rango constitucional y legal que garantizan el derecho a la inviolabilidad de la defensa, cuales son los artículos 16, 17 inciso 5), todos de la Constitución Nacional, y los artículos 6, 75 inciso 4), 97, 108, todos del Código Procesal Penal.

Que, según constancias de autos, el abogado A.S.C. fue designado por M.A.G.C. como Abogado Defensor a fs. 132 de autos; el mencionado profesional aceptó el cargo a fs. 133 de autos y el Juzgado Penal de Garantías reconoció su personería a fs. 142 de autos y, no consta en autos que el abogado A.S.C. haya renunciado al mandato, que se le haya revocado la carta-poder o que se haya declarado judicialmente el abandono de la defensa, por lo que su personería como abogado defensor de M.A.G.C., hasta el presente, se mantiene incólume.

Que, la única limitación en cuanto al número de abogados defensores a que hace referencia el Código Procesal Penal la encontramos en lo dispuesto por el artículo 108 del C.P.P., en su párrafo primero donde dice textualmente: “... *no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados en las audiencias orales o en un mismo acto...*”. De la transcripta norma se deduce que la

defensa no podrá ser ejercida por más de dos abogados en las audiencias orales o en un mismo acto. En el presente caso, el abogado Gustavo Escobar planteó a fs. 256/258 de autos recurso de apelación general contra la S.D. N° 48 de fecha 1 de abril de 2011 y, por otro lado, el abogado A.S.C. a fs. 262/273 interpuso recurso de apelación especial contra la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011. Valga la aclaración de que la S.D. N° 48 tiene por fecha el 24 de marzo de 2011, conforme consta a fs. 242/253 de autos.

Que, conforme puede deducirse, no se da en este caso ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 108 del C.P.P. en su primer párrafo, pues M.A.G.C. no fue asistido simultáneamente por más de dos abogados en una audiencia oral ni su defensa fue ejercida por más de dos abogados en un mismo acto. Además, el abogado A.S.C. tiene reconocida en autos la personería como abogado defensor de M.A.G.C. y, como ya se dijo, la misma renunciada, revocada ni declarada judicialmente abandonada, por lo que su personería en el carácter señalado se continúa inalterable.

Al respecto, MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS dice: "...Motivación equívoca...¿Cuándo se da la motivación equívoca en la sentencia?... El tribunal incurre en una motivación equívoca cuando la argumentación utilizada en el fallo, se sustenta de modo exclusivo en una circunstancia fáctica de la que razonablemente pueden extraerse conclusiones opuestas, pues al optar sin otro fundamento o explicación por una de ellas, se viola el principio lógico de no contradicción y por lo tanto se incurre en arbitrariedad... Falta o insuficiencia en la motivación... ¿Cuándo hay falta o insuficiencia de motivación?... La doctrina y la jurisprudencia consideran a la falta de motivación como un equivalente a la motivación contradictoria o errónea y además como fallas lógicas en la fundamentación de las resoluciones recurribles...Sentencia arbitraria... Es aquella dictada por el Tribunal, sin apoyo legal o prescindiendo de las constancias de la causa... apartándose de lo que la ley establece, como una manifestación arbitraria de su potestad jurisdiccional..." ("Lineamientos sobre el Código Procesal Penal". Carolina Llanes. Editora Litocolor SRL. Asunción, Paraguay. Año 2002).

Que, la resolución manifiestamente infundada puede serlo por distintos motivos y uno de ellos es precisamente cuando sus fundamentos son equivocados y arbitrarios, como en el presente caso, lo que habilita a la Sala Penal a declarar la procedencia del Recurso Extraordinario de Casación, fundado en el

motivo establecido en el inciso 3 del artículo 478 del Código Procesal Penal. Por tanto, sobre la base de las consideraciones que anteceden, la limitación establecida por el Tribunal de Apelaciones carece de sustento legal, por lo cual corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de casación promovido y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 7 de julio de 2011, específicamente del punto dos por el cual el Tribunal de Alzada declara inadmisibles el recurso de Apelación Especial interpuesto por el abogado A.S.C., contra la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011 dictada en estos autos.

Ahora bien, en cuanto a la solución que debe darse a este caso, debemos recordar que nuestro Sistema Penal sostiene que el único medio idóneo legal para dirimir y resolver los problemas del área penal es el Juicio Oral y Público, estableciendo los principios de concentración, oralidad e inmediatez. Teniendo en cuenta dichos principios, el órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea unipersonal o colegiado, y el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (Art. 175 del C.P.P.), a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. Queda claro entonces que la valoración de las pruebas es de competencia exclusiva de los Tribunales de Mérito.

Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancia, en el cual el Tribunal de Sentencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir, la sentencia de mérito. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en el que el tribunal y las partes han apreciado las pruebas y discutidas las cuestiones bajo la vigencia de los principios de inmediación o concentración. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al mérito. Tanto el *Tribunal de Alzada como la Sala Penal están impedidos para revalorar las pruebas o modificar los hechos, en cuya producción y discusión no han participado*. Si admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la inmediación perdería sentido.

La Corte Suprema de Justicia ha tratado idéntica situación en varias oportunidades y posee un criterio uniforme en la respuesta que otorga a la misma. En este sentido, el Art. 256 de la Constitución Nacional expresa: "... *Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...*". Con esta

norma concuerda el artículo 125 del C.P.P., que en lo pertinente establece: “... *Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión...*”.

En su oportunidad y en el sentido expuesto, la Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia a través de los siguientes fallos: Acuerdo y Sentencia N° 235 de fecha 18 de abril de 2005 en “H. J.P. s/ ESTAFA Y OTROS; Acuerdo y Sentencia N° 1870 de fecha 28 de diciembre de 2004, en “G.Z.G. y OTROS s/ PRODUCCIÓN DE DOCUMENTO NO AUTÉNTICO”; Acuerdo y Sentencia N° 1297 de fecha 13 de setiembre de 2004, en “RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA AGENTE FISCAL ABOG. ROCÍO VALLEJOS DE SCAPPINI EN LA CAUSA M.C.O.D. Y OTROS s/ LESIÓN DE CONFIANZA”; Acuerdo y Sentencia N° 81 de fecha 23 de marzo de 2010, en “OSCAR EMILIO PORTILLO TRINIDAD S/ HOMICIDIO CULPOSO”; Acuerdo y Sentencia N° 134 de fecha 14 de abril de 2010, en “Ministerio Público c/ S.M.B. y otro s/ Posesión y Tráfico de Estupefacientes”.

Que, en función a la facultad conferida a esta Corte, es pertinente la utilización de la decisión directa, prevista en el artículo 474 del C.P.P., que establece: “... *Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver directamente, sin reenvío*”, y en aplicación de esta norma opino que corresponde decidir directamente”.

Que, a fs. 262/273 de autos, el Abogado Adrián Salas Coronel presentó su escrito de Apelación Especial contra la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011. En dicha ocasión, su expresión de agravios giró en torno a las siguientes cuestiones de hecho y de derecho: “...el decisorio impugnado por esta vía se ha basado en la inobservancia y errónea aplicación de preceptos legales –error in iudicando– de las cuales derivan causales de los agravios que se reclaman. Se considera totalmente desacertada la calificación legal del hecho atribuida y la penalidad determinada... Consideramos erróneamente aplicado al caso el Art. 246 inc. 1° en concordancia con el artículo 29 inc. 1°, todos del Código Penal... el Tribunal de Sentencia a-quo incurrió en “error iuris” al dictar el pronunciamiento condenatorio, y para demostrar este aserto queremos dejar en claro que consideramos la decisión arbitraria por carecer de la debida fundamentación, dado que omitió considerar aspectos y pruebas sustanciales que esta defensa a

modo de descargo señaló durante el debate y que el Tribunal ni siquiera consideró o desnaturalizó con otros argumentos baladíes, incurriendo incluso en motivaciones contradictorias... nos remitimos al acta de juicio, los que pondrían de manifiesto el error en la apreciación de la prueba sufrida por nuestra parte en la instancia anterior al dejar de reseñar esos datos...se ha producido una violación a las reglas de la sana crítica racional con arreglo a lo dispuesto en los artículo 175 del C.P.P. por cuanto no se toma en cuenta sin justificación las mencionadas probanzas que tienen directa vinculación con los hechos investigados en la causa... La defensa del Sr. G ha promovido incidente de inclusión probatoria en el sentido de incluir como hecho nuevo un acta notarial del mes de noviembre de 2008, en donde la escribana M.E.C. de forma voluntaria y bajo el título de manifestación de voluntad exonera de responsabilidad en el hecho investigado a nuestro defendido...e igualmente hemos solicitado se traiga a la vista el expediente caratulado “C.A. y C.C. c/ M.E.C. y M.A.G.C. s/ Nulidad de Actos Jurídicos”, a los efectos de la prejudicialidad impetrada y convencidos de que estas instrumentales arrojarán luz sobre la cuestión debatida por ser la misma pertinente...Esta defensa ha esgrimido a su vez como medio defensivo (incidente de prejudicialidad) y como argumento ante central la existencia de un juicio previo iniciado por C.A.D. y C.R.C.D. en donde intentan demostrar la falsedad de las escrituras públicas y sus testimonios tachadas en tal sentido y así se ha iniciado, en fecha 21 de septiembre de 2008, un juicio de nulidad de acto jurídico en contra de nuestro defendido... y la escribana M.E.C ... La prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge una cuestión sustancial que deba ser decidida en causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia penal en este caso, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido... se ha planteado antes de principiar el juicio oral y público, el correspondiente incidente de prescripción de la acción penal en la inteligencia que esta defensa considera que la prescripción se halla operada en razón de que el momento consumativo del hecho punible imputado se habría producido en noviembre del año 2003, el Tribunal no lo entendió de este modo y procede a rechazar esta incidencia invocando la modificación introducida por la Ley N° 3.440/08, Art. 104 inc. 1 num. 7 requerimiento fiscal o una diligencia judicial, tiene como efecto la interrupción del plazo...el pedido de allanamiento solicitado por el Ministerio Público no puede incursarse en ninguna de las previsiones del Art. 104 del C.P. a la fecha

del acto consumativo del hecho investigado como acto interruptivo de la prescripción penal... Al ser rechazadas todas estas incidencias antes enumeradas de manera infundada por el Tribunal de Sentencia a lo cual esta defensa ha interpuesto en el juicio el recurso de reposición prevenido por el Art. 452 del C.P.P. y en vista a los agravios claramente causados a nuestro defendido por estos rechazos queda expedita la vía (previa protesta debidamente asentada en acta) para el estudio por la apelación especial de las mismas...no puede haber copia sin matriz y no puede haber matriz si faltase la firma de todos los otorgantes del acto y la autorización del notario... Esta defensa se agravia en cuanto al valor casi absoluto que el Tribunal de sentencia concedió a las declaraciones de los testigos –C.A.D.C. y C.C.D.– sin darse ninguna explicación lógica de porqué se reconoce veracidad a sus dichos testimonios y que prácticamente sustentan la condena de nuestro defendido, por cuanto estas personas –testigos de cargo– tienen interés directo en el resultado de la causa ya que de obtener la condena del Sr. Garay los mismos se beneficiarán económicamente con este hecho... el pobre material probatorio de cargo –solamente testigos– resulta insuficiente para acreditar el hecho investigado y debatido...M.A.G. expone que el mismo actuó de buena fe en todo momento además teniendo en cuenta sus cualidades personales y escasa instrucción en el tema y que fue víctima del engaño de uno o varios terceros... Concluimos que la sentencia no ha respetado la sana crítica racional de los elementos de juicio disponibles, ni se ha hecho cargo de examinar de modo suficiente los argumentos sostenidos por la defensa por lo que...corresponde hacer lugar al recurso de apelación especial... Solución pretendida... Revocar la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011... resolver el fondo de la cuestión... absolviendo a nuestro defendido...por existir duda insuperable en cuanto a la existencia del hecho de uso doloso de documentos no auténticos...”.

Que, del análisis de la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011 se deduce que dicha resolución denota la labor intelectual del Tribunal de mérito pues, por medio de la fundamentación ha dado respuesta a las pretensiones de las partes de manera coherente, completa y con estricta observancia de las reglas de la sana crítica. En cuanto a la valoración de las pruebas, el análisis de ellas, la exposición de motivos y las conclusiones a las que el Tribunal de Sentencia arribó revelan que existe correspondencia entre las partes y el todo del considerando. La calificación del hecho se halla ajustada a derecho y fue suficientemen-

te argumentada. En cuanto a la medición de la pena, el Tribunal de Sentencia tuvo en cuenta las circunstancias en favor y en contra del encausado, así como también se halla bien fundamentada la pena impuesta al condenado. Por tanto, la Sentencia de mérito es congruente y se halla ajustada a derecho y, por tanto, debe ser confirmada. Es mi voto.

A su turno, el Ministro Sindulfo Blanco expuso su posición sobre el particular, en estos términos: En lo que atañe a la segunda cuestión propuesta en la presente resolución, manifiesta adherir a lo expuesto por el distinguido Ministro Primer Opinante, en lo concerniente a la nulidad de la resolución dictada por el Tribunal de Apelaciones, objeto del recurso interpuesto. Sin embargo, en relación al desenlace jurídico final, se permite exponer un criterio distinto, fundado en las siguientes consideraciones: El fallo pronunciado por el Tribunal de Apelaciones, Tercera Sala, impugnado por la vía del recurso, dispuso: “1. *DECLARAR la competencia....*; 2. *DECLARAR inadmisibile el Recurso de Apelación General interpuesto por el G.R.E.V. y como así también DECLARAR INADMISIBLE el Recurso de Apelación Especial interpuesto por el Abogado A.S.C., ambos en contra de la S.D. N° 48 de fecha 24 de marzo de 2011, dictada por los Magistrados...*”; 3. *ANOTAR...*”.

El Recurrente impugnó, únicamente, lo resuelto en el fallo precedente – Acuerdo y Sentencia N° 40, del 07 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación, en lo Criminal, Tercera Sala de la Capital, en razón de que –según puede verse– al haber declarado inadmisibile el recurso que interpuso contra la sentencia de primera instancia, el Tribunal de Apelaciones ha incurrido en un manifiesto error interpretativo que lo llevó a dictar un decisorio violatorio del derecho a la defensa, pues, el Art. 108 del Código Procesal Penal, ha sido incorrectamente aplicado en el caso en estudio. Señaló que no puede interpretarse que el Art. 108, citado, establezca un límite al número de abogados que pueda defender a una persona, ni que tampoco podría restringírsele a dos, y que dicha norma únicamente se refiere a los casos de audiencia o vistas orales y/o cualquier otro acto procesal de índole presencial, pues, como bien es sabido que ante causas complejas, la defensa, podría necesitar de diversos abogados, tanto para el estudio pertinente como para atender a las diversas diligencias, por lo que dicha interpretación carece de fundamentos y deviene en una fundamentación arbitraria e intolerable para el derecho a la defensa.

Solicita que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y ordenar el

reenvío de la causa a otro Tribunal de Alzada para que se aboque al control de la sentencia de mérito.

Sustanciado el recurso de casación y corrido el traslado correspondiente a las partes, la Abog. María Soledad Machuca Vidal, Fiscal Adjunta, expuso los motivos por los que el recurso debe ser declarado admisible y, con relación a su procedencia señaló que *“luego de examinado el fallo en cuestión, se constata que el órgano jurisdiccional de segunda instancia omitió el estudio de las pretensiones de la defensa mediante la inobservancia y errónea aplicación de preceptos legales, coartando así el derecho a la defensa a recurrir la resolución judicial condenatoria”*. Solicita, en consecuencia, se ANULE el fallo impugnado y se disponga el reenvío de la causa a otro Tribunal de Apelaciones, para el estudio del recurso de apelación especial.

Por su parte, el representante de la Querrela Adhesiva, Abog. H.S.B., manifestó, en resumen, que no se constata en la resolución cuestionada, la violación a los derechos de defensa del imputado y, que lo que el Tribunal de Apelaciones ha señalado, es que quienes habían recurrido la decisión de primera instancia se han equivocado en la vía de impugnación, pues, interpusieron un recurso de apelación general, cuando que la vía debía haber sido el de Apelación Especial de Sentencia de Primera Instancia. Solicita que se rechace las pretensiones del Casacionista y, que se disponga la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 40, del 07 de julio de 2011.

Con estos antecedentes que –podría afirmarse– resumen el objeto de discusión ante esta Instancia, principiamos el análisis que nos informará si el Tribunal de Alzada, ha sustentado su decisión sobre una fundamentación correcta o, si por el contrario, la motivación que adujeron se halla viciada de una errónea aplicación o interpretación del derecho o de la ley procesal, que lo convierta en una sentencia manifiestamente infundada y violatoria del derecho a la defensa, tal como lo denuncia el Recurrente.

El Tribunal de Alzada, en la resolución impugnada, adujo lo siguiente: *“Que por otro lado... el abogado Adrián Salas Coronel, interpone el Recurso de Apelación Especial, sin embargo debemos tener en cuenta que a fs. 225 obra en el Acta de Juicio Oral y Público que asisten como abogados defensores al Sr. M.A.G.C., los profesionales G.E.V. y M.E., quien solicita sea reconocida su personería, la cual el Tribunal admite, quedando de este modo los abogados que lo asistieron en el Juicio Oral y Público, como únicos abogados defensores intervi-*

nientes para recurrir en alzada. Por ello, la Apelación Especial interpuesta por el abogado A.S.C., resulta a todas luces inadmisibles”.

La aseveración realizada por el Colegiado, evidencia un desacierto interpretativo de garantías procesales y disposiciones legales, que impone que el recurso de casación interpuesto, deba indefectiblemente prosperar.

El Tribunal entendió que, debido a la intervención procesal en el acto del Juicio Oral, de dos profesionales del foro, *G.E. y M. E.*, distintos al hoy recurrente *A.S.C.*, aquellos defensores que actuaron en el Juicio Oral quedaban como los únicos habilitados para recurrir, sustentando su decisión en la tesis –errónea por cierto– de que la participación en la audiencia, habilita únicamente a dichos intervinientes a interponer los medios de impugnación, que correspondan por la Ley procesal en defensa del acusado. Este razonamiento esbozado por el Colegiado, deja traslucir la idea de que para quien no ha participado en el Juicio Oral, la facultad de recurrir una resolución judicial, se halla vedada, afectando directamente con dicho razonamiento, el derecho a la Defensa en Juicio, previsto en el Art. 16 de la Constitución Nacional, pues, la resolución no hace otra cosa sino limitar ostensiblemente los derechos del acusado de recurrir las resoluciones judiciales e igualmente su prerrogativa de designar a los abogados de su confianza, que podrían abocarse a tal menester.

En tales condiciones, lo resuelto por el Tribunal de Alzada se sustentó en un palpable error “in procedendo” que trasciende lo meramente formal y afecta ostensiblemente a la garantía de Inviolabilidad de la defensa, que prescribe el Art. 6° del Código Procesal Penal, en estos términos: “*Será inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos... el imputado podrá defenderse por sí mismo o elegir un abogado de su confianza, a su costa, para que lo defienda. Si no designa defensor, el juez penal, independientemente de la voluntad del imputado, designará de oficio un defensor público. El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personal o cuando exista una reserva expresa en la ley o en el mandato*”.

A propósito, una revisión de los autos demuestra que el abogado A.S.C., con Matrícula N° 4.909, ha sido designado por el acusado M.A.C., como Abogado Defensor, conforme a la carta-poder que obra a fs. 132 de autos. En el mismo sentido, las constancias de autos revelan que dicha carta-poder no ha sido revo-

cada o modificada por el acusado; ni tampoco existen constancias de que el profesional designado haya formulado su renuncia al mandato, ni que algún órgano competente haya decretado el abandono de la Defensa, con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

Naturalmente la cuestión se halla prevista en el Art. 108 del Código Procesal Penal, que dispone: “NÚMEROS DE DEFENSORES. El imputado podrá designar los defensores que considere convenientes, pero no será defendido simultáneamente por más de dos abogados en las audiencias orales o en un mismo acto”.

La disposición procesal consagra y reglamenta la garantía del imputado de designar a los abogados defensores, en el número que estime convenientes o que la complejidad del asunto lo requiera. Lo único que la ley procesal regula, siempre en resguardo a la efectividad y eficacia de la labor defensiva, es el de limitar la intervención, simultánea, a no más de dos profesionales en un mismo acto o audiencia oral en procura de su defensa, a fin de propender al orden y evitar incompatibilidades en la proposiciones defensivas. Además, no existe en la Ley procesal alguna formulación legal, de las que se pueda inferir, que la intervención de uno o más abogados defensores en el Juicio Oral y Público, convierta a tales intervinientes en los únicos habilitados para interponer los recursos previstos en la Ley, razón por la cual, la tesis que esgrimieron los Miembros del Colegiado no se halla ajustada a derecho y debe ser ANULADA, por haberse sustentado en un erróneo criterio interpretativo, que afecta a los derechos de defensa y lógicamente al deber de fundamentación lógica y razonada del derecho vigente al caso sometido a su conocimiento.

La conclusión jurídica de este recurso, IMPONE que se ORDENE el REENVÍO de la causa al Tribunal de Apelaciones que corresponda, a los efectos de que este Colegiado se aboque al análisis y resolución de los argumentos expuestos en el recurso de apelación especial. Lógicamente, al haber sido declarado inadmisibile el recurso, como producto de un errado razonamiento judicial, corresponde que el mismo vuelva a ser estudiado por otro Tribunal, de conformidad a las previsiones del Art. 473 del Código Procesal Penal. A ello debe sumarse que el único punto de reclamo expuesto en el recurso y en las contestaciones respectivas se circunscribió a aquel defecto, que constituyendo un manifiesto ERROR DE PROCEDIMIENTO, reclama que sea reparado por la vía señalada en esta resolución, sin extender el alcance de la decisión a la

validez de la resolución del Tribunal de Merito, que escapó absolutamente al objeto de discusión en esta Instancia.

Por tanto, con estas puntualizaciones, considero que se impone CASAR el Acuerdo y Sentencia N° 40, del 11 de julio de 2012, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Tercera Sala de la Capital, debiéndose remitir estos autos al Tribunal de Alzada que siga en orden de Turno, a fin de que se aboque al estudio del recurso de apelación especial interpuesto por el abogado Adrián Salas Coronel, conforme a los términos y extensiones que determinen los agravios y según las reglas de competencia de los Tribunales de Alzada, prevista en el Art. 456 del Código Procesal Penal, conforme al Art. 473 del mismo cuerpo legal.

Finalmente y notándose la expresa oposición del Representante de la Querrela Adhesiva en cuanto al recurso de casación interpuesto, corresponde que la costas procesales en esta Instancia sean impuesta a dicha Representación, a tenor de los artículos 261 y 269 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno, la Ministra Alicia Pucheta de Correa, dijo: Me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco por sus mismos fundamentos, no obstante a modo de voto complementario cabe expresar que los fallos traídos a colación por el Ministro Luis María Benítez Riera, la Sala Penal de la Corte Suprema ha resuelto como modo de solución del caso, por aplicación del art. 474 del C.P.P. (Decisión Directa), los mismos se debían a la inoficiosidad del reenvío por haberse estudiado los agravios propios del Tribunal de Apelación. Sin embargo, en el caso concreto no se han estudiado los agravios expresados mediante el Recurso de Apelación Especial, por lo tanto, a fin de garantizar la doble instancia corresponde el reenvío de la presente causa a un nuevo Tribunal de Apelaciones a los efectos que resuelva acerca de la Apelación Especial de Sentencia planteada por la defensa del casacionista. Es mi voto.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N°: 60.

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

RESUELVE:

1) DECLARAR ADMISIBLE el Recurso de Casación interpuesto por el abogado A.S.C., en contra del Acuerdo y Sentencia N° 40, de fecha 07 de julio de 2011, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Tercera Sala de la Capital

2) CASAR el Acuerdo y Sentencia impugnado, individualizado en el Apartado Anterior y, en consecuencia, DISPONER el REENVÍO de la causa a otro Tribunal de Apelaciones para el estudio del recurso de apelación especial interpuesto, con los alcances señalados en el exordio de la presente resolución.

3) COSTAS EN ESTA INSTANCIA a la Querrela Adhesiva.

4) ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 137

Cuestión debatida: *El agente fiscal se agravia contra el Auto Interlocutorio dictado por Tribunal de Apelación en lo Penal confirmatorio del fallo de primera instancia que decreta el sobreseimiento definitivo de todos los encausados e interpone recurso de casación alegando el art. 478 inc. 3 del CPP. (falta de fundamentación).*

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. CONTRABANDO.

No es lo mismo la esfera judicial y la esfera administrativa, se estudian cuestiones diversas, se tienen distintos objetivos, se debaten distintas conductas, perjuicios y demás; no puede aceptarse jamás que por ser condenados en sede administrativa, los encausados queden libres de un proceso penal, que estudia tópicos totalmente diversos al primero.

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. PREJUDICIALIDAD. HECHO PUNIBLE.

En materia de prejudicialidad administrativa tributaria, la misma sólo es procedente faltando uno o varios “elementos del hecho punible”, tal como lo exige la norma ritual penal citada (Voto por su propio fundamento del Ministro Blanco).

CONTRABANDO.

El Código Aduanero presume que la manipulación, traslado, movimiento, etc., de medios de transporte con mercaderías en zonas fronterizas, o en el extremo mismo de los límites de la República con los de la República del Brasil,

constituye contrabando, o cuando menos tentativa de contrabando (Voto por su propio fundamento del Ministro Blanco).

CONTRABANDO.

El bien jurídico protegido en el evento (contrabando), además de ser la recaudación fiscal consignada, también lo constituye la defensa de la soberanía fiscal aduanera, cuya intervención, control, o fiscalización debe ser, para cualquier comercio internacional, antes, durante y después de la entrada o salida de mercadería (Voto por su propio fundamento del Ministro Blanco).

CONTRABANDO. PREJUDICIALIDAD.

En un juicio penal (en el caso sobre contrabando) el dictamen del ente administrativo no es vinculante para el Ministerio Público y mucho menos para los órganos de justicia.

CONTRABANDO. PREJUDICIALIDAD.

No puede haber una cuestión prejudicial en la causa (sobre contrabando), basado en que el hecho investigado no es un hecho punible, sino solo, una falta administrativa, ya que así se sentenció en el ámbito administrativo porque coacciona, limita y desvirtúa la esencia investigadora del Ministerio Público.

HECHO PUNIBLE. Investigación de hecho punible. Tipificación. Valoración de los hechos en el proceso.

Al tramitarse el proceso penal, el interesado en el incidente es quien debe mostrar al juzgador cual es el requisito esencial del hecho punible faltante (tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad). Si el recurrente omitió dicho deber inexcusable mal puede el director del proceso concederlo, porque el mismo no puede suplir la negligencia del peticionante.

PREJUDICIALIDAD.

La parte acusada planteó incidente de prejudicialidad sin mostrar, como era su deber legal, cuál de los elementos del hecho punible debía ser determinado por la autoridad administrativa, en este caso la Dirección Nacional de Aduanas, y ante tal omisión grave no correspondía conceder favorablemente el incidente deducido (Voto por su propio fundamento del Ministro Blanco).

PREJUDICIALIDAD.

En materia de causas penales tributarias, la concesión judicial de la prejudicialidad administrativa no debe resultar en una suerte de fatalidad obligatoria para el juez y las partes, sino que, al contrario, cada caso debe merecer respuesta diferente, según la forma y contenido del planteo, y el órgano administrativo involucrado. (Voto por su propio fundamento del Ministro Blanco).

C.S.J. Sala Penal. 08/04/2013 “L.A. Y OTROS s/ TENTATIVA DE CONTRABANDO.” (Ac. y Sent. N° 137).

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

CUESTIONES:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: El agente fiscal de la causa interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, confirmatorio del fallo dictado en primera instancia.

Por Auto Interlocutorio N° 834 del 29 de agosto de 2008, el juez penal de garantías decretar el sobreseimiento definitivo de todos los encausados en esta causa.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: La Fiscalía plantea su recurso de casación en fecha 13 de julio de 2009, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación a la misma fue realizada por cédula en fecha 29 de junio de 2009, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal. El recurrente impugna el Auto Interlocutorio arriba señalado, emanado del Tribunal de Apelación; esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. El recurrente invoca como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

En cuanto al motivo invocado, el mismo ya obliga a estudiar el fondo de la cuestión, por lo que hace a la admisibilidad de este recurso.

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

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito del recurrente se halla fundado y precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso deducido. **ES MI VOTO.**

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

A la segunda cuestión planteada la doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: En este juicio, el recurrente se agravia de manera específica por los siguientes ítems: el juez de Garantías ha dictado un sobreseimiento definitivo para todos los encausados, basado en que el hecho investigado no es un hecho punible, sino solo una falta administrativa, ya que así lo sentenció los órganos pertinentes en el ámbito administrativo.

Sigue diciendo que la Cámara de Apelación cohonestó dicho fallo aludiendo a este proceso, y que al haberse cumplido la sanción de la falta administrativa, pagando los tributos correspondientes, no tiene más sustento el hecho de tentativa de contrabando, que persigue el Ministerio Público. Critica también el sobreseimiento definitivo en sí mismo, debido a que no existió la certeza aludida por el inferior y ratificada por el tribunal de alzada.

Respondiendo el agravio expuesto, se ve que el mismo argumenta sobre la prejudicialidad en la causa, y más específicamente, si el sobreseimiento definitivo otorgado, en base a la prejudicialidad tramitada, es acorde a Derecho.

Partiendo de esta base, encuentro que desde su inicio, los pasos procesales llevados a cabo para este desenlace no pueden ser avalados, por las siguientes razones:

En primer lugar, no puede haber una cuestión prejudicial en esta causa, porque coacciona, limita y desvirtúa la esencia investigadora del Ministerio Público. En efecto, el Ministerio Público se halla ampliamente facultado por nuestra ley procesal penal para dirigir una investigación penal y llevar a un imputado hasta el juicio oral. En este sentido, el artículo 52 del CPP, a más de ratificar la propiedad de la acción penal pública al Ministerio Público, le encarga la dirección de la investigación de los hechos punibles y la promoción de la

acción de la cual es él el dueño; esto en coherencia con la ley orgánica de dicha entidad. Así también, el artículo 53 del CPP impone al Ministerio Público la carga de la prueba, es decir que el ente acusador debe buscar las evidencias y presentarlas ante el tribunal de sentencias a fin de ser transformadas en pruebas; solamente él puede hacer esta obligación que la ley le impone. A su vez, el artículo 56 del mismo cuerpo legal ratifica las anteriores disposiciones y declara que el Ministerio Público tiene todas las atribuciones y poderes que la ley le otorgue a efectos de poder cumplir con sus deberes y obligaciones.

Pues bien, considero que todas estas normativas son violadas o dejadas de lado si se pretende que en la investigación de un hecho punible el agente fiscal, representante de la sociedad y designado del Ministerio Público, deba depender de otro organismo para lograr su cometido, que es el aclarar un hecho ilícito, configurar plenamente al mismo dentro del catálogo penal o buscar las evidencias que determinen su existencia y la responsabilidad del autor. Como se vio, todas estas cuestiones son de competencia del agente fiscal, que le procede claramente de estas normas y que se ve mutilada por el aceto de los juzgadores de este juicio de subyugarse a entes extraños al Poder Judicial.

La capacidad o competencia de investigación del ente acusador es amplia y así lo declara la ley, está orientada e inclusive se le coloca al representante de la acusación como director de todo aquel proceso investigativo, lo cual permite decir inclusive que en la etapa preparatoria es el agente fiscal el “dueño del proceso”; el mismo posee herramientas precisas y amplias facultades para poder usarlas a efectos de determinar la existencia de elementos del tipo penal buscado o lograr el descubrimiento de evidencias dirigidas a demostrar la existencia del hecho o autoría del responsable. Todo esto se halla coartado o despreciado si se admite la idea que el “dueño del proceso” deba depender de otra persona, física o jurídica, a fin de lograr los cometidos que la misma ley le impone.

En segundo lugar y como segundo argumento, debemos decir, siguiendo el lineamiento lógico comenzado, que la ley en su artículo 327 del CPP dice: “La cuestión prejudicial procederá cuando sea necesario determinar por un procedimiento extrapenal la existencia de uno de los elementos constitutivos del hecho punible...”. Pues bien, considero que el requisito legal de existir un “procedimiento” no puede ser aplicable a este tipo de situaciones, pues para determinar la existencia de un elemento del tipo están contemplados los medios

necesarios al efecto, cual es el caso de una pericia o una prueba de informe, no es necesario realizar un “procedimiento”, ni mucho menos que el pretendido “procedimiento” sea dejado en manos de una persona que no tiene la capacidad legal para investigar nada relacionado al hecho ilícito, ya que la ley para ello le confirió al Ministerio Público este poder. Si se acepta la idea que para determinar un elemento del tipo que ofrece ciertas dificultades se deba hacer un “procedimiento”, se lleva la cuestión al campo de la subjetividad, y así, en otros casos se intentaría utilizar el mismo errado pensamiento, dando como ejemplo la situación que la defensa de un homicida pretenda que se haga un “procedimiento” para determinar si es verdad que la víctima estaba viva o no en el momento del hecho. Para todos estos supuestos están los cuerpos auxiliares, suministrados por las Ciencias Auxiliares de la Justicia, que darán su veredicto mediante los medios probatorios también contemplados por ley, como se dijo antes, la pericia u otros eficaces.

No estoy de acuerdo con que se logre que se inventen “procedimientos” que deban ser llevados a cabo antes para determinar la existencia de un elemento del tipo, y así lograr prejudicialidades que no tienen cabida y permitir que prácticamente todos los casos judiciales se desjudicialicen, y si por ventura tornan a la esfera judicial, lo harán afectados por el paso del tiempo que habrá perdido otras evidencias, cuando no la acción misma.

Por otro lado, el vocablo “procedimiento” que hasta este momento aparece entre comillas, da la clara idea de un conjunto de pasos a seguir en una determinada situación ORGANIZADOS POR LEY, lo cual no se compadece de la idea de pretender que todo este sujeto a este requisito que tiene, por su propia textura, un alcance limitado y uso restrictivo.

En tercer lugar y como tercer argumento, y unido este estrechamente a lo arriba enunciado, debemos decir que el procedimiento al que alude el artículo 327 del CPP es solamente referido a un procedimiento intra-judicial, no a uno extra-judicial. Este argumento consolida la situación hasta aquí detallada, puesto que si se quiere aceptar el que se tenga que hacer un “procedimiento” o conjunto de pasos para lograr un elemento del tipo, éste indefectiblemente deberá ser dentro de la esfera del Poder Judicial.

Si se lee con atención el artículo 327 del CPP en las partes pertinentes, se observa: “La cuestión prejudicial procederá cuando sea necesario determinar por un PROCEDIMIENTO EXTRAPENAL...” y también: “... suspenderá el

procedimiento penal hasta que en el otro procedimiento recaiga RESOLUCIÓN FIRME, sin perjuicio de que se realicen los actos de investigación que no admitan demora.” De esta forma se ve palmariamente que el procedimiento al que alude la ley es un conjunto de actos organizados por ley pero inmersos dentro de la Administración de Justicia, no fuera de ella, como en el caso de autos. Las situaciones que son las contempladas por esta norma se refiere a cuando se requiere que en otro juicio extra penal se dirima la existencia de un elemento del tipo, pero sin salir éstas del ámbito judicial, donde deben ser contemplados; entonces en el ámbito laboral, civil, comercial o del menor se dirimirá si existe el elemento del tipo, para luego poder ser establecido el mismo en sede penal.

En cuarto lugar y como cuarto argumento, abonando las expresiones arriba vertidas, traigo a estudio el artículo 3° de la Constitución Nacional, que establece las tres facultades del Poder, que serán ejercidos por el Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y además regula la actuación de los tres citados entre sí, donde se destaca la propugnación de la independencia y del equilibrio. Pues bien, esta norma de rango constitucional no se halla cumplida si se sostiene que el Poder Judicial depende de cualquier otro, en este caso de los entes del Poder Ejecutivo, para poder cumplir el motivo por el cual fue creado, que es administrar justicia. En efecto, si se investiga a presuntos autores de hechos punibles que cumplen funciones dentro de un ente público, y para acusarlos o condenarlos se debe someter al Poder Judicial al arbitrio del mismo ente público, se nota claramente que el sistema de independencia y equilibrio se rompen en detrimento de la administración de justicia; no puede ser un ente administrativo acusado y juez al mismo tiempo, o dirimir cuestiones diferentes para lo cual fue creado.

Esta posibilidad, bien reglamentada por el artículo 3° de la Constitución Nacional, fue contemplada por el artículo 327 del CPP, impidiendo justamente que se trate de cuestiones jurídicas fuera de dicho ambiente, y esto se afirma porque los entes del Poder Ejecutivo no pueden crear un estado de “cosa juzgada”, esto no lo pueden hacer simplemente porque en el ámbito no pueden dictar RESOLUCIÓN FIRME, y esta posibilidad no la tienen porque ellos no poseen la capacidad legal para investigar nada relacionado a un hecho ilícito, y muchísimo menos la posibilidad de juzgar nada referente a ellos, capacidades que corresponden respectivamente al Ministerio Público y Poder Judicial.

En quinto lugar y como quinto argumento, muy unido esto al tercer argumento, es oportuno recordar cuál es el bien jurídico que protege la norma dada

en el artículo 336 y 342 de la Ley N° 2.422. Los mismos protegen al arca del Estado, al erario público. Pues bien, considero que es absolutamente impertinente que se solicite a un órgano no judicial que aclare cuál es el bien jurídico en un caso del tipo de autos como requisito esencial, indispensable y único; el bien jurídico ya existe independientemente de lo que pueda decir después cualquier ente, oficina, persona jurídica o física y constatar su violación ya cae dentro de la exclusiva competencia del Ministerio Público, en otras palabras, el dictamen del ente administrativo no es vinculante para el Ministerio Público y mucho menos para los órganos de justicia; si se admite que otra vez deba considerarse lo que dice un ente administrativo, (que ya no puede ser posible so pena de transformarlo en juez y parte), se estaría provocando situaciones jurídicas muy anormales. El bien jurídico no necesita ser declarado, solo debe existir.

Como sexto y último argumento, tenemos lo relacionado a la sanción judicial recaída en virtud al proceso administrativo seguido. Lo que efectuó el juez de garantías, en resumidas cuentas, es que deja sin proceso y eventual sanción a los responsables de un hecho ilícito, por el solo argumento que en sede administrativa, los mismos ya fueron condenados. En otras palabras, el juez cedió su Investidura de tal a cualquier otro funcionario administrativo.

Esto ya escapa inclusive a la naturaleza de la Prejudicialidad, puesto que la misma es solo una causal de suspensión de plazos, un compás de espera hasta lograr completar los argumentos de una investigación. Sin embargo, el juez de la causa advierte que los encausados fueron condenados a pagar las multas correspondientes, y lisa y llanamente abandona su Imperium sometiéndose él también a lo resuelto en sede administrativa, agravándose su postura al olvidar lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley 2.422, que dice: “El contrabando constituye, además de una infracción aduanera, un delito de acción penal pública. A los efectos penales y sin perjuicio del sumario administrativo, los antecedentes serán remitidos a la justicia penal”. El juez de la causa obró en forma totalmente contraria a esta norma y la Cámara de Apelación aceptó dicha conducta, sin fundamento alguno.

Debe dejarse en claro, a más de todos los razonamientos arriba detallados, que no es lo mismo la esfera judicial y la esfera administrativa, se estudian cuestiones diversas, se tienen distintos objetivos, se debaten distintas conductas, perjuicios y demás; no puede aceptarse jamás que por ser condenados en sede administrativa, los encausados queden libres de un proceso penal, que estudia tópicos totalmente diversos al primero.

Todos los argumentos arriba indicados demuestran que la prejudicialidad en autos ni siquiera debió ser estudiada y menos cuando la misma no fue siquiera claramente interpuesta, y así, la sanción del ente administrativo tampoco debió ser observada por el juzgador, quedando entonces sin base alguna el sobreseimiento decretado, puesto que no se encuadra en absoluto en ninguna de las causales del artículo 359 del CPP. Los argumentos arriba vertidos demuestran claramente que esta figura procesal no tiene cabida, máximo cuando no involucra a parte alguna del Poder Ejecutivo. Por eso, el razonamiento del juez penal es errado, y el control que realiza del mismo el tribunal de Alzada también; y por todos estos argumentos, considero que deben ser anuladas el Auto Interlocutorio N° 86 de fecha 7 de mayo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala de Ciudad del Este, como así también el Auto Interlocutorio N° 834 del 29 de agosto de 2008, dictado por el juez penal de garantías, enviando estos autos a la audiencia del Juicio Oral y Público.

Las COSTAS se impondrán a la parte perdedora como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.

A su turno, el doctor BLANCO manifiesta que: Me adhiero al voto de la distinguida colega Ministra Dra. ALICIA PUCHETA DE CORREA, en cuanto concluye afirmando la procedencia total del recurso extraordinario de casación planteado por el Agente Fiscal en lo Penal de la Unidad Fiscal N° 10 y asignado a la persecución penal de hechos punibles de contrabando de Ciudad del Este, Abog. HUMBERTO JAVIER ROSETTI, merced a un meduloso estudio de los hechos, el derecho y la doctrina aplicable, y lo expreso en los siguientes términos:

1) La primera regla es que en materia de causas penales tributarias, la concesión judicial de la prejudicialidad administrativa no debe resultar en una suerte de fatalidad obligatoria para el juez y las partes, sino que al contrario, cada caso debe merecer respuesta diferente, según la forma y contenido del planteo, y el órgano administrativo involucrado.

2) El segundo aspecto esencial en el tema que nos ocupa –prejudicialidad administrativa–, su concesión o no depende de que al hecho investigado en sede penal falte “*un elemento del hecho punible*” (art. 327 C.P.P.), esto es que al tramitarse el proceso penal, el interesado en el incidente es quien debe mostrar al juzgador cuál es el requisito esencial del hecho punible faltante (tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad). Si el recurrente omitió dicho

deber inexcusable mal puede el director del proceso concederlo, porque el mismo no puede suplir la negligencia del peticionante, ni mucho menos adivinar, la “intención oculta” de los litigantes.

En el caso que nos ocupa ahora analizar, se da justamente la situación descrita últimamente, es decir la parte acusada planteó incidente de prejudicialidad (fs. 288 y siguientes, Tomo II, expediente del Juzgado Penal de Garantías) sin mostrar, como era su deber legal, cuál de los elementos del hecho punible debía ser determinado por la autoridad administrativa, en este caso la Dirección Nacional de Aduanas, y ante tal omisión grave no correspondía conceder favorablemente el incidente deducido, incurriendo en falta de fundamentación o en fundamentación aparente cuando dictó el A.I. N° 834 de fecha 29 de agosto de 2008 y su confirmatoria el A.I. N° 86 de fecha 07 de mayo de 2009, motivos de este recurso de casación. Es decir, la medida fue otorgada en el “solo interés de la ley” sin sustento en realidades fácticas, primando la voluntad personal por sobre lo de la ley.

Este detalle sumamente importante ya basta para anular los autos recurridos, pero hay más...

3) El Código Aduanero vigente, en su artículo 336 también coincide con el artículo 327 del C.P.P., en cuanto a la creación de la prejudicialidad administrativa, pero no consigna expresamente con qué objetivo debe actuar la administración aduanera en los casos de contrabando ni determina a quien corresponde la calificación del hecho punible, si continúa en sede penal o si es nueva obligación dada por la ley en exclusividad en cabeza de la institución aduanera. Nada hay sobre el particular en dicho código. En consecuencia, deben armonizarse ambas normas, y concluirse que en materia de prejudicialidad administrativa tributaria, la misma solo es procedente faltando uno o varios “*elementos del hecho punible*”, tal como lo exige la norma ritual penal citada. En consecuencia, transitando ya sobre el trámite impreso en ambas instancias (judicial y penal), trataremos de determinar si la resolución administrativa Dictamen N° 29/08 de fecha 30 de mayo de 2008 (fs. 305/307) emitida por la Aduana, por la cual se declarara que no existió contrabando y tampoco tentativa de contrabando, y que simplemente se trató de una infracción menor, denominada “*falta administrativa*”, sancionable con multa de diez jornales mínimos, tiene o no fundamento jurídico acorde con las leyes tributarias, penales y aduaneras, para poder concluir válidamente si dicha decisión aduanera tiene o no fundamento legal.

4) Los hechos investigativos se iniciaron cuando dos camiones repletos de cajas de cigarrillos mezcladas con aparatos de fotocopiados y accesorios y otros equipos de oficina, eran objeto de descarga a la orilla del Lago Itaipú, lugar no habilitado legalmente como puerto ni de control aduanero alguno. En la ocasión conductores y operarios no exhibieron documentación respaldatoria de dichas mercaderías. Mucho tiempo después aparecen en escena varias facturas supuestamente expedidas por las siguientes firmas: a) URU S.R.L. a favor de P.P.N (fs. 177, Tomo I, expediente judicial), amparando cigarrillos de la marca “TE”; b) Copiadoras del Paraguay S.A. a favor de E.P.N (fs. 178, Tomo I, expediente judicial), amparando los útiles y materiales de oficina citados, y por último, de fs. 180 al 187, facturas de Tabacalera del Este S.A., amparando cajas de cigarrillos de la marca “EIGHT Normal”, “San Marino Azul”, “Mill Milds” a favor de O.V. Pese a haber sido consignadas en el acta de procedimiento, los cigarrillos de las marcas “Blitz”, “Calvert” no tienen facturas.

5) Fundado en estos supuestos documentos comerciales el sumario administrativo aduanero concluyó afirmando que no hubo perjuicio fiscal y que por lo tanto correspondía la devolución de las mismas, pero aplicando como sanción la falta administrativa ya señalada.

6) El problema que se visualiza a través del proceder del segundo anillo del Director Nacional de Aduanas y su Asesor Jurídico, es el siguiente: a) no se requirió informe fehaciente de la Sub Secretaria de Estado de Tributación para establecer si los hermanos P. y el señor V. son o no contribuyentes de algún impuesto previsto en leyes 125/91 y 2421/2004, y en su caso, si se hallan al día en la presentación de sus declaraciones impositivas y pago de impuestos; b) si son o no habilitados por dicha institución e incluso por la Aduana como operadores del comercio internacional; c) ningún esfuerzo investigativo se visualizó en todos los expedientes que hemos revisado, por parte del Juez Instructor de sumario o del Servicio de Auditoría Interna de la Dirección de Aduanas, para determinar con algún grado de certidumbre: si los proveedores de los documentos señalados, al momento de realizar la transacción, tenían o no en existencia los bienes supuestamente vendidos. Es bien sabido que el control de inventario sea por LIFO o IFO, para establecer la existencia final disponible o vendible a estas personas, en especial considerando el volumen cuantioso, enorme supuestamente adquirido por las personas citadas; d) tampoco hubo investigación aduanera con las firmas proveedoras, con la Dirección de la Propiedad Indus-

trial del Ministerio de Industria y Comercio, e incluso, utilizando convenio celebrado y vigente con la República Federativa del Brasil, con la respectiva autoridad aduanera de dicho país vecino, para determinar si dicha operación estaba o no registrada como importación, y en su caso determinar si las marcas de cigarrillos eran auténticas o falsificadas (extrañamente el impulso inicial por piratería marcaría, incitada por la Fiscalía desapareció como por arte de magia como motivo investigable).

7) El transporte de mercaderías, según la Ley del Comerciante, constituye acto de comercio, y por lo tanto debió ser llamado a comparecer y ser oído, el o los propietarios de los medios de transporte empleados, si son o no contribuyentes del impuesto a la Renta, o de la pymes en su caso, si expiden facturas legales, como es su obligación de comerciante, si la titularidad de los vehículos es legal o ilegal, dado que el acta inicial se consignó número de motor dudoso.

8) La Aduana se opuso tenazmente al principio, a la devolución de las mercaderías alegando que el ilícito investigado (contrabando o tentativa de contrabando), supone decomiso y remate de los bienes involucrados, incluyendo los medios de transporte, y que en todo caso para liberar bajo fianza debían prestar una caución equivalente al valor de las mercaderías (Gs. 14.307.644.642), según liquidación fiscal obrante en autos, pero extrañamente el Administrador de Aduanas de Ciudad del Este, en forma repentina cambió de parecer al ser presentadas las facturas arriba mencionadas, y apoyándose en el dictamen jurídico concedió lo solicitado, sin realizar, como se vio en líneas precedentes, ningún esfuerzo investigativo previo.

9) En virtud de disposiciones legales vigentes, la exportación de productos nacionales está exenta la gravámenes, con exclusión de las tasas aduaneras y portuarias, e incluso al que se deben sumar eventuales despachantes, conceptos cuyos cobros la ley no perdona, de modo que resulta mentirosa la afirmación del Asesor Jurídico dictaminante como asimismo su afirmación por parte del Administrador Aduanero de Ciudad del Este, de que “*no hubo perjuicio fiscal*”, y que por ello, corresponde cerrar la causa sin consecuencia jurídica alguna para los eventuales autores, cómplices y encubridores. La multa irrisoria representada por falta administrativa, nunca servirá para lavar el monto de las tasas aduaneras y portuarias, y mucho menos para alimentar el estómago de dependientes y familiares del despachante de aduanas.

Bajo la apariencia engañosa –que debe ser motivo de investigación penal– de que no hubo perjuicio fiscal, y que por lo tanto correspondía decretar también

el sobreseimiento definitivo de los hasta allí investigados, los hermanos P., el señor V. y los demás operarios, constituyendo dichas resoluciones administrativas y judiciales el resultado de una farsa procesal para encubrir un eventual ilícito aduanero. No puedo acompañar la tesis de la improcedencia del presente recurso de casación, más aun al haberse soslayado, tanto por la autoridad aduanera involucrada, como asimismo por los juzgadores de los decisorios cuestionados, detalles tan relevantes que no se han tenido en cuenta para fundar en derecho tan aberrantes decisorios administrativos y judiciales, como ser: a) el Código Aduanero presume que la manipulación, traslado, movimiento, etc., de medios de transporte con mercaderías en zonas fronterizas, o en el extremo mismo de los límites de la república con los de la República del Brasil, constituye contrabando, o cuando menos tentativa de contrabando; b) el bien jurídico protegido en el evento, además de ser la recaudación fiscal consignada, también lo constituía la defensa de la soberanía fiscal aduanera, cuya intervención, control, o fiscalización debe ser, para cualquier comercio internacional, antes, durante y después de la entrada o salida de mercaderías. Estos dos extremos olímpicamente los ignoraron bajo el remanido pretexto de que no hubo daño al erario público, que como se vio sí lo hubo.

Todo cuanto se ha dicho tiene relación a un tema relativo al llamado “*compartimiento estancos*” en la administración pública, materializado a través del concepto egoísta, estrecho, limitado, pero bien irresponsable de quienes actuaron en representación de la aduna en el evento, al considerar erróneamente que no hubo daño para la Aduana, olvidando a su par la Administración Nacional de Navegación y Puertos, y olvidando también, que la Aduana misma tiene que percibir tasas, incidentes sobre el tráfico internacional para sostener el servicio de fiscalización aduanera, tal como así lo dispone hoy el código respectivo.

Por fin, reitero, que cada caso de prejudicialidad deberá tener la respuesta adecuada dentro del Poder Judicial.

Que, en consecuencia, encuentro méritos suficientes para apuntar como defecto o vicio de los fallos recurridos, la falta de fundamentación exigida en el art. 478 del C.P.P., como causal justificada de la casación peticionada, y así VOTO.

A su turno, el Dr. BENÍTEZ RIERA manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA NÚMERO: 137.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación planteado por el Agente Fiscal de la causa.

2. HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Auto Interlocutorio N° 86 de fecha 7 de mayo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala de Ciudad del Este, anulando la misma como así también el Auto Interlocutorio N° 834 del 29 de agosto de 2008, dictado por el juez penal de garantías, enviando estos autos a la audiencia del Juicio Oral y Público.

3. IMPONER las costas a la perdedora.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 407

Cuestión debatida: *El agente fiscal se agravia contra el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia que en su parte dispositiva, resolvió modificar parcialmente la resolución dictada por el Tribunal de Sentencias, conforme a la cual se reduce la pena privativa de libertad impuesta al condenado e interpone Recurso de Casación alegando el Art. 478 inc. 3 del C.P.P. (falta de fundamentación).*

SENTENCIA INFUNDADA.

Una sentencia manifiestamente infundada presupone una falta de motivación o fundamentación, es decir, ausencia de exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho o cuando la exposición de motivos exista pero, no obstante, sea ilegítima por violarse las reglas jurídicas que determinan su contenido.

SENTENCIA INFUNDADA.

Una sentencia manifiestamente infundada no sólo consiste en que el juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la ley procesal, esto es, en no dar las razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.

MEDICIÓN DE LA PENA. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

El Tribunal de Apelación se extralimita en sus funciones al modificar la condena impuesta por el Tribunal de mérito puesto que, si bien el quantum de la pena puede ser objeto de estudio en dicha instancia, no puede permitirse una revaloración de las circunstancias fácticas (principio de inmediación).

MEDICIÓN DE LA PENA.

El Tribunal de Apelación puede examinar si las consideraciones del Tribunal de mérito sobre la determinación de la pena se hallan en consonancia con los principios de la medición o si contienen un error jurídico y, de advertirse errores de derecho en el juicio sobre la pena o su cuantía, no puede imponer una nueva sanción sino debe reenviar la causa a los efectos de la reposición del juicio sobre la pena por un nuevo Tribunal de Sentencia.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

En virtud del principio de inmediación que rige todo juicio oral, sólo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia, y un Tribunal posterior que no ha presenciado el desarrollo de la prueba y el debate carece de legitimidad para modificar los hechos.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

El recurso extraordinario de casación constituye un juicio técnico-jurídico sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*) o sobre los vicios del proceso (*errores in procedendo*) y no una potestad ilimitada para revisar un proceso criminal en su totalidad, como nueva, adicional o tercera instancia. (Voto en disidencia de la Ministra Pucheta).

SISTEMA ACUSATORIO.

El sistema acusatorio adoptado por nuestro procedimiento penal no permite un nuevo examen de los hechos ni la revaloración de las pruebas, que son definitivamente fijados en primera instancia en virtud a los principios de inmediación, concentración, contradicción y publicidad, por lo cual, a través del re-

curso de apelación especial como del recurso de casación sólo puede realizarse una revaloración jurídica del fallo, estando absolutamente prohibida una revisión *ex novo* del proceso en su totalidad. (Voto en disidencia de la Ministra Pucheta).

MEDICIÓN DE LA PENA.

La imposición de penas sólo puede ser evaluada por el Tribunal de Sentencia en atención al Principio de Inmediación, esto es, la Cámara se encuentra vedada ya que sus integrantes no han escuchado el juicio, con lo cual no pueden valorar nada fáctico de él y, en caso de haber hallado un error de razonamiento al respecto, debe reenviar el juicio para la medición de la pena y no modificarla de modo propio. (Voto en disidencia de la Ministra Pucheta).

ABUSO SEXUAL EN NIÑOS.

Para establecer la distinción entre los tipos penales de coacción sexual y abuso sexual en niños, la principal diferencia está dada por el requisito de fuerza o amenaza para el primero (coacción sexual) que puede estar ausente en el segundo (abuso sexual en niños), es decir, este último no requiere indefectiblemente del elemento “fuerza, amenaza” para que quede configurado, basta con que el sujeto pasivo se niegue o no preste su consentimiento. (Voto en disidencia de la Ministra Pucheta).

MEDICIÓN DE LA PENA EN CASO DE VARIAS LESIONES DE LA LEY.

En caso de varias lesiones de la ley, la condena debe ser fijada de acuerdo al marco penal más grave, con la exigencia de que la medición tenga como punto ineludible de referencia el mínimo más alto de los tipos penales en cuestión, así, el mínimo del marco penal a ser tomado como referencia debe ser el mínimo más alto entre los tipos penales, y el máximo del marco penal debe estar dado por el máximo más alto entre los tipos expuestos, con la posibilidad de que éste resulte aumentado racionalmente hasta alcanzar la adición de su mitad. (Voto en disidencia de la Ministra Pucheta).

C.S.J. Sala Penal. Causa: 29/05/13. “M.P. c/ O. S. F. F. s/ HECHO PUNIBLE c/ MENORES”. (Ac. y Sent. N° 407).

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

CUESTIONES:

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

2º) En su caso, ¿resulta procedente?

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

A la primera cuestión planteada, el Ministro Sindulfo Blanco, expuso lo siguiente: La vía impugnatoria, es intentada por el agente fiscal Milciades Ramos Benítez, de la Fiscalía Zonal de Alberdi, Dpto. de Ñeembucú, en contra del Acuerdo y Sentencia N° 29, del 8 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral. Penal y Penal de la Adolescencia, Circunscripción Judicial de Ñeembucú. El Art. 477 del Código Procesal Penal, dispone, en relación al objeto del recurso: “*Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena*”.

La resolución recurrida, es una Sentencia Definitiva dictada por un Tribunal de Apelación que en su parte dispositiva, resolvió modificar parcialmente la resolución dictada por el Tribunal de Sentencias, conforme a la cual se reduce la pena privativa de libertad impuesta al condenado. Con tal decisorio, es evidente la naturaleza conclusiva de la resolución, por tanto, tratándose de una resolución dictada por el Tribunal de Apelación la cual tiene la virtualidad de poner fin al procedimiento, a tenor de lo previsto en los Artículos 465 y 402 del CPP, se halla satisfecho el presupuesto de impugnabilidad objetiva.

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

Al respecto, la norma procesal que nos rige consagra en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, las condiciones de interposición del recurso en cuestión, estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, la que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. Con referencia a la IMPUGNABILIDAD SUB-

JETIVA, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que el recurso fue interpuesto por el Agente Fiscal Milciades Ramos Benítez, de la Fiscalía Zonal de Alberdi, Depto. de Ñeembucú., estando efectivamente cumplida la condición de impugnabilidad subjetiva, conforme al art. 17 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo previsto en el art. 8º, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.

Ahora bien, con respecto a los requisitos de MODO, LUGAR Y TIEMPO se tiene que el casacionista lo interpone ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días) por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el art. 478, inc. 3), del Código Procesal Penal (sentencia manifiestamente infundada), y del escrito de interposición se desprende los agravios se dirigen principalmente a demostrar que el Ad quem ha dictado una resolución infundada y arbitraria, por haber reducido la sanción impuesta al condenado por el A quo, inobservando la ley penal aplicable y sin esgrimir argumentos adecuados que avalen la solución adoptada. Cabe apuntar que “... *la condición de que se base a sí mismo –el escrito de interposición– hace a la característica de completividad que el escrito del recurso debe tener; de modo que de él surja todo lo que el Tribunal de casación deba conocer sin recurrir a otras piezas del expediente...*” (María Cristina Barberá de Riso, “Manual de Casación Penal”, Edit. Advocatus. Córdoba 1997). Por tanto, las condiciones de admisibilidad se hallan debidamente cumplidas. Debe estarse por la admisión del recurso y avanzar hacia el estudio de la procedencia del recurso impetrado.

A sus turnos, los ministros Luis María Benítez Riera y Alicia Pucheta de Correa manifiestan adherir al voto del Ministro primer opinante, por compartir sus fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Sindulfo Blanco, prosiguió señalando: El Acuerdo y Sentencia N° 29, del 08 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación de en lo Civil, Comercial, Laboral. Penal y Penal de la Adolescencia, Circunscripción Judicial de Ñeembucú, resolvió: “... 1. **DECLARAR la competencia...**; 2. **DECLARAR, la admisibilidad...**; 3. **MODIFICAR el punto 7 de la S.D. N° 27 de fecha 17 de noviembre del 2010, en consecuencia, reducir la condena de O. S. F. F. a cinco (5) años de pena privativa de libertad...**”, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución”.

El recurrente plantea recurso de casación contra el fallo individualizado más arriba y señala como agravios centrales los siguientes: “...los agravios

tienen su fuente en los errores en los que incurrió el Ad quem al dictar la resolución que se recurre, los que se encuadran en el presupuesto previsto en el motivo 3° antes citado, pues la ausencia de fundamentos que se denuncia, se traduce en la inobservancia de preceptos legales de fondo y en la violación de disposiciones de carácter procesal por parte del órgano juzgador de alzada al momento de emitir su decisión sobre la causa... el vicio principal que genera perjuicios a esta Representación Pública consiste en la errónea tarea de control de la sentencia definitiva que hizo el Ad quem... en lo que respecta a la aplicación de la ley de fondo, análisis del que derivó la corrección de la calificación jurídica de la conducta del procesado. A partir de esta corrección surge el otro agravio, pues el Tribunal de Apelaciones realizó nuevamente la tarea de medición e imposición de la sanción penal al condenado, lo que a su vez significó, violación de reglas procedimentales... si bien la alzada hizo una supuesta corrección de la calificación de los hechos acreditados por el mérito, no lo hizo de manera acabada y completa... no resulta correcta desde el punto de vista jurídico... al modificar directamente la sanción penal impuesta al condenado, reduciéndola ostensiblemente, el Tribunal de Apelaciones quebrantó abiertamente las reglas que rigen su competencia,... tal labor... corresponde únicamente al tribunal de sentencia... el perjuicio concreto que la decisión del Ad quem genera al Ministerio Público y que surge particularmente del error in procedendo consistente en reducir ostensiblemente el monto de la sanción penal impuesta a O. S. F. F. en el juicio oral y público (de 20 a 5 años)”, extralimitándose aviesamente en los límites de su competencia la cuantificación de la pena debe realizarse conforme con lo establecido en el art. 65 del C.P.; no obstante, esta labor compete en forma excluyente a un tribunal de juicio. En todo caso, si el Tribunal de Apelaciones consideró que el A quo incurrió en una errónea interpretación del mencionado articulado –que en realidad no sucedió–, lo que correspondía era la reposición parcial del juicio al sólo efecto de la imposición de la sanción penal... además de este vicio... la modificación parcial de la calificación jurídica realizada por el Ad quem, tampoco ha sido completamente correcta... lo que derivó en una inaplicación de la ley que correspondía sea aplicada a los hechos definitivamente acreditados por Tribunal de Sentencia...”. En base a dichos fundamentos el recurrente solicita se dicte resolución casando el Acuerdo y Sentencia N° 29 de fecha 8 de julio de 2011, y que de acuerdo con la facultad de decisión directa con que cuenta la Sala Penal de esta Corte Suprema, sea analizado el fallo

emitido en el juicio oral y público en la presente causa, a los efectos de realizar las correspondientes correcciones de derecho, sin necesidad de un nuevo juicio. En ese sentido arguyó, que la corrección jurídica de la calificación impuesta en primera instancia, realizada por la alzada, si bien resultó en parte acertada, no ha sido completa, puesto que el Tribunal de Sentencia calificó la conducta de O. F., de acuerdo a lo dispuesto por la ley vigente al momento de comisión de los hechos punibles (art. 135 inc. 1° y 2°, num. 2 y 4 del C.P. y en la Ley 2861/06, arts. 1 y 4 inc. 1 y 2, num. 2 y 3.), es decir, que no tuvo en cuenta que al momento de dictarse sentencia definitiva la tipificación de la conducta punible fue incorporada al C.P., por Ley N° 3440/08, art. 140 inc. 1° num. 1 e inc. 3° num. 1, 2, 3 y 4, que contiene ciertas variantes en el marco penal, favorables al procesado, lo cual no fue tenido en cuenta por el A quo, constituyendo un error evidente que amerita su corrección directa por esta Sala Penal, por un lado. Siguió expresando que, por otra parte, del análisis de los hechos acreditados, surge que los mismos se encuadran en otro tipo penal, atendiendo a que las modalidades de conducta desplegadas por el autor para acceder a las relaciones sexuales (coito) con sus víctimas menores (engaños, golpes, amenazas, encierro, forzamiento a ingerir bebidas alcohólicas y observar películas de contenido pornográficas), configuran la acción de “coaccionar a otro a padecer en su persona actos sexuales, mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida” y se encuentra tipificada concretamente en el art. 128 inc. 1°, 2° y 3° del CP, es decir, Coacción Sexual, entendiéndose que las circunstancias fácticas acreditadas, implican una coacción, porque se vence la autonomía sexual de la víctima por medio de la fuerza y de las amenazas. En base a lo expresado, el recurrente solicita que en concordancia con la calificación de la conducta del condenado conforme al tipo penal de Pornografía relativa a Niños y Adolescentes –agravada-, se aplique el tipo penal de Coacción Sexual, también agravada pero siguiendo las prescripciones del art. 128 inc. 1°, 2° y 3° del CP, modificado por la Ley N° 3440/08, puesto que una vez que se opta por una u otra ley, la elegida debe aplicarse a todas las circunstancias del caso. Asimismo, el representante del Ministerio Público solicitó finalmente sea confirmada la pena de veinte años de privación de libertad impuesta a O. S. F. F., en atención a que siguiendo las prescripciones del art. 70 del CP, el nuevo marco penal configurado con las correcciones legales, resulta el mismo que el que se utilizó en el juicio oral y público para la determinación de la sanción penal al condenado, por lo que no es necesaria la realización

de una nueva audiencia a los efectos de la medición de la pena, teniendo en cuenta que el Tribunal de Sentencia ha cumplido debidamente con todas las exigencias legales para tal menester.

La defensa técnica por su parte no contestó el traslado corrídole por providencia de fecha 05 de setiembre de 2011 (fs. 441 expte. judicial).

Entrando en materia de estudio, se tiene que el representante del Ministerio Público, señala que el fallo dictado por el Tribunal de Alzada, es “infundado” en relación a la modificación de la sanción penal y al cambio de calificación de la conducta en forma incompleta introducidos, solicitando se anule el fallo cuestionado y por decisión directa se modifique la calificación de la conducta del condenado establecida por el A quo en la sentencia definitiva, pero confirmándose la sanción de veinte años de privación de libertad impuesta igualmente por el Tribunal de Mérito.

En este sentido, tenemos que una sentencia manifiestamente infundada presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el Juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia. Asimismo, también hay falta de fundamentación cuando la exposición de motivos exista, pero no obstante sea ilegítima por violarse las reglas jurídicas que determinan su contenido, considerándose esta falta de motivación, un vicio in procedendo. En ese sentido, el artículo 125 del C. P. P. determina: *“FUNDAMENTACIÓN. Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación”*.

Al respecto, el Tribunal de Alzada ha esbozado en su resolución: “... Si bien no existe duda acerca de la participación del condenado como autor, existe discrepancia acerca de la pena impuesta por el Inferior... al incurrir el Tribunal

sentenciante en una inobservancia de la legislación penal de fondo (Artículo 5 “Aplicación de la ley en el tiempo”, y de forma, al pasar por desapercibido que la legislación penal ha sido modificada en beneficio del acusado...extremo que nos impulsa...hacia la impostergable decisión directa respecto a la calificación y condena del señor O. F. F. ... los tipos penales y sus sanciones contenidos en la Ley N° 2861/06, se hallan derogados por Ley N° 3440/2008 (Art. 2° inc. 2°, num. 5) y por aplicación del art. 14 de la Constitución Nacional, referente a la irretroactividad de la ley -salvo cuando ésta sea más favorable al encausado...se debe mantener la calificación con relación al hecho punible de abuso sexual, modificando la calificación de su conducta con respecto a la pornografía infantil de conformidad con lo preceptuado en el Art. 140 incs. 1°, num. 1y 3° num. 1, 3, 4 del Código Penal –modificado por Ley N° 3.440/2008–... atendiendo a la calificación impuesta y a los criterios de medición de la pena art. 65... art. 21 de la Constitución Nacional... la sanción aplicada al acusado resulta excedida en consideración a los efectos que la pena tendrá en la vida futura del procesado, a lo que debe considerarse la actitud asumida..durante todo el proceso... la edad del autor, que no posee antecedentes penales, no opuso resistencia durante los actos investigativos, la condición económica y la posibilidad de readaptación a una vida sin delinquir en un tiempo menor... de todo lo cual se puede inferir que la pena de 20 (veinte) años de privación de libertad debe modificarse con la reducción a CINCO (05) años de privación de libertad...este análisis admite considerar circunstancias que son favorables al acusado... en la sentencia aparecen mencionadas algunas , no son suficientes para una justa medición y ha permitido que la pena impuesta sea muy superior casi asimilándola a hechos punibles aplicables en la protección de bienes jurídicos donde se busca proteger la vida y que en cuantificación resalta por no ser coherente con los hechos punibles probados en autos... El que delinque por primera vez merece una consideración especial a la hora de imponerle la pena que le corresponda por el hecho punible imputado”.

Entrando a analizar la falta de motivación de la sentencia impugnada y de acuerdo a los fundamentos, más arriba transcritos, se constata que el Tribunal de Apelación, se ha extralimitado en las reglas de su competencia, al modificar la sanción impuesta por el A quo, realizando una nueva medición de la pena, redujo arbitrariamente la misma de veinte (20) a cinco (5) años de privación de libertad, basándose en idénticos criterios ya considerados previamente por el

Tribunal de sentencia, cuando expresa: “... la sanción aplicada al acusado resulta excedida en consideración a los efectos que la pena tendrá en la vida futura del procesado, a lo que debe considerarse la actitud asumida..durante todo el proceso...la edad del autor, que no posee antecedentes penales, no opuso resistencia durante los actos investigativos, la condición económica y la posibilidad de readaptación a una vida sin delinquir en un tiempo menor...”.

Igualmente, el Ad quem a fin de sustentar su aberrante decisión ha mencionado, que la pena impuesta resulta excesiva, atendiendo a que el bien jurídico tutelado por las normas que tipifican los hechos acusados en la presente causa (integridad física y sexual de niños y adolescentes), no reviste la importancia suficiente como lo sería un hecho punible contra la vida. Por otro lado, la alzada también en forma descabellada, ha mencionado que corresponde la reducción de la pena, en atención a que el procesado ha delinquido por primera vez, por lo que merece una consideración especial a la hora de imponerle la pena que le corresponda por el hecho punible imputado. Tal apreciación no resiste al menor análisis, desde el momento que se halla plenamente probado que el procesado ha consumado los hechos punibles de Abuso Sexual en Niños y Pornografía relativa a Niños y Adolescentes, en varias ocasiones, a lo largo de los años 2006, 2007 y 2008, teniendo como víctimas a cuatro menores de edad, a quienes sometió durante ese tiempo. Por lo que en este punto se corrobora igualmente que el Ad quem, en vez de aplicar las reglas del concurso para la determinación de la pena, ha optado por considerar al procesado sólo como un delincuente primario.

De esta manera, se puede apreciar que el Tribunal de Apelación se extralimitó en sus funciones al modificar la condena impuesta por el Tribunal de Mérito, puesto que, si bien el quantum de la pena puede ser objeto de estudio en dicha instancia, lo que no puede permitirse es que dicho Tribunal proceda a una revaloración de circunstancias fácticas sobre aspectos en los que no pudieron participar (Principio de Inmediación). Es decir, que el tribunal de apelación puede examinar si las consideraciones del juez de mérito sobre la determinación de la pena, se hallan en consonancia con los principios de la medición aceptados o si contienen un error jurídico. Por lo que, de advertirse errores de derecho, en el juicio sobre la pena o en la determinación de su cuantía, los principios de justicia y equidad, permiten que a través de los recursos de casación y apelación especial, los defectos puedan ser advertidos y sancionados en alzada. En ese

sentido el tribunal de apelaciones, en vez de imponer una nueva sanción debió reenviar la causa, a los efectos de la reposición del juicio sobre la pena, por un nuevo Tribunal de Sentencia.

En el mismo sentido, resulta importante acotar que la Apelación Especial como la misma casación, no constituyen una nueva instancia sobre los hechos, dado que de ser así, ello implicaría necesariamente duplicar el juicio en relación al hecho sobre el que versa. Por tal motivo, y en virtud del principio de inmediatez que rige todo juicio oral, sólo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia; y por ese mismo principio, un Tribunal posterior, que no ha presenciado el desarrollo de la prueba y el debate carece de legitimidad para modificar los hechos.

En estas condiciones, el Tribunal de Apelación ha incurrido en groseros errores al fundar su decisión, que desembocó en la aplicación de una pena arbitrariamente leve, por lo que su fallo adolece de errores in iudicando, lo cual motiva la invalidez de la resolución, concluyéndose sin lugar a dudas que el motivo previsto en el artículo 478 inc. 3º, invocado por el recurrente, habilita la casación del Acuerdo y Sentencia impugnado. En consecuencia, corresponde ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 29 de fecha 8 de julio de 2011, por los defectos enunciados en el presente análisis.

Asimismo, dada la magnitud del error en que ha incurrido el voto de la mayoría del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia, de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú, al dictar el Acuerdo y Sentencia impugnado en la presente causa, corresponde llamar la atención a sus Miembros Rubén Arcadio Franco y Carlos Antonio Domínguez, por su desaprensivo desconocimiento de las leyes, a fin de evitar posteriores deficiencias similares.

Por otro lado, el Art. 480 del C.P.P., al establecer lo procedente en cuanto al trámite y resolución del recurso extraordinario de casación, deriva a la aplicación analógica de las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia. De ahí que, remitidos a las disposiciones que reglan dicho recurso, nos encontramos con dos situaciones: 1) La propiciada por el Art. 473 del C.P.P., que dice: *“REENVIÓ. Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará totalmente o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del*

nuevo juicio”; y, 2) La reglada por el Art. 474 del C.P.P., que establece: “*DECISION DIRECTA. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío*”.

En el caso, considero que se dan las condiciones para optar por la segunda de las alternativas previstas en nuestro Código Ritual. Tal la convicción que me asiste luego de cotejar los antecedentes del caso y con especialidad los fundamentos vertidos por los miembros del Tribunal de Sentencia Colegiado –por unanimidad– en el cuerpo de la S.D. N° 27 de fecha 17 de noviembre de 2010 de donde es posible colegir, sin temor a equívocos, que efectivamente los citados magistrados han motivado sucintamente la sanción impuesta, observando estrictamente el procedimiento establecido por el art. 70 del C.P. para la fijación de la pena unitaria que corresponde en los casos de existencia de varias lesiones de la ley.

La Sentencia es una operación lógico-jurídica, fundada en la certeza de la demostración y vinculación de los hechos, sobre la base de los principios lógicos y legales que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son verdaderos o falsos.

El Prof. Lino Palacio en su obra “Los Recursos en el Proceso Penal” (págs. 121/122) señala: “... La sentencia no sólo debe contener, expresamente, las razones que han determinado a los jueces que la suscriben a resolver la causa en determinado sentido, y que no basta, al efecto, la mera remisión a las constancias de aquélla, sino que debe exhibir un mínimo de claridad que posibilite inferir, de los conceptos utilizados, el pensamiento y las valoraciones del juzgador (...). Ello es así porque, como se ha resuelto, el deber que pesa sobre los jueces en el sentido de formular una exposición lógicamente razonada de los fundamentos en que apoyan sus conclusiones cumple un principio que concierne incluso al sistema republicano de gobierno, que se trasunta en la posibilidad de que los justiciables, al ser absueltos o condenados, puedan comprender claramente por qué lo han sido...”.

Igualmente, si bien el objeto de controversia del fallo en alzada, no ha sido la determinación de los hechos, ni la reprochabilidad del procesado, corresponde mencionar que en la resolución del A-quo quedó plenamente demostrada – luego del diligenciamiento de los diferentes medios probatorios, conforme a los

preceptos legales— que el autor tuvo el pleno dominio de la acción y conocimiento de la situación típica, determinándose conforme a ella. Asimismo, se ha verificado un *modus operandi* concreto sobre las mismas situaciones, dado que el condenado ha lesionado varias veces la ley (concurso de hechos punibles), por lo que creo que el Tribunal de Sentencia ha analizado todos esos extremos, los plasmó concreta y precisamente en el análisis realizado, y concluyó en la imposición de la sanción de 20 años de privación de libertad. Por ende, se hallan debidamente acreditadas las razones jurídicas que llevaron a los juzgadores a construir la norma jurídica aplicable al caso (motivación); y la decisión concreta: condena, con sus consecuencias legales, respetando todos los principios del sistema penal actual de oralidad, continuidad, intermediación, celeridad y publicidad; por lo que no resulta necesario disponer el reenvío de la causa para un nuevo juzgamiento en instancia, debiendo mantenerse el fallo del tribunal de sentencia.

En relación al pedido del recurrente, consistente en la modificación de la calificación de la conducta del condenado que fue subsumida dentro del tipo penal de Abuso sexual en Niños (Art. 135 inc. 1° y 2° num. 2 y 4 del C.P.) al tipo penal de Coacción Sexual (Art. 128 inc. 1°, 2°, y 3° del C.P., modificado por Ley N° 3.440/2008), para lo cual peticiona una nueva valoración de los hechos acreditados ante el Tribunal de Sentencia y además por considerar que la ley modificatoria es más favorable al encausado, corresponde mencionar que el presupuesto para la rectificación del error de subsunción, es el cumplimiento de lo previsto por el art. 400 del CPP, durante la audiencia del juicio oral y público, por parte del Tribunal de Sentencia, es decir, que el acusado haya sido advertido, ya por el *A quo*, de la disposición que después sea aplicada por el tribunal de casación y que haya tenido oportunidad total de defensa, lo cual no se ha dado en la presente causa. Asimismo, tampoco puede considerarse que el marco penal previsto para el tipo penal de Coacción Sexual y Violación contenido en la Ley N° 3.440/08, modificatoria del C.P., sea más favorable al encausado, puesto que de la comparación de los marcos penales entre ambos hechos punibles, surge que el tipo penal de Coacción Sexual y Violación (Art. 128 inc. 1°, 2°, y 3° del C.P., modificado por Ley N° 3.440/2008), contiene una sanción mucho más grave para la conducta del procesado, lo cual no configura un caso de retroactividad de la ley penal más benigna para el procesado, por lo que el pedido del recurrente deviene notoriamente improcedente en ese punto.

Por todo lo expresado párrafos más arriba, y sobre la base de los extremos sostenidos precedentemente, y con sustento en el artículo 125 de la Constitución Nacional, 478 inciso 3° y 474 del Código Procesal Penal, entiendo que corresponde acoger favorablemente el recurso interpuesto, anulando el Acuerdo y Sentencia N° 29 de fecha 08 de julio de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la circunscripción judicial de Alto Paraná y Canindeyú, y confirmar la Sentencia Definitiva N° 27 de fecha 17 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Sentencia Colegiado de la circunscripción judicial de Ñeembucú, por corresponder así en Derecho. ES MI VOTO.

A su turno, el Ministro Luis María Benítez Riera, manifiesta adherirse al voto del Ministro Primer opinante, por compartir sus fundamentos.

VOTO DE LA MINISTRA ALICIA PUCHETA DE CORREA.

A la segunda cuestión planteada, la Ministra Alicia Pucheta de Correa, prosiguió diciendo: Disiento con el voto del Ministro Preopinante conforme a los argumentos que paso a exponer:

El punto central del análisis corresponde a la correcta aplicación de la Ley Penal.

El Tribunal de Apelaciones –por voto mayoritario– mantuvo la calificación de la conducta con relación al hecho punible de abuso sexual en niños, modificando la calificación de su conducta respecto al delito de pornografía infantil previsto en la Ley N° 2861/06, por haber sido derogada por Ley N° 3440/2008, y de conformidad al art. 140 incisos 1° numeral 1, 3 y 4 del Código Penal.

Ahora bien, conforme a la nueva calificación establecida por el Ad-quem el mismo dispuso la modificación de la pena de 20 años establecido por el Tribunal de Merito a 5 años conforme a lo establecido al artículo 65 del Código Penal.

Entrando a analizar la cuestión planteada previamente cabe aclarar que tanto el Recurso de Apelación Especial y el Recurso Extraordinario de Casación constituyen un juicio técnico-jurídico sobre la legalidad de la sentencia (errores in indicando) o sobre los vicios del proceso (errores in procedendo). En modo alguno, entonces, puede entenderse a los Recursos de Alzada como una nueva instancia, una instancia adicional o una tercera instancia, y menos como una potestad ilimitada para revisar un proceso criminal en su totalidad, más aún considerando el sistema acusatorio adoptado por nuestro procedimiento penal, que no admite ni permite un nuevo examen de los hechos ni la revaloración de las pruebas, que son definitivamente fijados en Primera Instancia, en virtud y

por respeto a los principios de inmediación, concentración, contradicción, publicidad y otros. En resumen, tanto el Recurso de Apelación Especial como el Recurso Extraordinario de Casación sólo puede realizarse una revaloración jurídica del fallo, estando absolutamente prohibido una revisión ex-novo del proceso en su totalidad.

Como se ve, a pesar de lo limitado de la facultad del Tribunal de Alzada para entender en una sentencia apelada (Art. 467 C.P.P.), ello le permite la correcta aplicación de la Ley Penal.

Pues bien, pasando al análisis del Acuerdo y Sentencia, impugnado en estos autos con el recurso extraordinario de casación, fácilmente puede constarse que el Tribunal se extralimito en sus competencias al modificar el quantum de la pena, conforme al principio de inmediación que sirve de sustento al nuevo proceso penal oral (artículo 1, 2° párrafo del CPP), por lo que el reproche penal, como la individualización de la pena y su graduación, al estar basados en hechos, corresponden únicamente al Tribunal de Mérito.

En tales condiciones, el Tribunal de Alzada, sin dar ninguna explicación más que la simple invocación de la normativa legal, procede a la modificación de la sanción impuesta O. S. F. F., reduciéndola de 20 a 5 años de privación de libertad.

Este razonamiento de la Cámara de Apelación es incorrecto y ya fue ampliamente debatido en esta Corte Suprema de Justicia. Los mismos, se puede apreciar palpablemente, no corrigen un razonamiento del inferior, ni siquiera aluden a él, sino que de modo propio definen las cualidades que hacen al artículo 65 del Código Penal y evalúan a favor del condenado tópicos de la citada norma, asignando valor positivo a ellos, además de considerar otras cuestiones propias del tribunal de méritos. En base a ello, reducen la pena impuesta sin mayores argumentos.

Ya la Corte Suprema de Justicia dijo que no es dable a los órganos de alzada modificar la pena establecida por el tribunal de méritos. La Cámara de Apelación comete un error al modificar la pena que se ha impuesto al condenado en primera instancia, pues la materia de imposición de penas, así como otros tópicos fácticos, solo pueden ser evaluados por el Tribunal de Sentencias, en atención al Principio de Inmediación. Esto se encuentra vedado a la Cámara ya que los integrantes de la misma no han escuchado el juicio, con lo cual no pueden valorar nada fáctico de el, debiendo la Cámara, en caso de haber hallado un

error de razonamiento al respecto, haber reenviado este juicio para la medición de la pena, y no modificarla de modo propio. Por otra parte, se puede observar que el quantum de la pena fue analizada pormenorizadamente en primera instancia y es razonable y lógico los fundamentos vertidos en relación al mismo, por lo que corresponde confirmar el fallo de primera instancia.

Citando jurisprudencia, a modo de ejemplo, sobre el razonamiento arriba expresado en cuanto a la posibilidad de modificar la cantidad de la pena impuesta, se menciona el Ac. y Sent. N° 1.370 de fecha 29 de diciembre de 2006, dictado en la causa: “I. B. Z. s/ Secuestro”.

Por tales razones corresponde anular el Acuerdo y Sentencia N° 29 del 08 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú.

Ahora bien, por aplicación del art. 474 del C.P.P., corresponde decidir directamente, puesto que compromete una corrección de derecho, sin necesidad de un nuevo juicio.

El Tribunal de Sentencia, conforme a la S.D. N° 27 del 17 de noviembre de 2010, califica la conducta del acusado dentro de lo dispuesto en el artículo 135 inc. 1° y 2° núm. 2°, 4° del Código Penal, y los artículos 1 y 4 inc. 1° y 2° núm. 2° y 3° de la Ley 2.861/06, y ante el concurso de varios hechos punibles se impuso como límite legal de 22 (veinte y dos) años y 6 (seis) meses, conforme a lo establecido en el artículo 70 del Código Penal.

Que a los efectos de la medición de la pena por aplicación del artículo 70 del Código Penal, teniendo en cuenta que los hechos punibles de abuso sexual en niños (10 años) y la utilización de niños, niñas y adolescentes en pornografía (15 años) se determinó como marco penal de 22 años y seis (6) meses. En dicho contexto, el acusado O. S. F. F. ha sido condenado a la pena privativa de libertad de 20 años.

Primeramente corresponde determinar si en la presente causa se ha aplicado correctamente la norma conforme a las reglas previstas en el art 5 del C.P. Aplicación de la ley en el tiempo. 1° Las sanciones son regidas por la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible. 2° Cuando cambie la sanción durante la realización del hecho punible, se aplicará la ley vigente al final del mismo. 3° *Cuando antes de la sentencia se modificara la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible, se aplicará la ley más favorable al encausado*”

Conforme a la norma penal transcripta se deduce que en caso que se modificase la Ley penal vigente al tiempo de la realización del hecho punible antes

que se dicte sentencia deberá obligatoriamente aplicarse la Ley más favorable al encausado.

Ahora bien, el Tribunal de Mérito al momento de dictar la sentencia aplicó de manera errónea la Ley N° 2.861/06, puesto que la misma se hallaba derogada por la Ley N° 3.440/08 en su artículo 2° dispuso: “*Deróguense: ...6. LEY N° 2.861/06 «QUE REPRIME EL COMERCIO Y LA DIFUSIÓN COMERCIAL O NO COMERCIAL DE MATERIAL PORNOGRÁFICO, UTILIZANDO LA IMAGEN U OTRA REPRESENTACIÓN DE MENORES O INCAPACES», a excepción de los artículos 8 –primer párrafo– y 9...*”. Sin embargo, el citado cuerpo normativo, incorpora en el art. 140 la figura delictiva de “*Pornografía relativa a niños y adolescentes*” con ciertas variantes normativas, específicamente en lo que respecta al marco penal, que resultan favorables al encausado, puesto que el marco penal es de 10 años. Siguiendo esta lógica cabe expresar que la conducta del acusado sea calificada dentro de las disposiciones del art. 140 incisos 1° n.º 1 e inciso 3° numerales 1, 2, 3 y 4 del Código Penal.

Ahora bien en cuanto al segundo punto, radica en determinar si el Tribunal de Mérito calificó correctamente la conducta del acusado incurriéndola en el tipo de “coacción sexual” o si corresponde su inserción en el tipo de “abuso sexual”.

El Art. 128 –que regula el delito de coacción sexual– en su inc. 1° establece: “El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. Cuando la víctima haya sido coaccionada al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de dos a doce años. Cuando la víctima del coito haya sido un menor, la pena privativa de libertad será de tres a quince años...”.

De la confrontación de los hechos definitivamente fijados en el juicio oral con la norma transcrita se concluye que la conducta del autor no se subsume en el tipo penal de “coacción sexual”.

Para definir el alcance del primer presupuesto requerido por la norma para la configuración del ilícito: “fuerza o amenaza” se recurre a la doctrina, que por fuerza entiende: “*el despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra índole, llevada a cabo por el autor o un partícipe, que recae sobre la persona de la víctima o se dirige directamente hacia ella, con el propósito de lograr el contacto sexual*”. Según el autor para que se configure “fuerza” o “violencia” basta

con que la voluntad de la víctima haya sido quebrada por el abuso violento del autor “*Y amenaza es la intimidación o anuncio de un mal para infundir temor en la víctima y, así, lograr el contacto sexual*” (“Derecho Penal – Parte Especial”. Jorge E. Boumpadre. Mario A. Viera Editor, Corrientes, Argentina).

El Tribunal de Sentencia en la descripción del marco histórico corroboró que el autor abusó sexualmente de las víctimas, realizando coito con las mismas, para posteriormente filmarlas.

Para establecer la distinción entre ambos tipos penales se concluye que la principal diferencia está dada por el requisito de fuerza o de amenaza para el primero (coacción sexual) que puede estar ausente en el segundo (abuso sexual en niños). Este último tipo penal no requiere indefectiblemente del elemento “fuerza, amenaza” para que quede configurado, basta con que el sujeto pasivo se niegue o no preste su consentimiento para que exista “abuso sexual”.

Ahora bien de la lectura de los hechos históricos plasmado por el Tribunal de Merito, no se denota que haya existido “*fuerza o amenaza*”, por ende no cabe en esta instancia modificar los hechos históricos puesto que los mismos no pueden ser alterados conforme al principio de inmediación, y tampoco procede la revaloración probatoria ante esta instancia procesal.

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta la existencia de varias conductas desplegadas corresponde determinar una pena unitaria conforme a las reglas previstas en el art. 70 del CP que dice: “*Artículo 70. Medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley. 1º) Cuando el mismo hecho punible transgreda varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal más grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas.*

2º) La pena será aumentada racionalmente, pudiendo alcanzar la mitad del límite legal máximo indicado en el inciso anterior. El aumento no excederá el límite previsto en los artículos 38 y 52...”. El artículo 38 estipula que la pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte y cinco años.

Considerando el citado cuerpo normativo, el mismo ordena la determinación de una pena unitaria cuando “*varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento*”. En tal supuesto, la condena resultante debe ser

fijada de acuerdo al marco penal más grave, con la exigencia de que la medición tenga como punto ineludible de referencia el mínimo más alto de los tipos penales en cuestión. Así, el mínimo del marco penal a ser tomado como referencia debe ser el mínimo más alto entre los distintos tipos penales juzgados; y, el máximo del marco penal resultante debe estar dado por el máximo más alto de entre los tipos expuestos, con la posibilidad de que éste resulte aumentado racionalmente hasta alcanzar la adición de su mitad.

Teniendo en cuenta que por un lado tenemos el tipo penal de Pornografía relativa a niños y adolescentes, art. 140, incisos 1° núm. 1 e inciso 3° numerales 1, 2, 3 y 4 del Código Penal, el marco penal es de 6 meses a 10 años, y Abuso sexual en niños, art. 135 inc. 1° y 2° núm. 2 y 4, el marco penal es de 2 a 10 años.

Conforme a las reglas del art. 70 del CP el nuevo marco penal se encuentra comprendido entre 2 y 15 años de pena privativa de libertad, por lo que corresponde un nuevo juicio sobre la pena.

Por todo ello, en mi opinión, deberá ser parcialmente acogido y, consecuentemente, debe casarse el Acuerdo y Sentencia N° 29 de fecha 08 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia de Ñeembucú, y por aplicación del art. 473 corregir los errores de derecho de la sentencia definitiva N° 27 del 17 de noviembre de 2010, disponiéndose el reenvío de la causa a otro Tribunal de Merito a los efectos de la imposición de la sanción penal. ES MI VOTO.

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

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 407.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el agente fiscal Milciades Ramos Benítez, en contra del Acuerdo y Sentencia N° 29 del 8 de julio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia, Circunscripción Judicial de Ñeembucú

2. HACER LUGAR al recurso de casación y, en consecuencia, ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 28, de fecha 29 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia,

de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú y, en consecuencia, por decisión directa CONFIRMAR la Sentencia Definitiva N° 27 del 17 de noviembre de 2010, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3. LLAMAR la atención a los miembros Rubén Arcadio Franco y Carlos Antonio Domínguez del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal y Penal de la Adolescencia, de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú, conforme a lo expresado en el exordio de la presente resolución.

4. ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Norma Domínguez, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 614

Cuestión debatida: *El agente fiscal se agravia contra el A.I. dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal en virtud del cual se resolvió confirmar el A.I. dictado por el Juez Penal de Garantías, por el cual se rechaza la solicitud de Sobreseimiento Provisional, e interpone Recurso de Casación alegando el Art. 478 inc.3 del C.P.P (falta de fundamentación).*

PLAZOS PROCESALES. Plazo razonable.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento provisional.

El sobreseimiento provisional queda limitado a aquellos casos en los que existe alguna posibilidad real y concreta de que la investigación sea reanudada o aparezca algún nuevo elemento de prueba; caso contrario, se debe resolver de un modo definitivo, ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener certeza sobre su situación y se debe arribar a una situación definitiva en un plazo razonable.

RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación. Falta de fundamentación.

SENTENCIA. Fundamentación.

Se rechaza el recurso de casación debido a que no se observan vicios o defectos que hagan presumir algún tipo de colisión con las reglas que hacen a la debida fundamentación, cumpliéndose en ese sentido con el control jurisdiccio-

nal sobre la correcta aplicación de la ley y la legitimidad del fallo atacado, pues el razonamiento expuesto en la resolución fue construido sobre premisas jurídicas válidas aplicables al caso concreto, expidiéndose en forma acertada dentro del límite de su competencia.

SENTENCIA. Fundamentación. Vicios de la sentencia

Una sentencia definitiva no está fundada cuando acaece sobre ella los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.

SENTENCIA. Fundamentación.

El proceso de fundamentación de una sentencia debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a una decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento Provisional.

El sobreseimiento provisional responde al reconocimiento de una situación objetiva de insuficiencia probatoria respecto de las características delictivas del suceso investigado o, especialmente, de la autoría o responsabilidad del imputado, sin que en el caso existan suficientes elementos de prueba para acusar, y tampoco la certeza necesaria para el sobreseimiento definitivo.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento Provisional.

El sobreseimiento definitivo procede cuando: a) el fiscal solicitó y procuró la prueba en tiempo y no pudo obtenerla por motivos ajenos a él; y b) el fiscal analizando los elementos probatorios colectados durante la etapa preparatoria no llega a formularse una hipótesis acusatoria, pero aparecen nuevos elementos que podrían aportar información concreta a los efectos de superar el estado de duda.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento Provisional.

El sobreseimiento provisional procede cuando existe un estado de duda que surja luego de haberse agotado las investigaciones y existan pruebas que puedan introducirse al proceso posteriormente, de las que no se había tenido noticia; pero no cabe dicho dictado cuando se trata de elementos probatorios que no se pudieron recopilar dentro del término, siendo éstos conocidos e identificables.

C.S.J. Sala Penal. 17/06/13. “RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL AGENTE FISCAL ABOGADO VÍCTOR JOEL PAREDES CABALLERO EN LA CAUSA: F.L.P. s/ ESTAFA.” (Ac. y Sent. N° 614).

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

CUESTIONES:

¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de la votación, arrojó el siguiente resultado: LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA Y SINDULFO BLANCO.

Esta causa tuvo entrada al Gabinete de este ministro en fecha 10 de agosto de 2012, emitiendo su voto en fecha 20 de setiembre de 2012.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Ministro BENÍTEZ RIERA dijo: Para analizar las condiciones de admisibilidad del recurso se debe tener presente lo dispuesto por el Art. 477 del Código Procesal Penal que determina el “OBJETO” de la impugnación al señalar: “Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese Tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

Asimismo, el Art. 478 del mismo Código individualiza en sus tres incisos, los únicos y exclusivos MOTIVOS que hacen a la procedencia de la casación y a ese respecto dispone: “El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional, 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia y 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”.

El Art. 480 del Código Procesal Penal, en concordancia con el Art. 468 del mismo cuerpo legal, dispone que el Recurso Extraordinario de Casación debe interponerse en el término de diez días de notificada la resolución que se impugna, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No debe olvidarse que el Recurso de Casación es de carácter extraordinario, lo que implica que las normas que lo regulan son de interpretación restrictiva,

sin posibilidad de ampliar lo que ellas expresan, ni entenderlas analógicamente, y más cuando las mismas son tan claras, transparentes y terminantes, como lo son los Art. 477, 478 y 480 del Código Procesal Penal.

Precisado de este modo los límites para la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación; veremos seguidamente si el planteo del recurrente se halla o no circunscripto dentro del marco fijado por nuestra Ley penal de forma.

Lo que se desprende de la lectura de la presentación que obra a fs. 68/75 del expediente, es que el Recurso fue interpuesto por el Agente Fiscal abogado VÍCTOR JOEL PAREDES CABALLERO, contra el A.I. N° 09 de fecha 08 de febrero de 2012, dictado por Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, en virtud del cual se resolvió: "...2) CONFIRMAR el A.I. N° 693/11/J.G.01 de fecha 13 de julio del año 2011, en todos sus términos ateto a los fundamentos de la presente resolución...". La resolución confirmada dispuso a su vez: "1) RECHAZAR la solicitud de SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL formulada por la representante del Ministerio Público... 2) SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a la imputada F.L.P. s/ ESTAFA...".

El recurso fue presentado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fecha 08 de marzo de 2012, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la resolución le fue notificada alcasacionista el 23 de febrero de 2012, cumpliéndose de esta forma con lo establecido en el Art. 468 del C.P.P.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente ejerce la representación de la sociedad a través del Ministerio Público, hallándose debidamente legitimado para recurrir en casación de conformidad a lo previsto en el Art. 268 de la Constitución Nacional en concordancia con los artículos 18 y 449 del C.P.P.

El Acuerdo y Sentencia impugnado, se trata de una resolución que pone fin al procedimiento pues confirma el Sobreseimiento Definitivo de la procesado F.L.P. S/ ESTAFA; y habiendo sido dictado por un Tribunal de Apelaciones, cumple a cabalidad el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del C. P.P.

Por último, en lo que hace a la forma de interposición, ésta se rige por lo dispuesto en el Art. 480 del C.P.P en concordancia con el Art. 468 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual se dispone que en el escrito se expresará concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Entendiéndose de ese modo que el escrito casatorio debe ser autosuficiente (principio de completitud); es decir, la fundamentación debe ser completa,

inteligible y autónoma, de manera tal que con la simple lectura del escrito, los miembros del Tribunal de casación puedan estar en posición de interiorizarse de los alcances de la materia recurrida.

En cuanto a la invocación de los motivos contenidos en el Art. 478 del C.P.P, el recurrente invocó la causal prevista en el numeral 3° (falta de fundamentación).

En ese sentido, para la admisibilidad del numeral tercero, el recurrente debe señalar en forma sintetizada, cuáles son los puntos que estima infundados en la resolución, cuál es la razón jurídica de dicha manifestación y además explicar por qué considera que la resolución atacada no está fundamentada en la ley y por tal motivo amerita su nulidad a tenor del inciso tercero.

A la luz de lo señalado precedentemente, se puede ver que el motivo 3° del artículo 478 del C.P.P se halla correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales para ser atendido por esta Sala. Por tanto, hallándose verificadas las exigencias formales, corresponde DECLARAR la Admisibilidad del presente recurso respecto a la citada causal. ES MI VOTO.

A sus turnos, los doctores BLANCO y PUCHETA DE CORREA manifiestan que se adhieren al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el doctor BENÍTEZ RIERA prosigue diciendo: El impugnante sostiene que el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones deviene manifiestamente infundado, básicamente por haberse confirmado el Sobreseimiento Definitivo dictado por el A quo, sobre la base de interpretaciones erradas de las normas jurídicas y especialmente las que rigen el instituto del Sobreseimiento Provisional, generando una decisión *contra legem* y, en consecuencia, viciada en su contenido.

Señala que el Ad-quem expone como sustento de su resolución que "...el Ministerio Público en la etapa preparatoria... debía haber ejercido su rol investigador, encontrándose obligado a recolectar elementos básicos de convicción,... sin embargo ha omitido presentar su requerimiento conclusivo...". En ese sentido, sostiene que si bien el requerimiento conclusivo no fue presentado por el agente fiscal en tiempo, en virtud del art. 139 del C.P.P, la fiscalía adjunta sí lo hizo, por lo que no existe error alguno de procedimiento y tal acto procesal es perfectamente válido.

Menciona que el pedido de Sobreseimiento Provisional presentado por el Fiscal Adjunto de Itapúa, se trata de una figura legalmente establecida como requerimiento conclusivo (Arts. 362 y 351 num. 2 del C.P.P) y cumple a cabalidad con todos los presupuestos exigidos por la norma, relato de los hechos, análisis jurídico de la cuestión, fundamentos en virtud de los cuales se solicita el sobreseimiento provisional y expresa y separadamente la enumeración de la diligencias que pretenden incorporarse. No obstante ello, el Tribunal de Apelaciones exige para su viabilidad, la fundamentación de los motivos por los cuales las diligencias solicitadas no fueron realizadas con anterioridad; requisito éste que no tiene base legal alguna y resulta completamente arbitrario para confirmar el Sobreseimiento Definitivo.

Por otra parte, el recurrente arguye que el Ad-quem, mediante el fallo impugnado, sostiene arbitrariamente que de concederse el sobreseimiento provisional, se extendería el plazo de seis meses; siendo erradas dichas interpretaciones, ya que de ser así, se llegaría al absurdo de que el sobreseimiento provisional no debería existir por resultar contrario a principios y fundamentos de la ley procesal.

Propone como solución, se haga lugar al Recurso Extraordinario de Casación, anulando el A.I. N° 09 de fecha 8 de febrero de 2012, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa, y por decisión directa se anule el A.I. N° 693 del 13 de julio de 2011, dictado por el Juez Penal de Garantías, renviando a otro Juzgado para la realización de una nueva audiencia preliminar.

Con relación al traslado de ley previsto en el art. 480, en concordancia con el art. 470 del C.P.P, esta Sala Penal, por providencia de fecha 22 de marzo de 2012, intimó a las partes a fijar domicilio procesal en la capital en el plazo de 3 días, bajo apercibimiento de quedar automáticamente notificados en la secretaría judicial por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes del dictado de la resolución. Por providencia de fecha 10 de julio de 2012, se hizo efectivo el apercibimiento de ley respecto al abogado César Villanueva (defensor técnico de la procesada), ya que pese a ser notificado mediante oficio obrante a fs. 82 de autos el mismo no dio cumplimiento al mandato legal.

Por providencia de fecha 10 de julio de 2012, se ordenó correr traslado a la Defensa del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Agente Fiscal, sin que ésta lo haya contestado dentro del término de ley; correspondiendo

en consecuencia declarar el decaimiento del derecho de la defensa a contestar el recurso.

Para verificar en el presente caso si la resolución impugnada por la vía casacional se ajusta o no a derecho, corresponde primeramente hacer una breve referencia acerca de qué se entiende por sentencia manifiestamente infundada, la normativa que rige en la materia y posteriormente indagar sobre la finalidad que tiene el instituto procesal denominado Sobreseimiento Provisional como acto conclusivo, analizado con relación al tiempo de duración máxima prevista en nuestra normativa para la conclusión de la etapa preparatoria del proceso penal ordinario; y sobre esa base determinar si efectivamente el Tribunal Ad quem ha dictado una resolución manifiestamente infundada en el sentido señalado por el recurrente.

Al referirnos a la expresión “manifiestamente infundada” decimos: “...Se halla inmotivado el auto cuando carece de los elementos de hecho y de derecho en que se basa la solución acordada” (Lino Enrique Palacio. “Los recursos en el Proceso Penal”, Abeledo-Perrot, Bs. As. Pág. 112). Creemos que una sentencia definitiva o auto interlocutorio no está fundado cuando acaece sobre aquellos los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.

El Art. 256 de la Constitución Nacional dispone: “... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...”. Con esta norma concuerda el art. 465 del C.P.P establece: “*la resolución del Tribunal de Apelaciones estará sujeta en lo pertinente, a las formalidades previstas para los autos y las sentencias y, en todo caso, fundamentará sus decisiones*”. Asimismo, el Art. 125 del CPP, expresa: “Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...”.

En ese sentido, “La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión”. (Oscar R. Pandolfi. “Recurso de Casación Penal”. Ed. La Rocca. Bs. As. 2001. Pág. 419). Haciendo una conjunción de las normas invocadas y todo el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y su clara explica-

ción; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice.

El Sobreseimiento Provisional por su parte, responde al reconocimiento de una situación objetiva de insuficiencia probatoria respecto de las características delictivas del suceso investigado o, especialmente, de la autoría y/o responsabilidad del imputado, sin que en el caso existan suficientes elementos de prueba para acusar, y tampoco la certeza necesaria para el sobreseimiento definitivo.

En tal sentido el Art. 362 del C.P.P dispone: SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL. “Si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de convicción resultan insuficientes para realizar el juicio, se ordenará el sobreseimiento provisional, por auto fundado que mencione concretamente los elementos de convicción concretos que se espera incorporar. Se hará cesar toda medida cautelar impuesta al imputado. Si nuevos elementos de convicción permitan la continuación del procedimiento, el juez, a pedido de cualquiera de las partes, admitirá la prosecución de la investigación. En caso de delitos, si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura de la causa, el juez declarará de oficio, la extinción de la acción penal; este plazo se extenderá a tres años cuando se trate de crímenes.”.

El Sobreseimiento Provisional queda limitado a aquellos casos en los que existe alguna posibilidad *real y concreta* de que la investigación sea reanudada o aparezca algún nuevo elemento de prueba; caso contrario, se debe resolver de un modo definitivo, ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener certeza sobre su situación y se debe arribar a una situación definitiva en un plazo razonable.

Esta figura, procede entonces, cuando existe un estado de duda que surja luego de haberse agotado las investigaciones y existan pruebas que puedan introducirse al proceso posteriormente, de las que no se había tenido noticia; pero no cabe dicho dictado cuando se trata de elementos probatorios que no se pudieron recopilar dentro del término siendo éstos conocidos e identificables. Si esos factores de resolución se conocen desde la noticia criminis ¿Qué justificación hay para que el fiscal no las recopile en el término legal fijado para la etapa preparatoria? Lo único que se impone en esos casos es la sanción procesal.

Estos argumentos tienen la solidez que busca el espíritu de las normas de los artículos 279 y 324 del C.P.P que respectivamente disponen: FINALIDAD. *“La etapa preparatoria tendrá por objeto comprobar mediante diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, la existencia del hecho delictuoso, individualizar a los autores y particulares, recolectar los elementos probatorios que permitan fundar, en su caso, la acusación fiscal o del querellante así como la defensa del imputado, y verificar las condiciones personales, antecedentes y estado psicológico del imputado...”* DURACIÓN. *“El Ministerio público deberá finalizar la investigación, con la mayor diligencia, dentro de los seis meses de iniciado el procedimiento y deberá acusar en la fecha fijada por el juez.”*

En base a lo precedentemente expuesto es posible afirmar que procede el Sobreseimiento Provisional cuando: a) el fiscal solicitó y procuró la prueba en tiempo y no pudo obtenerla por motivos ajenos a él; y b) el fiscal analizando los elementos probatorios colectados durante la etapa preparatoria no llega a formularse una hipótesis acusatoria, pero aparecen nuevos elementos que podrían aportar información concreta a los efectos de superar el estado de duda.

En ese sentido es necesario que la fiscalía acredite que las diligencias pendientes no pudieron cumplirse por causas ajenas a su voluntad, y la explicación concreta acerca de la pertinencia de los elementos cuya incorporación solicita, sin cuyo requisito no se podría sostener válidamente tal requerimiento en virtud a lo manifestado precedentemente y a lo previsto en el art. 55 del C.P.P que dispone: FORMAS Y CONTENIDO DE SUS MANIFESTACIONES. *“El Ministerio Público formulará motivada y específicamente sus requerimientos, dictámenes y resoluciones, sin recurrir a formularios o afirmaciones sin fundamento...”*

Sobre la base normativa y doctrinaria recientemente expuesta, corresponde determinar si los argumentos utilizados por el Tribunal de Apelaciones de Itapúa para confirmar el Sobreseimiento Definitivo dictado en primera instancia se ajustan o no a los parámetros legales establecidos precedentemente.

Al respecto se observa que el Tribunal de Apelaciones se ha referido concretamente sobre cada agravio de la defensa, fundamentando porqué considera que no se dan los presupuestos previstos para la aplicación del Sobreseimiento Provisional y porqué el Sobreseimiento Definitivo dictado en autos debe ser confirmado; en ese sentido refiere que: 1) En el presente caso el Ministerio Público no ha ejercido adecuadamente su rol de investigador, ya que no ha

colectado los elementos básicos de convicción para esclarecer el hecho durante la etapa preparatoria; 2) el agente fiscal interviniente ha excedido en demasía las dos fechas fijadas por el Juzgado para la presentación del requerimiento conclusivo y que no lo hizo sino hasta un mes después de la última fecha, lo que derivó en la aplicación del trámite previsto en el art. 139 del C.P.P.; 3) a través del requerimiento de Sobreseimiento Provisional presentado por la Fiscalía General Adjunta, se pretende salvar la investigación sumamente débil del agente fiscal introduciendo elementos de prueba considerados básicos que debían haber sido colectados en la etapa investigativa y no fuera del término, ya que no se trata de elementos nuevos, especiales o complejos como para que amerite su introducción por la vía solicitada; 4) concluida la etapa preparatoria, el Ministerio Público ya no tiene posibilidad alguna de incorporar elementos básicos de convicción por la vía que pretende, cuando ha dejado transcurrir la investigación la investigación sin elementos de prueba que durante toda la etapa investigativa estaban a su alcance; 5) la resolución dictada por la A quo, al hacer lugar al Sobreseimiento definitivo resulta consecuente con las circunstancias del caso y se adecuan al inc 2° del Art. 359 del C.P.P, velando por el estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso.

Cabe destacar que en la resolución objeto de impugnación no se observa que el Tribunal de Apelaciones haya objetado la legitimidad del Fiscal General Adjunto para requerir conforme a lo previsto en el Art. 139 del C.P.P, tal como pretende hacer parecer el casacionista en su escrito de casación. Lo que cuestiona el Ad-quem es la procedencia del Sobreseimiento Provisional requerido, dadas las circunstancias en la que fue desarrollada la investigación y los elementos de prueba que se intentaron incorporar a partir de dicho instituto procesal, que resultan a todas luces básicos para la investigación preparatoria como ser el certificado de antecedentes penales de la procesada, el pedido de informe a la Subsecretaría de Tributación y el informe al Banco Itapúa entre otros que debieron ser colectados en el tiempo legal establecido, ya que no son especiales, nuevos ni complejos, es decir, no amerita su realización fuera del término legal previsto.

Por último, en lo que hace a la afirmación del recurrente que se podría llegar al absurdo de hacer desaparecer el instituto procesal del Sobreseimiento provisional en caso de aceptar lo sostenido por el Ad-quem respecto a que “Conceder el Sobreseimiento Provisional implicaría extender el plazo de seis meses

establecido en la ley”, esto no es así, desde el momento que el pedido del Ministerio Público no fue requerido en condiciones normales, es decir dentro del término de ley por el agente fiscal interviniente, sino que fue a consecuencia ya de la falta de presentación del requerimiento conclusivo en el plazo legal fijado y además siendo solicitadas diligencias que desde un inicio debieron haber sido realizadas por el fiscal.

De todo lo precedentemente expuesto surge que el Tribunal de Apelaciones ha dado razón suficiente sobre los hechos y la normativa en virtud de los cuales ha resuelto confirmar la sentencia de primera instancia, ha respondido los agravios del recurrente de manera fundada, ha realizado un control de legalidad integral del fallo, sin descuidar mantenerse dentro los límites de su competencia en base al principio “tattum devolutum quantum appellatum”, cumpliendo a cabalidad con las exigencias previstas en el art. 256 de la Constitución Nacional y los artículos 465 y 125 del C.P.P.

Es así que en el juzgamiento de esta causa no se observan vicios o defectos que hagan presumir algún tipo de colisión con las reglas que hacen a la debida fundamentación, cumpliéndose en ese sentido con el control jurisdiccional sobre la correcta aplicación de la ley y la legitimidad del fallo atacado, pues el razonamiento expuesto en la resolución fue construido sobre premisas jurídicas válidas aplicables al caso concreto, expidiéndose en forma acertada dentro del límite de su competencia.

En atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el Art. 256 de la Constitución Nacional, así como los Arts. 465 y 125 del Código Procesal Penal, el Recurso Extraordinario de Casación debe ser rechazado, debido a que las alegaciones sobre la supuesta falta de fundamentación, carecen de consistencia y resultan absolutamente improcedentes. ES MI VOTO.

A sus turnos, los doctores BLANCO y PUCHETA DE CORREA manifiestan que se adhieren al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N°: 614.

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

RESUELVE:

1) DECLARAR admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto.

2) TENER por decaído el derecho de la defensa técnica de la procesada F.L.P. s/ ESTAFA a contestar el Recurso Extraordinario de Casación, por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución.

3) NO HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Agente Fiscal, asignado a la Unidad N° 2 de la Fiscalía Zonal de Coronel Bogado, Abog VÍCTOR JOEL PAREDES CORONEL, contra el A.I. N° 09/2012/TAP, de fecha 08 de febrero de 2012, dictado por Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la circunscripción Judicial de Itapúa, por los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el exordio del presente fallo.

4) ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante Mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 730

Cuestión debatida: *El abogado defensor interpone Recurso de Casación invocando el Art. 478 numerales 1°, 2° y 3° (condena superior a diez años alegando inobservancia constitucional, fallos contradictorios y falta de fundamentación), contra el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación que confirma la Sentencia dictada en primera instancia por la cual el Juez Penal de Garantías dispuso tener por comprobada la existencia del hecho punible y la autoría del acusado condenándolo al mismo a 3 años de pena privativa de libertad, en proceso abreviado.*

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Alcance de la aceptación de los hechos.

El acusado no debe ser indefectiblemente condenado por haber consentido los hechos que se le atribuyen en un procedimiento abreviado.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Alcance de la aceptación de los hechos.

Cuando el acusado acepta los hechos, de conformidad al procedimiento abreviado, lo único que está aceptando es que la plataforma fáctica que la acu-

sación eleva en su contra es verdadera, es decir, que los hechos ocurrieron tal cual la acusación manifiesta, no acepta, y por ende queda a discreción del juzgador, todo lo referente a la fijación de los hechos aceptados por el encausado, la anti-juridicidad de su hecho y la reprochabilidad del mismo, todas cuestiones que incidirán directamente sobre su punibilidad, tampoco aceptada.

C.S.J. Sala Penal. 10/07/13. “E.M. Y OTROS S/ HECHO PUNIBLE c/ LEY 1.910/02”. (Ac. y Sent. N° 730).

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

CUESTIONES:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: El abogado C.A., por D.A.S., interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, que confirma la Sentencia dictada en primera instancia.

Por Sentencia Definitiva N° 15 de 29 de junio de 2009, el Juez Penal de Garantías dispuso tener por comprobada la existencia del hecho punible contra la Ley 1.910/02 y de Reducción, la autoría del acusado D.A. y condenar al mismo a 3 años de pena privativa de libertad, en proceso abreviado.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 12 de octubre de 2009, estando su presentación dentro del plazo legal, ya que las notificaciones practicadas al condenado y a su abogado son de fecha 5 de octubre del mismo año, conforme fojas 460 de autos, por lo que se puede considerar esta presentación como planteada en tiempo. El recurrente impugna la sentencia definitiva de la Cámara de Apelación, la resolución recurrida es un Acuerdo y Sentencia, emanada de un Tribunal de Apelación; así también esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal

Penal se halla cumplido. El recurrente invocó como motivos que ameritan la procedencia del recurso las causales previstas en los numerales 1°, 2° y 3° del Art. 478 del Código Ritual (condena superior a diez años alegando inobservancia constitucional, fallos contradictorios y falta de fundamentación).

En cuanto a los motivos invocados por el mismo, el dispuesto en el numeral 1° del artículo 478 del Código Procesal Penal no puede ser analizado y debe ser dejado de lado, debido a que leyendo atentamente el escrito de casación del recurrente, obrante a fojas de autos, el mismo no ha expresado un solo agravio constitucional, no ha indicado que norma de nuestra Carta Magna fue alterada en este juicio o que derecho que la misma consagra fue vulnerado en perjuicio de su defendido, y luego de señalada, mucho menos explica en qué consiste la violación normativa. Además, es notorio que dicha causal no puede ser alegada además porque su defendido fue condenado a tres años de pena privativa de libertad, y la causal exige que sea diez o más años de pena privativa de libertad.

La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos ya ha manifestado que el motivo indicado en el inciso 1° del artículo 478 del CPP opera conjuntamente, es decir, que la condena mayor de diez años y la violación constitucional deben presentarse simultáneamente en la misma resolución, la letra “y” es conjuntiva, no disyuntiva, une las frases, no hace que operen por separado. Aparte de esto, la Corte Suprema de Justicia no observa vicios que atenten contra la Constitución Nacional.

En cuanto al motivo dado en la causal 2° de la norma citada, tampoco puede ser aceptada a estudio, ya que si bien el recurrente ha agregado el fallo supuestamente contradicho, no explica en qué consiste la contradicción; el recurrente solo individualiza el fallo, manifiesta que el ahora objeto de estudio lo contradice pero no señala sus partes afectadas, no explica en qué partes, materias o razonamientos los fallos se contraponen.

La invocación del motivo dado en el inciso 3° del artículo 478 del CPP, ya amerita el estudio del fallo impugnado.

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

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal.

Esta norma citada prescribe cómo debe ser interpuesto el escrito de apelación y casación de las partes; da los requisitos que debe poseer a efectos de ser admitido para su estudio. Exige que el alegato se halle correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, y de esta forma se cumple los requisitos legales.

Analizando el escrito que nos ocupa, se puede ver que el mismo cumple con dichas exigencias, cumpliendo así con los requisitos dispuestos en el artículo 468 del CPP.

En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso deducido. ES MI VOTO.

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

A la segunda cuestión planteada la doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: Entrando a estudiar los argumentos del casacionista sobre la materia, se puede observar que alega como principal agravio el que la Cámara de Apelación no respondió a todos sus agravios, referente a la imposición de la pena, que arguye no fue realizada atendiendo a la ley.

Observando así el escrito de apelación general del recurrente, se ve en primer lugar que su recurso de casación, cuál debe ser extraordinario, es copia casi exacta del que fuera su apelación general, reiterando así sus argumentos ante esta Corte, lo que es improcedente.

En referencia a la imposición de la pena, el mismo indica que la misma no debía sobrepasar los dos años, siendo la imposición de tres años como un capricho del juzgador, pero observando el acta de la audiencia preliminar, se ve que la fiscalía se allana al pedido de proceso abreviado pero solicita la pena de tres años, con lo cual se ve que el juez penal no violó regla alguna, puesto que su único impedimento en este proceso es condenar a más de lo que pide la acusación.

La Cámara de Apelación, como se ve en especial en sus últimos párrafos, analizó la cuestión punitiva y dictó una respuesta acorde a derecho, con lo que no puede indicarse que no respondió a sus agravios, como lo expresa el recurrente.

Ahora bien, lo que en verdad no se determina con claridad es sobre qué aspecto o elementos del tópico de la punibilidad basó la Cámara de Apelación su respuesta, ya que observando el fallo de primera instancia, con el fin de controlar

el trabajo de los magistrados de apelación, se observa que la jueza penal de garantías no analizó en absoluto el artículo 65 del CP, es más ni lo mencionó siquiera, no sopesando sus elementos mucho menos.

Esto se constata viendo el fallo aludido, cual penúltimo párrafo de la carilla cuarta, introduce en la materia de la punibilidad, diciendo solamente que ya que se obtuvo todos los elementos anteriores de la Teoría del Delito, y con las pruebas del Ministerio Público a la vista, el juzgado tiene el criterio de imponer la pena de tres años al recurrente.

Esto no puede ser aceptado como estudio de la punibilidad, tal como lo requiere nuestra ley penal, y por ende, si bien es cierto que la Cámara respondió el agravio del recurrente, se nota que su respuesta no se ajusta a derecho, ya que no pudo controlar lo que no existió.

El trabajo inexistente de la jueza de primera instancia, sobre la punibilidad, y la aceptación de ello por la Cámara de Apelación, no pueden ser aceptadas ya que producen dos errores graves en el sistema: en primer lugar, cuando el acusado acepta los hechos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 420 numeral 2°, lo único que está aceptando es que la plataforma fáctica que la acusación eleva en su contra es verdadera, es decir, que los hechos ocurrieron tal cual la acusación manifiesta y, que dicha plataforma fáctica es atribuible a su persona; no acepta, y por ende queda a discreción y análisis del juzgador, todo lo referente a la fijación de los hechos aceptados por el encausado, la antijuridicidad de su hecho y la reprochabilidad del mismo, todas cuestiones que incidirán directamente sobre su punibilidad, tampoco aceptada.

Esto se desprende claramente de las normas contenidas en el artículo 421 del código procesal penal; ya que sin este análisis, y basado en la aceptación de los hechos, el juez nunca podrá absolver al acusado, como lo habilita esta norma, y tanto la absolución, como la condena, obligan a un análisis de las evidencias acreditadas, a efectos de sostener lo decidido en juicio. No puede ser aceptado que por el solo hecho de consentir los hechos que se le atribuyen, el acusado debe ser indefectiblemente condenado.

Todo el análisis de esta cuestión, referente a la Teoría del Delito, enmarcada, eso sí, dentro de la naturaleza del juicio abreviado, debe ser realizado por el juez de garantías, y ello nos lleva al segundo error, cual es que la sentencia carece de todo enunciado sobre la materia de punibilidad, violentando así el artículo 403 del CPP.

En primer lugar, el artículo 421 del CPP indica que la sentencia debe tener todos los requisitos formales del artículo 398 del mismo cuerpo legal, y a esto debe ser agregado que, como toda sentencia, la misma también debe adecuarse al artículo 403 arriba citado, y esto es así porque en ninguna parte del sistema procesal penal actual, se distingue entre una sentencia dictada en juicio oral y una sentencia dictada en proceso abreviado, en lo referente a su fundamentación.

Toda resolución definitiva dictada por jueces penales debe estar convenientemente fundada, apareciendo bien definidas las respuestas y los motivos que las produjeron, tal como lo señala el numeral 4° del artículo 403 del CPP, y esto ya no es solo porque dicha norma lo obliga, al no haber distinción entre sentencias de distintos procesos al ser fundadas, sino también por la Constitución Nacional, que lo requiere en su normativa aplicable del artículo 256 y artículo 17 numeral 8°.

Es verdad que algunos análisis sobre la Teoría del Delito serán moderados, en lo referente a la antijuridicidad y demás, y en otros nulo, en lo referente a la demostración del hecho y del autor, siendo esto conforme a la naturaleza del proceso abreviado, aunque los hechos deban aparecer fijados y plasmados en la sentencia; pero no por esta naturaleza se entenderá que no deben ser analizados lo que queda excluido de la aceptación del acusado, al contrario, por los argumentos arriba indicados, deberán ser estudiados y tan importante como ello, deberán aparecer los razonamientos de dicho análisis en el cuerpo de la sentencia, so pena de ser dicha sentencia arbitraria y manifiestamente infundada.

En el presente caso, el estudio de la punibilidad fue olvidada completamente en este juicio, por lo que debe ser aceptado el recurso de casación, anulando el fallo de alzada y el fallo de primera instancia parcialmente, sobre la punibilidad, reenviando esta causa a un nuevo juicio sobre la pena, la cual no podrá pasar de tres años, en atención al Principio de la Reforma en Perjuicio.

Un razonamiento similar al presente fue dictado en la causa: “E.C. s/ Homicidio Doloso”.

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:

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA NÚMERO: 730.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación planteado por el abogado C.A. a favor de D.A.

2. HACER LUGAR al recurso extraordinario de casación en la presente causa, anulando el Acuerdo y Sentencia N° 36 de fecha 27 de agosto de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de Ciudad del Este. Asimismo, anular parcialmente la Sentencia Definitiva N° 15 de fecha 29 de junio de 2009, dictada en primera instancia con relación a la punibilidad de D.A., reenviando esta causa a un nuevo juicio sobre la pena, la cual no podrá pasar de tres años, en atención al Principio de la Reforma en Perjuicio.

3. IMPONER las costas en el orden causado.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Norma Dominguez, Actuaría.

* * *

SALA CIVIL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 82

Cuestión Debatida: *En estos autos es materia de recurso la procedencia de una demanda de indemnización de daños por la rescisión de un contrato de prestación de servicios.*

CONTRATO. Cumplimiento de contrato

Confirma el fallo recurrido en razón de que ha quedado demostrado que quien reclama el cumplimiento del contrato, ha sido en realidad quien, en origen, ha incumplido su obligación contractual.

NULIDAD.

Corresponde declarar la nulidad del Fallo impugnado, pues que se ha conculcado lo establecido en los Artículos 256 de la Constitución Nacional y 15,

inciso b), del Código Procesal Civil, al haberse juzgado y resuelto en base a legislación inaplicable, circunstancia que torna arbitraria a la Resolución. (Voto en disidencia Ministro Garay)

C.S.J. Sala Civil y Comercial. 21/03/13. “RECONSTITUCIÓN DEL EXPDTE. HANS WERNER BENTZ c/ CARTONES YAGUARETÉ S.A. s/ INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (Ac. y Sent. 82).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: La recurrente sostuvo que el Fallo impugnado es nulo, pues violó el Principio de legalidad y el debido proceso, soslayando normativa establecida en los Artículos 256 de la Constitución Nacional y 15 del Código Procesal Civil. Esgrimió que el Tribunal de Apelación aplicó erróneamente el Derecho Civil Alemán, afirmando que la traducción –acompañada en Juicio e impugnada por su Parte– no es jurídicamente válida para probar la existencia y contenido de dicha legislación. Señaló que ese extremo debió ser probado por la accionada, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 249 del Código Procesal Civil. Aseveró que el acto jurídico estaba destinado a ser cumplido en la República del Paraguay, por lo que debía ajustarse a las normas imperativas del ordenamiento jurídico local.

A fin de establecer si existió vicio que amerite sanción de nulidad, corresponde determinar cuál es la legislación aplicable al caso.

De constancias procesales, surge que el acto jurídico cuyo cumplimiento se demandó hace referencia a un Contrato de Servicio de Gerente, celebrado entre la empresa paraguaya “Los Cartones Yaguareté S.A.” (accionada) y el ciudadano alemán Werner Bentz (accionante), suscrito en la ciudad de Mayen, Alemania, el 14 de diciembre de 1995. En virtud al Artículo 13, numeral tercero, los contratantes establecieron: *“Este contrato está sujeto al derecho de la República Federal de Alemania y su Jurisdicción es la sede de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”*.

El artículo 669 del Código Civil consagra el Principio de la autonomía de la voluntad, al establecer que las Partes pueden reglar libremente sus Derechos mediante contratos. El artículo 715 de la misma normativa, encuentra orientación en ese Principio. Sin embargo, aquel rige siempre y cuando se observen normas imperativas de la Ley. Así, el artículo 9 de ese cuerpo legal dispone: “*los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto Leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*”.

Si bien las Partes establecieron –de común acuerdo– la Legislación de Fondo aplicable al Contrato, no es posible soslayar que existe norma expresa que regula el caso, cuyo cumplimiento no puede ser inobservado. En efecto, el Artículo 297 del Código Civil preceptúa expresamente: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad e incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su forma, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren sido ejecutados en su territorio o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento...*”.

En el sub lite, resulta incuestionable e incontrovertible –por las Partes– que el Contrato se cumplió y ejecutó en la República del Paraguay. Y el servicio contratado fue prestado a favor de una empresa paraguaya, constituida por Escritura Pública del 29 de mayo de 1978, autorizada por el notario público Lorenzo N. Livieres, cuyos Estatutos Sociales fueron aprobados y reconocida su personería jurídica por Decreto N° 1.334, del 10 de octubre de 1978, emanado del Poder Ejecutivo de la Nación (fs. 203), e inscrita en el Registro Público de Comercio del Paraguay. Por lo que, resulta aplicable el Derecho de Fondo paraguayo.

De Gásperi explicita: “La regla del lugar de celebración del acto cede en presencia de la del cumplimiento. Savigny al desentrañar la jurisdicción especial y asiento de la obligación sienta el principio según el cual esa jurisdicción descansa en la libre sumisión de las partes, la cual resulta con la mayor frecuencia de una declaración de voluntad no expresa, sino tácita, siempre excluida por la expresión de una voluntad contraria, concluye que el asiento de la jurisdicción especial de la obligación es aquel lugar donde las partes esperan su resultado, o sea el lugar de su cumplimiento, porque sobre este punto se concentra la esperanza de las partes” (Apostilla del Artículo 548 del Anteproyecto).

Salas-Trigo Represas explican: “Story refiere que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un caso entonces reciente, así lo ha juzgado estableciendo

como principio general que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecución” (“Código Civil Anotado”, Tomo II, pág. 73).

Belluscio-Zannoni ilustran: “Savigny sostenía que el asiento más acorde con la naturaleza de la relación jurídica contractual, es el lugar de ejecución del contrato, puesto que, salvo raras excepciones, ese lugar es, por principio, cierto y seguro” (“Código Civil”, Tomo IV, pág. 1.024).

“Bien es cierto que la ley del lugar donde el contrato se celebra tiene en su favor mayores posibilidades de ser conocidas por los contratantes... más cuando se trata del contenido de un contrato celebrado con la finalidad precisa de producir un determinado efecto extraterritorial, el criterio de la primacía de la *lex loci celebrationis* resultaría ineficiente... Pues aquel contenido nunca podrá concretarse en los hechos, sino es en conformidad con las leyes vigentes en el territorio donde los actos pueden o deben ser realizados... En otros términos cuando las partes contratantes han previsto que todo lo convenido o parte de él deba ejecutarse en ámbito distinto de aquel que rige la ley del lugar de celebración del convenio debe resolverse a favor de la primacía de las leyes vigentes en el lugar de la ejecución, desde que las obligaciones creadas por la convención no resultarán por principio exigibles si estas leyes no les confieren exigibilidad” (Ibídem, pág. 1.025).

Igual posición jurídica ejecucionista es el que predomina en el Tratado de Montevideo de 1940, vigente en nuestro país.

Por eso, más allá que el artículo 22 del Código Civil establezca que “*los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras*”, no puede soslayarse que existe norma específica que dispone cuál es la Ley de Fondo aplicable a los Actos Jurídicos –en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos– siendo el Contrato el Acto Jurídico por excelencia, disposición que se impone –a no dudarlo– sobre el citado artículo 22, el que será aplicable –en todo caso– para otras situaciones.

En estas condiciones, corresponde declarar la nulidad del fallo impugnado, pues que se ha conculcado lo establecido en los artículos 256 de la Constitución Nacional y 15, inciso b), del Código Procesal Civil, al haberse juzgado y resuelto en base a legislación inaplicable, circunstancia que torna arbitraria a la Resolución.

Al declarar la nulidad, correspondería aplicar el artículo 406 del Código Procesal Civil y resolver la cuestión de fondo. Sin embargo, a fin de garantizar

el Principio de doble Instancia, corresponde en Derecho remitir expediente al Tribunal de Apelación que sigue en orden de turno, a fin que juzgue conforme a Derecho. Las Costas deberán imponerse en el orden causado, de conformidad al artículo 193 del Código Procesal Civil, considerando la razón probable que pudo haber tenido el accionado para litigar. Así voto.

A su turno el Ministro Raúl Torres Kirmser dijo: En cuanto al Recurso de Nulidad: En estos autos no se advierten vicios o defectos que ameriten declarar la nulidad de la resolución sometida a la competencia de esta Alzada. Si bien es cierto que el Tribunal ha resuelto la cuestión sometida a su competencia con el empleo de leyes extranjeras, no puede dejar de señalarse que dicha decisión resultó consecuencia de una valoración hecha por el Tribunal respecto de la validez y efectos de la elección de normas de fondo hecha por las partes en un contrato de locación de servicios. Esta apreciación fue hecha por el Tribunal de acuerdo a las normas del Código Civil Paraguayo, a la luz de las normas de conflicto y conforme con lo dispuesto sobre autonomía de la voluntad. En suma, el Tribunal juzgó la validez y efectos de las normas seleccionadas por las partes según las disposiciones del derecho paraguayo. Esta decisión por ende, no incurre en la previsión del inc. b) del Art. 15 del Código Procesal Civil, aun cuando pueda considerarse que la solución arribada sea equivocada, en cuyo caso el agravio así generado por una aplicación incorrecta del derecho constituye la materia del recurso de apelación, también interpuesto.

En síntesis, al no apreciarse vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de la resolución en estudio y dados que los agravios vertidos hacen a la corrección de los argumentos jurídicos utilizados por el Tribunal, lo que constituye materia del recurso de apelación, el recurso de nulidad opuesto debe ser desestimado.

A la primera cuestión planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini manifestó que se adhiere a lo expuesto por el Ministro Raúl Torres Kirmser por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Vista la manera como se resolvió el Recurso de Nulidad ya no demanda el estudio de la Apelación.

A su turno el Ministro Raúl Torres Kirmser dijo: En cuanto al recurso de apelación: En estos autos es materia de recurso la procedencia de una demanda de indemnización de daños por la rescisión de un contrato de prestación de servicios.

Por las características del pleito, es necesario establecer, en primer lugar, el alcance, la validez y los efectos de la elección del derecho aplicable hecha por las partes para regir un contrato de servicios concluido en Alemania, entre una persona jurídica paraguaya y un ciudadano alemán, y a ser ejecutado en Paraguay.

Como primer punto, puede destacarse sin temor a equívocos que el presente es un contrato transnacional o internacional, pues que en el mismo convergen varios puntos de internacionalidad, como ser las distintas nacionalidades de los contratantes, la celebración en un país y el lugar de ejecución o cumplimiento en otro: “Tales contratos se caracterizan, por ende, por la presencia de uno o más elementos de internacionalidad respecto al ordenamiento desde cuyo punto de vista se ubique para examinar su estructura. Tales elementos de internacionalidad son, usualmente, los siguientes: 1. la nacionalidad de las partes; 2. la sede de los negocios de cada una de las partes; 3. el lugar de constitución (para las personas jurídicas); 4. el lugar de conclusión del contrato; 5. el lugar de ejecución del contrato; 6. el lugar en que esté situado el bien objeto del contrato; 7. la moneda de pago; 8. el lugar de pago” (Francesco Galgano, Fabrizio Marrella. “Diritto del Commercio Internazionale”. CEDAM. Seconda Edizione. Padova, 2007. Págs. 279-280).

En este sentido, el Art. 297 del Código Civil pareciera vedar la posibilidad de elegir cuál sea el derecho aplicable, sin embargo, lo dispuesto por el mentado artículo debe ser sopesado y analizado en conjunto, según los canones ortodoxos de la interpretación sistemática, con otras normas del mismo cuerpo legal, en particular, las de los Arts. 22, 669 y 715 del Código Civil.

Así, el Art. 22 del Código Civil establece el deber de aplicar el derecho extranjero, de oficio e independientemente de lo alegado y probado por las partes, cuando tal derecho sea aplicable a la cuestión sometida a su competencia. A este respecto es altamente enriquecedora la contribución de De Gásperi, en nota a su Anteproyecto: “Optamos por el sistema moderno, según el cual la ley extranjera es un derecho aplicable de oficio, por oposición al consagrado por el Restament, según el cual, ella es un hecho que debe ser alegado y probado, bajo pena de no ser tenida en cuenta por el juez, tal como lo preceptúa el art. 13 del Código argentino” (Anteproyecto de Código Civil. Editorial “El Gráfico”, Asunción. Año 1964. Pág. 21).

Los Arts. 669 y 715 establecen la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de sus derechos y obligaciones; el primero al

establecer que las partes pueden reglar libremente sus derechos, observando las normas imperativas de la ley y el segundo, estableciendo que las convenciones celebradas por las partes constituyen una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. A partir de lo expresado puede concluirse que, a pesar de que la aplicación de una norma procedente de un derecho extranjero normalmente sea necesaria como consecuencia de la aplicación de normas de conflicto ante la falta de previsión de las partes en conflictos con elementos de internacionalidad, nada obsta a que las partes opten contractualmente por la integración de su convenio con una norma extranjera que se adecue mejor a la reglamentación de sus intereses, siempre y cuando esta elección no afecte disposiciones de orden público.

En este contexto, el Art. 297 del Código Civil expresa: “Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento”, debe ser interpretado en el sentido de que las disposiciones de derecho extranjero, aplicables en virtud de normas de conflicto o por la opción de las partes al adoptarlas a su contrato, deben ser valoradas previamente a la luz del derecho nacional y, en particular, a la luz de las disposiciones de orden público tanto interno, como internacional. De esta manera, la elección del derecho extranjero será válida en tanto y cuanto no vulnere estas disposiciones de orden público establecidas por el derecho nacional. En otras palabras, los actos no se rigen, en cuanto a su contenido, por las leyes de la República; lo que implica que en materia dispositiva, de derecho privado, las partes pueden integrar convencionalmente el contenido contractual con leyes extranjeras, que serán juzgadas, como contenido contractual *per relationem*, según el derecho nacional.

Esta, evidentemente, es la interpretación seguida por el Anteproyectista, quien en la nota de su Art. 548, fuente del Art. 297 de nuestro Código (Antonio Tellechea Solís, Enrique A. Sosa, Manuel Riera Escudero y otros. Código Civil de la República del Paraguay y Leyes Complementarias. La Ley S.A. Asunción, Paraguay, año 1988), reseña la opinión de Savigny, en cuanto sostiene que los criterios de lugar de celebración del contrato y lugar de ejecución, constituirían un acto de “libre sumisión de las partes” a la jurisdicción, “la cual resulta con la

mayor frecuencia de una declaración de voluntad no expresa, sino tácita” y que esta sumisión tácita es “siempre excluida por la expresión de una voluntad contraria” (Luis De Gásperi, obra citada, pág. 173).

En otros términos, no corresponde indagar cuál sea el derecho y jurisdicción aplicables según la normas de conflicto cuando exista una declaración expresa de las partes que establezca cuál es la normativa que deba reglar sus relaciones y siempre que esta elección no contravenga normas de orden público o derecho irrenunciables. Si se quiere decir de otra manera, el derecho y jurisdicción aplicables según las normas de conflicto deben respetar el contenido contractual convencionalmente establecido en cuanto el mismo no violente *ius-cogens* nacional. Esta interpretación, además, es sostenida por la doctrina moderna: “En esta materia, siempre, se hace la salvedad de la diferente voluntad de las partes en todo caso, expresada al momento de la conclusión del contrato o en un momento sucesivo. Las partes pueden elegir la ley nacional de uno de los dos contratantes (y es, normalmente, una elección impuesta por el contratante más fuerte) o también la ley de un tercer país; pueden someter totalmente el contrato a una ley determinada ley nacional o también, pueden someterlo, para ciertos aspectos, a una ley nacional y, para otros aspectos, a otra [...] Otro fenómeno es aquel por el cual la indicación del derecho de otro país vale sólo para determinar el contenido del contrato según la norma del art. 1322, primer párrafo; aquí el derecho extranjero resultará aplicable no como tal, sino como contenido convencional de un contrato regido por el derecho nacional, válido solo en tanto respete las normas imperativas de este último” (Francesco Galgano. “Diritto Privato”. Tredicesima Edizione. CEDAM, Pádova, Italia. Año 2006, págs. 61-62). No está de más resaltar que el Art. 669 del Código Civil paraguayo, a cuya luz ha sido interpretada la norma del Art. 297, reconoce por fuente al Art. 1322 del Código Civil Italiano (Antonio Tellechea Solís, Enrique A. Sosa, Manuel Riera Escudero y otros, obra citada), norma a la cual se hiciera referencia en la cita que antecede y que refuerza la adhesión hecha a la doctrina allí contenida.

La doctrina nacional más reciente reconoce, a favor de las partes, la posibilidad de optar por el derecho aplicable al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad, particularmente en este sentido, es enriquecedor el aporte de José A. Moreno Rodríguez, quien además reporta el parecer de otros insignes doctri-narios nacionales: “Silva Alonso, uno de los miembros de la Comisión de Codi-

ficación que trabajó activamente en la elaboración del mismo (el Código Civil), sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge de su art. 715. Dicha norma –en lo pertinente– dispone que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma...”. Señala también Silva Alonso: ‘Si las partes pueden optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país? En líneas parecidas se pronuncia Ruiz Díaz Labrano, quien invoca además la norma del art. 669 del Cód. Civil, conforme a la cual los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controviertan disposiciones imperativas. En un trabajo más reciente, Ruiz Díaz Labrano agrega la invocación al art. 301 según el cual ‘los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley’ [...] Por mi parte, me he expedido en diversas ocasiones de manera favorable a la admisión del principio, en general en el Paraguay” (José A. Moreno Rodríguez. “Contratación y Derecho Internacional Privado en Paraguay. Contratos”. Obra Colectiva. CEDEP. Editora Intercontinental. Asunción. Págs. 226-228).

Por lo tanto, la elección del derecho aplicable hecha por las partes en el contrato vale como contenido normativo del acuerdo en cuestión, para reglar los derechos de las partes en tanto y cuanto no afecte disposiciones imperativas del derecho nacional. Esto surge, además, y a riesgo de ser reiterativos, de una correcta interpretación del art. 297 del Cód. Civ., en cuanto el mismo refiere a la formación, prueba, validez y efectos del acto jurídico; más no a su contenido, que puede ser libremente establecido a tenor del art. 669 del Cód. Civ., y valorado a la luz de su conformidad o no a normas imperativas del derecho nacional. Dicho contenido puede ser, sin inconvenientes, establecido *per relationem*, es decir, con referencia a elementos externos al contrato.

Resuelta la cuestión sobre la posibilidad de optar por el derecho aplicable, corresponde pasar al análisis concreto de aquello que efectivamente ha sido pactado por las partes. En este sentido, la cláusula contractual sobre la cual ha versado mayor parte de la disputa es aquella que establece la aplicación del derecho alemán, individualizada en el contrato de referencia como Art. 13, num.

3) y que reza: “El presente contrato de servicios se halla sujeto al Derecho de la República Federal de Alemania. El lugar de cumplimiento y la jurisdicción es la sede de la sociedad”. Igualmente relevante a lo referente al derecho aplicable, sin embargo, resulta lo convenido por las parte en la cláusula individualizada como Art. 1, num. 3): “El gerente representa a la empresa judicial y extrajudicialmente. Los derechos y deberes del gerente quedan determinados según lo establecido en este contrato, en el contrato social así como en el reglamento interno y las disposiciones complementarias legales y específicas del país”. A esto debe agregarse que la traducción del contrato presentada por la parte accionante presenta, en lo referente al num. 3) del Art. 1, una redacción distinta a la traducción presentada por la demandada, puesto que sobre lo pertinente refiere, en lugar de “y específicas del país”, la locución: “y específicas de cada país” (f. 96).

El primer problema interpretativo que plantean estas dos cláusulas está dado por la cuestión sobre a qué “país” hace referencia el Art. 1, num. 3), es decir, si a Paraguay o Alemania. Esta cuestión no es carente de importancia, puesto que de entenderse “país” como referido a Paraguay, el derecho aplicable para determinar los derechos y obligaciones del gerente, demandante en estos autos, estaría dado por “las disposiciones legales complementarias y específicas” del Paraguay, relegando al derecho alemán a la función de regular lo concerniente a las formas y validez del contrato, no así a lo referente a su ejecución, aspecto respecto del cual regiría el derecho nacional. Más aún, de interpretarse literalmente la cláusula a tenor de la traducción presentada por el accionante, podría inclusive sostenerse que las partes pretenden que ambos derechos, alemán y paraguayo, sean aplicables al contrato.

Antes de continuar, vale resaltar que las partes bien pueden optar por someter algunos aspectos del contrato al derecho de un país y otros aspectos al derecho de un país distinto, lo que en doctrina se ha dado por llamar ‘depeçage’ (vide Francesco Galgano, FabrizioMarrella, obra citada, pág. 304).

Lo aquí destacado pone de manifiesto una de las complejidades propias de la interpretación de los contratos internacionales, ya que en este tipo de negocios jurídicos la interpretación no se limita a establecer cuál sea la voluntad de las partes en cuanto a las prestaciones pactadas y sus derechos y obligaciones, sino que primeramente es necesario interpretar cuanto fuera pactado por las partes respecto de cuál es el derecho aplicable al contrato en sí mismo y a la luz del cual deba procederse a la interpretación del negocio jurídico.

Ahora bien, como puede notarse de la lectura del presente voto, implícitamente se ha seguido la doctrina según la cual la elección del derecho aplicable constituye un acto jurídico en sí, cuya validez debe ser apreciada según las reglas de la *lex fori* ante la que se pretende hacer valer el contrato y, por ende, la elección del derecho aplicable. Esta posición es sustentada por autorizada doctrina: “Según la concepción ‘negocial’ del acto de elección [...] corresponde separar el acuerdo relativo a la ley aplicable de todo el resto del contrato, y someterlo a la ley italiana: a un régimen jurídico diferente, por ende, de aquel del contrato. La cosa puede provocar alguna perplejidad, no tanto porque el acuerdo relativo a la ley aplicable puede ser (y normalmente es) expresado en el mismo documento del contrato ‘principal’, sino más bien porque muchas veces dicho acuerdo es un elemento de la convención comprendida como operación sustancial, esto es, hace de contraprestación a cualquier concesión particular hecha por la contraparte, o también es reflejo de una diferencia de posiciones entre los contratantes [...] Ello, aun así, carece de relevancia: cuenta solamente el orden lógico, que – como escribe BalladorePallieri (p. 315)- es el siguiente: ‘hay una norma de derecho internacional privado que reconoce la autonomía de los contratantes; en base a esta norma los interesados disponen la designación de la ley competente para el contrato que pretenden concluir o que han concluido; en base a esta ley, declarada y devenida competente, se procede al examen del contrato’ (Tito Ballarino. “Diritto Internazionale Privato”. Edizioni CEDAM, Padova - Italia, 1982. Pág. 703).

Esta postura, además, es la impuesta por el Art. 297 del Código Civil paraguayo, sobre el que ya se ha hecho referencia más arriba y que, vale repetirlo, dispone que el derecho paraguayo debe ser empleado para regir los efectos y validez de los contratos celebrados en el extranjero y que deban ser ejecutados en el territorio nacional o respecto de los cuales se presenten acciones por falta de su cumplimiento. Por tanto, la interpretación sobre la validez y efectos de las cláusulas en cuya virtud las partes designan el derecho aplicable, debe ser realizada a la luz de cuanto dispuesto por el Código Civil.

Ahora bien, para la interpretación de las cláusulas anteriores, es necesario recurrir a lo dispuesto por los Arts. 708, 709, 712 y 714 del Código Civil. Estas normas, en lo pertinente, establecen: “Al interpretar el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá

apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato. Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del contexto general [...] Si ambos dieren igualmente validez al contrato (ambos sentidos en los que pueda ser interpretada una cláusula), debe tomarse el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad [...] Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá éste ser entendido [...] en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso. El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe”.

Las normas transcriptas establecen los criterios a ser aplicados al efecto de interpretar la locución “país” empleada por las partes y si la traducción correcta y lo verdaderamente pactado fue “de cada país” o “del país”. En este sentido, atento al comportamiento total de las partes -dado que el sentido literal poco aporta a dilucidar la cuestión-, la interpretación que prima es aquella según la cual el derecho aplicable a los derechos y obligaciones del gerente, es decir, las normas que integran el contenido del contrato, es el derecho paraguayo. Esto es así debido a que la accionante, por su parte, en ningún momento invocó ni pretendió valerse de norma alguna del derecho alemán –sino, por lo contrario, fundó toda su pretensión en el derecho nacional, f. 123–, mientras que la parte demandada, la empresa Cartones Yaguareté S.A., al momento de notificar al hoy demandante la rescisión contractual, lo hizo invocando disposiciones normativas del Código Civil paraguayo, como surge de la copia del telegrama N° 5420, de fecha 16 de setiembre de 2009, obrante a f. 104.

Igualmente, al emplear el criterio interpretativo según el cual las cláusulas del contrato se interpretan unas por medio de las otras y según el contexto general del contrato, la interpretación más adecuada lleva a concluir que las partes adoptaron el derecho paraguayo para regir lo relacionado a los derechos y obligaciones del gerente. Esto debido a que una referencia a “las disposiciones legales complementarias y específicas”, sería notoriamente superflua y redundante si referida al derecho alemán, ya que en el mismo contrato se hace una referencia global a la aplicación del derecho alemán como ya ha sido destacado. Si las partes han hecho referencia a ciertas “disposiciones legales complementarias y específicas”, la interpretación más razonable es que con dicha previsión pretendan hacer valer normas que de lo contrario, como consecuencia de la

adopción del derecho alemán, no serían aplicables a las partes. El contexto general del contrato también refuerza esta postura, ya que tanto el lugar de ejecución del contrato, como el domicilio de la empresa contratante y jurisdicción del contrato, coinciden en el territorio nacional, lo cual hace también que sea razonable la elección del derecho del lugar de ejecución del contrato y de la jurisdicción elegida, para regir aquellas cuestiones complementarias y específicas que no hayan sido expresamente pactadas por las partes al contratar.

Por lo tanto, puede afirmarse que el contrato celebrado se halla sometido a la legislación alemana en lo atinente a las formas y validez del acuerdo. Mientras tanto, en lo referente a los derechos y obligaciones del gerente, rigen las disposiciones del contrato y complementariamente, en aquello no previsto por las partes, las disposiciones del derecho paraguayo. Ahora bien, resuelta esta cuestión, no queda más que resaltar que el contrato celebrado versa sobre derechos de contenido patrimonial, que son de libre disposición por las partes, sin que haya normas de orden público nacional que se vean afectadas por la elección hecha por las partes.

Por ello, como primera cuestión, es necesario establecer si la rescisión contractual ha sido justificada y cuáles serían las consecuencias de tal rescisión, según el caso.

Ahora bien, la parte demandante, en su escrito inicial, manifestó: “La validez del presente contrato Art. 10 tendrá vigencia desde el 1° de diciembre de 1995, y tiene una duración de tres años, y su validez se prorroga automáticamente ‘por dos años más’, (si no hay renuncia), es decir si en ese lapso de tiempo existe descontento o desacuerdo entre las partes o, uno de los dos quiere rescindir del presente contrato deberá notificar o avisar por escrito a las partes de la decisión tomada con 6 meses de anticipación, si no existe desacuerdo se prorroga automáticamente por dos años mas y así sucesivamente y de esta manera llegamos hasta el año 2009 [...] Aun sabiendo los Directivos de Cartones Yaguareté S.A., que ya había cumplido los 65 años de edad, y el contrato termina por expreso pedido de los directivos de Cartones Yaguareté S.A., representada por la señora Sieglie Rose Marie Weig y el señor Moritz Weig, me convocan a una reunión, para definir la continuidad al frente de la firma [...] por los logros obtenidos y estaban satisfechos con mi desempeño como Gerente General, y dicho contrato continuaba vigente de la misma forma que se había firmado, es decir, ir renovándose automáticamente cada dos años, hasta llegar por último

hasta diciembre de 2010” (sic) (fs. 119 a 121). Agregó, además, que esta recontractación –recuérdese lo recién transcrito y expresado por el actor: “ya había cumplido los 65 años de edad, y el contrato termina”–, no fue instrumentada dado que, a su criterio, lo dispuesto por el num. 1) del Art. 13 del contrato haría innecesaria tal instrumentación.

La parte demandada, sobre esta cuestión en particular, manifestó: “Luego que Hans Werner Bentz cumpliera 65 años de edad, en el mes de marzo del año 2007, empezó lo que puede llamarse una etapa de transición, aún cuando el contrato siguió vigente por aplicación del Artículo 625 del BGB, que dispone una prórroga tácita del contrato, por tiempo indeterminado, cuando vencido el plazo del contrato continúa su cumplimiento sin oposición [...] Sin embargo, Hans Werner Bentz estaba en conocimiento de que mi mandante estaba en la búsqueda de contratar un nuevo Gerente General que le reemplace, porque su vinculación con CYSA finalizaba en el mes de diciembre del año 2009” (sic) (f. 281).

Esta primera cuestión es relevante, debido a que si el contrato se consideraba simplemente vigente, en virtud de una extensión tácita, efectivamente su duración habría pasado a ser de tiempo indeterminado y, por ende, rescindible sin mayores restricciones. Sin embargo, la propia demandada reconoció expresamente, a renglón seguido en su escrito de contestación, que existió un nuevo acuerdo por el cual el contrato se extendió por un nuevo lapso de tiempo, hasta diciembre del año 2009. Por ende, dado el reconocimiento expreso de la demandada sobre la existencia de una reconducción hasta –al menos- diciembre del 2009, es necesario establecer si la terminación anticipada –ya que se produjo en el mes de septiembre del 2009- fue o no justificada, como fuera sostenido por la demandada.

En este sentido, la parte demandada sostiene que el demandante incurrió en incumplimientos esenciales que justificaron la separación del mismo, en particular, la creación de una empresa para la realización de actividades industriales y comerciales en el mismo rubro, la realización de operaciones comerciales con dicha empresa en detrimento de los intereses de la demandada y el empleo de bienes de la demandada para la gestión de la empresa creada en contravención a sus deberes contractuales. El demandante negó estos hechos y sostiene que no han sido probados.

Como primera cuestión, debe indicarse que el contrato establece en la cláusula individualizada como Art. 2, num. 2), el deber del Gerente de “abstenerse

de cualquier competencia directa o indirecta y de realizar negocios por sí mismo o por cuenta de terceros, en el ramo industrial de CYSA y las empresas que forman parte de la misma”. El contrato, sin embargo, no establece cuáles son las consecuencias ante el incumplimiento de este deber de abstención y se limita a regular los casos de rescisión incausada y aquellos en los cuales el contrato deba ser dejado sin efecto por motivos extraños a la voluntad de las partes. Por ende, en virtud de lo dispuesto por el Art. 1, num. 3) de dicho contrato, corresponde recurrir a las disposiciones complementarias legales y específicas del Paraguay para establecer cuál sería la consecuencia de dicho incumplimiento, en cuanto son genéricas y comunes a todos los contratos. En este sentido, el Art. 725 del Código Civil establece que el incumplimiento de una de las partes, en los contratos bilaterales, autoriza, a la parte que no sea responsable de él, a pedir la resolución del contrato con los daños e intereses; lo que, a mayor abundamiento, coincide con el Art. 851, inc. b), que en particular, dispone: “Aun en los contratos de plazo determinado, podrán las partes darlos por concluidos sin previo aviso, cuando existan justos motivos para ello. Son justos motivos, entre otros: [...] b) el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la otra parte”. Por tanto, puede sostenerse que un incumplimiento por parte del demandante de lo dispuesto por el Art. 1 num. 3) del contrato, justificaría plenamente a la demandada a optar por la resolución del contrato, sin necesidad de preaviso alguno. (no sería el caso de poner derecho alemán acá en cuanto a la resolución).

Por tanto, corresponde pasar al estudio de las probanzas rendidas en autos, para así determinar si la demandada ha logrado justificar la causal invocada para la resolución del contrato de servicios que la unía con el hoy demandante.

A los efectos de proceder a la valoración de las probanzas de autos, es menester determinar primeramente cuáles son los hechos que requieren la acreditación procesal de su existencia en el presente juicio.

En este sentido, la parte demandada sostuvo, en su escrito de contestación de la demanda, cuanto sigue: “Mi mandante obtuvo la información comprobada de que Hans Werner Bentz, en contravención a sus obligaciones como Gerente General de CYSA, resultó ser socio mayoritario (60%) conjuntamente con el minoritario señor Juan Carlos Patiño (40%) de una Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada CARTONPAR S.R.L. con domicilio legal en la ciudad de Buenos Aires Argentina, con el mismo rubro de CYSA[...] Se pudo comprobar que la conducta de Hans Werner Bentz fue aún más grave, porque: 1º Constitu-

yó CARTONPAR para sí mismo, usando los medios económicos de CYSA[...] 2° Efectuó el manejo y la administración de CARTONPAR, su propia empresa, dando indicaciones a su socio PATIÑO y a su empleada Laura Ocampos, desde la agencia de CYSA usando impropiamente la dirección de correo gerencia@CYSA.com.py conforme se comprueba con documentos e-mail enviados desde el dominio de CYSA que se acompañan [...] 3° Durante el año 2009 dispuso la ‘venta’ a su empresa CARTONPAR, enviando como exportación a la Argentina, productos fabricados por CYSA a un precio sensiblemente inferior al costo de producción manejado por CYSA en ese período, y por supuesto muy por debajo del costo del costo de comercialización normal” (sic) (f. 283).

En este contexto, primordial atención merecen las copias de los correos electrónicos que habrían sido enviados y recibidos por el demandante, empleando la dirección de correo electrónico oficial de la empresa, así como las demás instrumentales arrimadas. Estos documentos demostrarían las negociaciones realizadas por el accionante para crear una sociedad que se dedique a idéntico rubro que el de la demandada, amén de justificar el empleo de medios de propiedad de la empresa a actividades extrañas a la misma.

La parte demandada no cuestionó ni negó los documentos presentados por la demandante en forma clara y expresa, ni tan siquiera desconoció la autoría de los documentos que le fueron atribuidos, como puede verse en el escrito de fs. 290/291, en el que simplemente refiere que no da valor a la copia de escritura constitutiva de la sociedad CARTONPAR, sin expresar nada sobre la existencia de dicha sociedad o su participación en ella –punto sobre el que se ahondará más adelante-. Tampoco negó la autenticidad de los correos electrónicos que habrían sido enviados y recibidos a través de la cuenta de correo electrónico de la gerencia de la empresa CYSA. Tampoco expresó nada al respecto de estas cuestiones en su escrito de alegatos finales, sobre presentado a fs. 398 de autos. Es recién en segunda instancia, en ocasión de la contestación del escrito de expresión de agravios de la adversa, que la parte demandada niega: “Que haya manejado CARTONPAR S.R.L. utilizando las instalaciones y equipos de CYSA”, sin agregar nada respecto de su participación en la referida sociedad de responsabilidad limitada, o sobre a la venta de mercaderías a la misma por debajo del costo sobre los correos electrónicos que le son atribuidos, respecto de los cuales, cabe recordarlo, en su escrito de fs. 290/291 indicó: “Copias emails [...] únicamente demuestran la existencia de una relación comercial a favor de Cartones Yaguareté

CYSA”, por lo que cabe decir que fueron expresamente reconocidos en dicha oportunidad.

La parte demandante, en ocasión del traslado que le fuera corrido de dichos documentos en virtud de lo dispuesto por el Art. 236 del Código Procesal Civil, no expresó ningún tipo de reservas respecto de dichos documentos o se manifestó en forma ambigua al respecto de los mismos –fs. 290, 291-. Este hecho es de suma relevancia, ya que a la actora cabía el deber de reconocer o negar expresamente los documentos presentados por la demandada y de los cuales se le corrió traslado. Los documentos presentados por la demandada se tendrán por reconocidos o recibidos, en caso de silencio o respuestas evasivas al contestar el traslado en virtud de lo establecido por los Arts. 236 y 235, inc. a) del Código Procesal Civil. En este sentido: “Por su parte, el actor deberá limitarse a manifestar si reconoce o no como auténticos esos documentos, sin hacer consideraciones sobre hechos anteriores que han debido formar parte de la demanda” (Hugo Alsina. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. EDIAR Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1958. Segunda Edición, Tomo III, pág. 196); “En caso de acompañarse documentos por el demandado, corresponde dar traslado de ellos al actor por el plazo de cinco días (art. 358), debiendo éste expedirse en la forma mencionada en el número 2o, es decir reconociendo o negando categóricamente su autenticidad o recepción. Por consiguiente, el silencio o las respuestas evasivas del actor con relación a los documentos acompañados por el demandado, determinará que se los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso. Corresponde añadir que el traslado de los documentos presentados por el demandado no autoriza al actor a replicar las argumentaciones formuladas en la contestación, debiendo limitarse a expedirse sobre los documentos agregados, y que la exigencia del traslado es también aplicable en los procesos sumarísimos (art. 498) [...] Toda persona contra quien se presente en juicio un documento privado que se le atribuya tiene la carga procesal de declarar si es o no suya la firma (Cód. Civ., art. 1031). Esta carga debe cumplirse toda vez que a aquella persona se confiera traslado de un documento que su adversario acompañe al juicio, pues el silencio o la respuesta evasiva sobre el punto importa un reconocimiento tácito de aquél” (CPN, arts. 356 y 358)” (Lino Enrique Palacio. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Abeledo-Perrot. 17ª Edición. Buenos Aires, 2003. Págs. 380 y 433). En forma concordante, la doctrina nacional tiene sentado: “La contestación del actor debe referirse concretamente a la prueba docu-

mental siendo aplicable ‘mutatis mutandi’ lo dispuesto en el Art. 235, inc. a) del CPC, referente a la carga de reconocer o negar categóricamente la autenticidad o recepción de los documentos, en su caso” (Hernán Casco Pagano. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”. La Ley Paraguaya S.A. Segunda Edición. Año 1995. Tomo I, pág. 433).

Cabe recordar, en este punto, las disposiciones del Código Civil sobre el valor del reconocimiento judicial de los instrumentos privados, Arts. 407, primer párrafo, y 404 in fine: “El instrumento privado judicialmente reconocido por la parte a quien se opone, o declarado judicialmente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores [...] El reconocimiento judicial de la firma importa el del cuerpo del instrumento”.

Por lo tanto, las expresiones hechas por el actor sobre la autenticidad y el contenido de los documentos presentados por la demandada, con posterioridad a la oportunidad procesal brindada en ocasión del traslado dichos documentos –f. 497–, carecen de toda virtualidad jurídica por inoportunas y extemporáneas.

Particular atención merece la fotocopia de la escritura constitutiva de la firma CARTONPAR –fs. 185 a 193–. La misma fue presentada por la parte demandada quien, expresamente, señaló que el documento original se hallaba en poder del actor de la presente demanda y por ello, solicitó que se intimase al actor para que presente dicho instrumento, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 305 del Código Procesal Civil (f. 282). Este pedido, sin embargo, no fue proveído sino hasta el 24 de septiembre del año 2010, f. 331: “Intímase al Sr. Hans Werner Bentz, a que dentro del plazo de 24 horas, presente al Juzgado el original del estatuto social de la empresa Cartonpar S.R.L., bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se tendrá por auténtica la copia presentada por la parte demandada y agregada a estos autos, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 305 del C.P.C.”. Esta resolución no fue objeto de recurso, sino por el contrario, la parte actora se presentó a f. 382 con el objeto de “dar cumplimiento a intimación y otros”. Sobre la copia de la escritura en cuestión, expresó: “Con respecto al Estatuto de la Empresa Cartonpar SRL., obra en los protocolos de la Escribanía autorizante, tomo 35 flio. 934 de fecha 9/9/08, legalización emitida por el Colegio público de Abogados de la capital federal y en los Archivos de la Empresa citada”. Las opiniones que la parte demandante formuló respecto al tiempo de dicha intimación, carecen de todo valor y virtualidad jurídica, desde que en caso de

considerarse perjudicada por la forma en que fue llevado el procedimiento, debió emplear los remedios procesales correspondientes en forma y tiempo oportunos.

Ahora bien, el Art. 305 establece que en caso de no presentación del documento requerido, si se hubiese probado que el mismo se hallaba en poder de la parte requerida, se lo tendrá por reconocido, y si no se hubiese probado tal hecho, pero de las probanzas de autos resultare manifiestamente verosímil que el documento se encuentra en poder del requerido, así como el contenido del mismo, la negativa a presentarlo constituirá una presunción en su contra. La valoración sobre el cumplimiento o no de la intimación y los correspondientes efectos en virtud del apercibimiento, no requieren de una resolución interlocutoria que los establezca, sino que simplemente deben ser valorados de acuerdo al cúmulo probatorio de autos al momento de dictar resolución sobre el fondo, lo que no podría ser distinto, en razón de que es recién en este momento que las presunciones y sus efectos podrán ser considerados en la forma establecida por el Art. 269 del Código Procesal Civil, de conformidad con las reglas de la sana crítica y examinadas y valoradas con todas las pruebas producidas, en la sentencia. Es en virtud de lo establecido por el Art. 269, que el Art. 305 emplea una conjugación verbal en tiempo futuro, lo que da a entender –en forma clara– que la valoración sobre los efectos de los actos realizados en cumplimiento de la intimación hecha, será estimados al momento de dictar resolución definitiva.

Ahora bien, el actor no negó en ningún momento la existencia del documento, ni expresó nada respecto del contenido del mismo. Es más, conforme surge de la lectura de cuanto ha manifestado en su escrito de f. 382, la parte actora conocía dónde se encontraba el original que le fuera requerido, lo que hace suponer la verosimilitud del contenido, es decir, que el actor participó de la constitución de dicha sociedad, junto con una persona identificada como “Juan Carlos Patiño”. A esto debe agregarse que el contenido de dicho documento, es coincidente con las demás instrumentales presentadas en estos autos y expresamente reconocidas, en particular las copias de los correos electrónicos enviados y recibidos por medio de la cuenta oficial de la gerencia de la empresa Cartones Yaguareté S.A., respecto de las cuales, vale recordar, el actor manifestó que lo único que harían sería demostrar gestiones a favor de la empresa. Sin embargo, de una lectura de dichos documentos surge que en fecha 1 de julio de 2008, el referido “Juan Carlos Patiño”, escribió un correo al actor de la presente

demanda, por el cual hizo saber lo que era requerido por “la abogada para constituir la sociedad” –f. 235–; en la misma fecha, el mismo remitente habría enviado un correo electrónico por el cual comentaba al demandante, en familiar tono: “Werner, la SRL puede estar integrada por un socio extranjero y un nacional No hay problema que el socio mayoritario sea extranjero, si no puede ser socio gerente” –en este punto, cabe recordar que los estatutos de la referida Cartonpar S.R.L., establecerían como socio mayoritario al demandante y como socio gerente a Juan Carlos Patiño–, a esto debe agregarse que, según esta instrumental, inclusive llegaron a averiguar si podían utilizar el nombre “CYSA ARGENTINA SRL”. A f. 233, consta una de las respuestas del actor, enviada desde el correo electrónico institucional de CYSA, a los correos remitidos por Juan Carlos Patiño, en la que se detallan los datos que habían sido anteriormente requeridos y otros puntos relacionados a la constitución de una empresa. Por correo electrónico enviado desde la dirección cartonpar@gmail.com, se informó al demandante la existencia de una dirección de correo electrónico de la nueva empresa, la apertura de una cuenta bancaria y la gestión de trámites en aduanas.

Vale la pena reiterar que cualquier impugnación de estas instrumentales deviene notoriamente extemporánea y carece de cualquier virtualidad jurídica. Como ya fuera indicado más arriba: “La contestación del actor debe referirse concretamente a la prueba documental siendo aplicable ‘mutatis mutandi’ lo dispuesto en el Art. 235, inc. a) del CPC, referente a la carga de reconocer o negar categóricamente la autenticidad o recepción de los documentos, en su caso” (Hernán Casco Pagano, obra y lugar citados). Por tanto, todos estos elementos hacen manifiestamente verosímil la existencia y autenticidad del contenido de los estatutos de la empresa CARTONPAR S.R.L.

Por todo lo expuesto, surge que el actor incumplió lo establecido en la cláusula individualizada como Art. 2, num. 2), es decir, el deber del Gerente de “abstenerse de cualquier competencia directa o indirecta y de realizar negocios por sí mismo o por cuenta de terceros, en el ramo industrial de CYSA y las empresas que forman parte de la misma”. Este incumplimiento, en virtud de lo dispuesto por los Arts. 725 y 851 inc. b) del Código Civil, aplicables en virtud de la cláusula individualizada como Art. 1 num. 3) del contrato en cuestión, hace que la resolución del contrato por parte de la empresa Cartones Yaguareté S.A., sea ampliamente justificada.

Ahora bien, el que la resolución se haya producido como consecuencia del incumplimiento de la parte demandante, justifica y motiva el rechazo de las pretensiones de salarios por el tiempo que debió haber durado el contrato, de no haberse producido su extinción, así como la de indemnización en concepto de lucro cesante. Sin embargo, en virtud de lo establecido por el Art. 729 del Código Civil Paraguayo, cuya aplicación es supletoria y complementaria a lo dispuesto por las partes, en virtud de la cláusula individualizada como Art. 1 num. 3) del contrato en cuestión, como ya fuera indicado, debe determinarse si existen prestaciones cumplidas o vencidas exigibles por la parte actora. El citado Art. 729, establece: “La resolución por incumplimiento tendrá efecto retroactivo sólo entre las partes, pero en los contratos de tracto sucesivo las prestaciones ya cumplidas y las cuotas vencidas quedarán firmes”.

En este sentido, el actor reclamó el cobro de US\$ 30.000, en concepto de vacaciones no usufructuadas, así como el monto correspondiente al sueldo de agosto del año 2009 –la resolución se produjo a inicios de septiembre del mismo año– y la bonificación correspondiente a las metas logradas hasta septiembre del año 2009.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de cobro de una bonificación en proporción a las metas obtenidas en el año 2009, la parte demandada sostuvo que el cobro de dicho monto dependía de la determinación del logro de las metas establecidas para el año. El contrato, en la cláusula pertinente –Art. 4–, establece que “el importe depende del logro de los planes ‘financieros’ anuales”, y además, depende de que el resultado anual logrado represente un aumento en comparación al obtenido en el año 1995 –f. 98, copia del contrato presentada por la parte actora–. La parte actora no produjo prueba alguna en dicho sentido, por lo que no existen parámetros para establecer en estos autos si se produjo el evento que justificaría la exigibilidad y la entidad de dicha pretensión, es decir, la existencia de ganancias en el periodo fiscal y el logro de las metas financieras establecidas en el contrato. Ni siquiera hay constancias sobre cuáles serían los resultados del año 1995, que deben servir como criterio comparativo. Por lo tanto, este rubro debe ser rechazado por éste solo motivo, sin perjuicio de cuanto se exprese más adelante.

En cuanto al monto correspondiente por sueldo por el mes de agosto de 2009, debe señalarse que la parte demandada simplemente negó adeudar suma alguna en dicho concepto, sin demostrar haber cumplido con dicha prestación.

Por lo que, al tratarse de una prestación vencida, la misma queda firme y es exigible, conforme lo establece el in fine del Art. 729 del Código Civil. Cuestión distinta es establecer cuánto debería percibir el actor en dicho concepto.

En este sentido, el contrato establecía la suma de DM 100.000 (cien mil marcos alemanes), pagaderos en cuotas iguales mensuales –Art. 4, num. 1), f. 98-. Ahora bien, el actor sostiene que sus emolumentos eran superiores a dicha suma, a la que se sumaba un “incentivo” equivalente a DM 100.000 (cien mil marcos alemanes) anuales, lo que habría totalizado la suma de DM 200.000 (doscientos mil marcos alemanes) anuales –f. 118-. Alega a continuación la parte actora, que sus emolumentos anuales habrían ascendido a la suma de DM 240.000 –f. 120– e, inclusive, llegó a manifestar que ante la pérdida de vigencia del marco alemán, entre las partes habrían renegociado cuánto correspondía percibir al actor en concepto de sueldos, dejando fijada dicha suma en E. 120.000 (ciento veinte mil euros) anuales. Ahora bien, estos extremos fueron expresamente negados por la parte demandada y en autos no hay constancia de que las partes hayan pactado ningún tipo de emolumento, aumento o incentivo, más allá de las expresas previsiones contractuales. Tampoco consta que hayan tomado previsión alguna respecto a la pérdida de vigencia como moneda de curso legal del marco alemán.

En este punto, es esencial recurrir a las previsiones del contrato, en particular la cláusula individualizada como Art. 13, la que establece, en lo pertinente, cuanto sigue: “1) En caso de que cláusulas individuales contenidas en este contrato sean o se vuelvan ineficaces, esto no afecta o perjudica la validez de las demás condiciones del contrato. El lugar de la cláusula de contrato ineficaz será ocupado entonces por una reglamentación que asegure en lo posible la significación y la finalidad de la cláusula ineficaz. 2) Las cláusulas de este contrato reemplazan todos los acuerdos anteriores verbales o escritos. Cualquier modificación o complemento de este contrato precisa de la forma escrita para su validez. 3) Este contrato está sujeto al derecho de la República Federal de Alemania...”.

Ahora bien, con respecto al supuesto acuerdo según el cual el actor percibía una suma superior a la establecida en la cláusula Art. 4, num. 1), es decir DM 100.000 (cien mil marcos alemanes) anuales, debe juzgarse como no probado ya que en virtud de lo establecido por el numeral 2), del Art. 13 del contrato, toda modificación o complemento al contrato debe ser celebrada por escrito. Tam-

co, en virtud de la misma norma contractual, se probó en estos autos que las partes hayan modificado el contrato en el sentido de establecer una remuneración anual equivalente a E. 120.000 (ciento veinte mil euros) o que en algún momento hayan pactado cambiar a dólares la moneda en la cual debían realizarse los pagos al gerente. Por lo tanto, la remuneración anual del actor es aquella establecida en el contrato, en su Art. 4, num. 1), es decir, DM 100.000 (cien mil marcos alemanes) anuales.

Ahora bien, la elección de una moneda extranjera para establecer la contraprestación debida en un contrato sinalagmático implica necesariamente la elección del derecho extranjero del país emisor, para determinar las consecuencias respecto de las vicisitudes que puedan darse con relación a la vigencia de dicha moneda. Vale repetir que las normas del derecho extranjero pueden ser válidamente adoptadas por las partes, en tanto y cuanto no contravengan normas imperativas del derecho nacional, como ya fuera resaltado más arriba. Ahora bien, dado que la moneda de elección fue el marco alemán y que el derecho elegido por las partes para regir el contrato –fuera de la particularidad de los deberes y derechos no previstos por el contrato, respecto de los cuales rige el derecho paraguayo, como también ya fuera señalado, por elección de las partes–, es igualmente el derecho alemán, corresponde recurrir al mismo para establecer cuál es el valor o la entidad de la prestación debida a la actora en concepto de sueldo ante la pérdida de fuerza legal de la moneda de elección (vide Francesco Galgano, Fabrizio Marrella, obra citada, págs. 279 y 280).

Para ello, atento a las disposiciones del derecho elegido y en virtud de lo establecido el numeral 1) del Art. 13 del contrato, en cuanto establece que las disposiciones contractuales que pierdan vigencia deban ser substituidas por otras que mantengan la significación y finalidad de la cláusula ineficaz, debe necesariamente recurrir a cuanto fuera establecido por el Banco Central Europeo, en fecha 31 de diciembre de 1998, al fijar irrevocablemente los cambios de las monedas europeas con relación al euro. Dicha institución determinó, como valor de cambio fijo, 1 E. - 1,95583 DEM. Por lo tanto, en virtud de lo establecido por el numeral 1) del Art. 13 del contrato, el salario anual del actor, desde la pérdida de fuerza circulatoria del marco alemán, debe ser considerado como establecido en la suma de E. 51.129 (cincuenta y un mil ciento veintinueve euros). Este monto, dividido en doce cuotas mensuales de igual valor, arroja la suma de E. 4.260,75 (cuatro mil doscientos sesenta euros, con setenta y cinco

centavos), que es cuanto correspondería a la actora percibir en concepto de salario por el mes de agosto del año 2009, de acuerdo a lo alegado por ella.

En cuanto al rubro vacaciones, debe señalarse que la parte demandada no justificó el cumplimiento de dichas prestaciones, dado que los viajes al extranjero indicados bien pueden ser atribuidos a cuestiones relacionadas al cumplimiento del contrato de servicios que ligaba a las partes y correspondía a la parte demandada ofrecer prueba cierta sobre el cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, el monto reclamado debe ser reducido a la suma que quedó establecida en el párrafo anterior correspondiente a los emolumentos mensuales y no a cuanto fuera reclamado en el escrito inicial por el actor. Por tanto, en concepto de indemnización por las vacaciones no usufructuadas correspondientes a dos años, respecto de lo que debe interpretarse que los dos años reclamados corresponden a los dos últimos períodos de tiempo que generaron derecho al goce de las mismas, en el caso de marras, a los años 2007 y 2008, conforme lo indicado por el actor en su escrito de demanda, debe establecerse el valor de dicha pretensión en el monto de E. 8.521,50 (ocho mil quinientos veintiún euros con cincuenta centavos).

Ahora bien, como ya fuera señalado, las prestaciones vencidas mantienen su validez, sin embargo, el hecho de que dichas prestaciones sean debidas dentro del marco de una relación sinalagmática perfecta, en la que la prestación propia se constituye en fundamento y presupuesto de la prestación de la otra parte contratante, rige, como principio general, la posibilidad de que la parte requerida se oponga al cumplimiento requerido cuando la parte requirente también se hallase en una situación de incumplimiento. Este principio está establecido por el Art. 719, primer párrafo del Código Civil, cuya aplicación es supletoria y complementaria a lo dispuesto por las partes, en virtud de la cláusula individualizada como Art. 1 num. 3) del contrato en cuestión, como ya fuera indicado. La norma legal citada establece: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación”.

Esta defensa, el incumplimiento de deberes esenciales contractuales por parte de la demandante, ha sido expresamente invocada como medio general de defensa por la parte demandada: “El actor pretende obtener una suma de dinero que definitivamente no le corresponde ni le puede corresponder porque fue su

inconducta la que configuró un gravísimo incumplimiento contractual” –f. 275, entre otras expresiones en las que se detallan los incumplimientos específicos y respecto de las cuales ya se hiciera referencia más arriba–. Ahora bien, de las pruebas documentales obrantes en autos, en particular las copias de correos electrónicos emitidos y enviados por medio de la dirección de correo electrónico institucional de la demandada –y que, como también fue indicado, deben ser tenidas por reconocidas por la actora–, surge que el incumplimiento del actor, dado por dedicarse a la constitución y dirección de una empresa competidora a Cartones Yaguareté S.A., se inició, al menos, en fecha 01 de julio de 2008, como surge de la copia del correo electrónico obrante a fs. 237 de autos, en el que se detallan características de la persona jurídica cuya constitución estaba en proceso.

Como ya fuera indicado, este hecho, constituye un incumplimiento esencial en virtud de lo establecido por el contrato que unía a las partes, de lo dispuesto por los Arts. 851 inc. b) y 1109 del Código Civil. Por tanto, debe darse acogida favorable a la defensa esgrimida por la parte demandada contra la pretensión de cobro de aquellas prestaciones pendientes de pago, que sean posteriores al incumplimiento del actor. En particular, corresponde desestimar la pretensión de cobro del monto correspondiente a salario por el mes de agosto del año 2009, así como a la pretensión de cobro de las vacaciones correspondientes al año 2008. No así, respecto a lo reclamado en concepto de vacaciones por el año 2007, puesto que esta prestación era debida ya con anterioridad a la noticia que se tiene en estos autos de un incumplimiento por parte del actor. Por lo que corresponde modificar la resolución apelada en este punto, en el sentido de hacer lugar únicamente a la pretensión de cobro en concepto de vacaciones correspondientes al año 2007, es decir, la suma de E. 4.260,75 (cuatro mil doscientos sesenta euros, con setenta y cinco centavos).

Por otra parte, no pasa inadvertido que la demandada pretendía la aplicación del derecho alemán a todos los aspectos del contrato debido a que según la traducción del Art. 628 del Código Civil Alemán, el incumplimiento de quien haya sido contratado para prestar servicios extingue, automáticamente, el derecho a remuneración “como si sus servicios prestados hasta ese momento no tuvieran para la otra parte, debido a la remuneración” –f.184–. Hasta aquí, hemos razonado en términos de normativa nacional exclusiva, por lo que corresponde atender el agravio relacionado con la aplicación del derecho alemán en los términos arriba reseñados.

Ahora bien, sobre este punto, como asunto liminar, debe resaltarse que la labor del traductor es la de un perito en lengua extranjera, cuyo conocimiento técnico es empleado en el proceso para justamente asistir en la apreciación sobre un hecho concreto, es decir, cuál es la mejor interpretación a la lengua oficial del país, del texto que le es entregado, a tenor de lo dispuesto por el Art. 343 del Código Procesal Civil y de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Organización Judicial. En otros términos, el traductor matriculado no es un oficial público ni puede dar fe pública de la fidelidad de su traducción, ya que tal función no le es atribuida por ley. La traducción de un documento, por ende, constituye una prueba más que debe ser apreciada por el juez, especialmente si dicha traducción no fue realizada dentro del proceso, según las reglas propias de la prueba pericial, respetando la bilateralidad y el contradictorio.

A esto debe agregarse que –siempre en el supuesto de que haya correspondido aplicar el derecho alemán a lo referente a los derechos y obligaciones del prestador de servicios no previstos por el contrato– de haber sido aplicable el derecho extranjero, el órgano jurisdiccional debe aplicarlo de oficio, sin perjuicio de lo que las partes puedan alegar y probar sobre la existencia y el contenido de las normas extranjeras, Art. 22 del Código Civil. En otros términos, el juez puede valorar libremente la existencia y el contenido de una disposición normativa extranjera.

Estas consideraciones son necesarias en orden a la ponderación de la traducción de la obra doctrinaria presentada por la propia demandada, que brinda una interpretación diametralmente opuesta al derecho nacional en cuanto al contenido del Art. 628 del Código Civil alemán. En términos sencillos, la demandada pretende que la resolución, en el derecho alemán, es retroactiva incluso en los contratos de tracto sucesivo. Sin embargo, tal interpretación no puede ser compartida. En efecto, la norma mencionada establece que el derecho de remuneración del prestador de servicios, por las prestaciones ya cumplidas, se extingue cuando lo realizado carezca de interés para la contratante, como consecuencia del incumplimiento, lo que denotaría una aplicación del principio según el cual, en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones ya ejecutadas o vencidas permanecen firmes a pesar de la resolución. En este sentido: “En el caso de la denuncia extraordinaria, el obligado puede exigir por lo regular la parte de la remuneración que corresponde a las y prestaciones hechas. Ahora bien, si,

por consecuencia de la denuncia, las prestaciones hechas no tienen interés para la otra parte, caduca la pretensión de ser retribuido si la denuncia ha sido motivada por el obligado a los servicios en virtud de observar una conducta contraria a lo convenido o si es él mismo quien ha denunciado sin haber sido motivado a ello por la conducta de la otra parte en contra de lo pactado” (Ludwig Enneccerus. *Derecho de las Obligaciones*. Decimoquinta Revisión por Heinrich Lehmann. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. Volumen segundo, pág. 495). Quien pretenda la extinción del derecho a la remuneración, deberá probar no solo que la terminación contractual se produjo por culpa del prestador de servicios, sino que, además, deberá alegar y demostrar que las prestaciones ejecutadas por el mismo carecen de interés a su parte, como consecuencia de la terminación del contrato, en otros términos, según la cita doctrinaria transcrita, la pérdida de interés en la prestación ejecutada por el prestador de servicios, no se produce de pleno derecho, sino que es una circunstancia que debe ser alegada y probada.

Fortaleciendo esta postura, se hace pertinente traer a colación la traducción del referido Art. 628 del Código Civil Alemán, reportada por Emilio Eiranova Encinas, en la obra “Código Civil Alemán Comentado” (Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998): “Si él presenta una denuncia no causada por una conducta de la otra parte que incumpla el contrato, o por su propia conducta que incumpla el contrato, proporciona a la otra parte una razón para presentar denuncia, no tiene derecho a la pretensión de remuneración por sus servicios prestados, siempre que no tengan interés para la otra parte como consecuencia de la denuncia...”. En este punto, puede verse la diferencia esencial en la traducción presentada por la parte demandada, ya que en lugar de emplear la locución “como si no”, el traductor empleó la locución “siempre que no”. Cuanto ha sido apuntado, es también confirmado con cuanto es expresado en la obra “*Tratado de las Relaciones Obligatorias*”, de Dieter Medicus: “Respecto a las acciones de retribución por una denuncia, según los Arts. 626, 627, rige el Art. 628 I: Normalmente el deudor del servicio puede pedir la retribución de los servicios prestados. No obstante, se excluye esta acción, en tanto estos servicios, a consecuencia de la denuncia [...] ningún interés tienen ya para el acreedor; y el deudor del servicio, o denuncia infundadamente por sí mismo o ha dado lugar a la denuncia por el acreedor contraviniendo el contrato” (Obra citada, edición española de Ángel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. Volumen I, pág. 530). En otros términos, el legislador alemán establece el mismo principio que

el derecho nacional, esto es, la firmeza de las prestaciones ya cumplidas en contratos de tracto sucesivo, pero subordinado el derecho al cobro de las mismas al interés que estas representen para la otra parte. Si las prestaciones realizadas y no cobradas, no revisten interés para la otra parte, como consecuencia del incumplimiento de quien las realizó, no es reconocido el derecho a percibir remuneración alguna por las mismas. Es indiscutible que el incumplimiento de un deber esencial en el contrato, como es el caso de autos, desvirtúa cualquier interés en las prestaciones ejecutadas por el prestador de servicios contemporáneamente con sus actividades realizadas en conflicto de intereses respecto de la posición jurídica de la demandada.

En suma y recapitulando el desarrollo total de lo expuesto; no solo el derecho paraguayo es el idóneo para determinar, en el caso, los derechos y obligaciones de las partes y sus consecuencias contractuales; sino que dichas consecuencias contractuales, de haberse aplicado el derecho alemán, serían exactamente las mismas a las que se arribó por la aplicación de las reglas aplicables al contrato de servicios del Código Civil Paraguayo.

Por lo previamente expuesto, el acuerdo y sentencia recurrido debe ser confirmado en cuanto la resolución del contrato se produjo por incumplimientos contractuales del actor, pero modificado en el sentido de hacer lugar a la demanda de cobro de prestaciones vencidas interpuesta por Hans Werner Bentz, por la suma de E. 4.260,75 (cuatro mil doscientos sesenta euros, con setenta y cinco centavos) en concepto de las vacaciones correspondientes al año 2007.

En cuanto a las costas del pleito, vista la concurrencia de vencimientos recíprocos, corresponde que sean impuestas en forma proporcional en un 98,5% a la parte actora y en un 1,5% a la parte demandada, de conformidad con lo establecido por los Arts. 195, 203 inc. c) y 205 del Código Procesal Civil. Sobre este punto, no pasa desapercibida la extensa labor interpretativa requerida para la solución del presente conflicto. Esta labor, sin embargo, fue empeñada mayormente en la determinación del derecho aplicable a la relación contractual, no tanto respecto del establecimiento de cuanto materialmente era pretendido, respecto de lo que, en esencia, primó el contenido contractual textual dispuesto por las partes. Debe, además, resaltarse –como ya fue hecho–, que el resultado respecto de las pretensiones materiales discutidas habría sido coincidente, tanto de aplicarse el derecho nacional como el extranjero. Todo esto denota que, a pesar de la labor jurisprudencial requerida, no es posible sostenerse

una fundada creencia subjetiva en el derecho a litigar que justifique la exoneración de las costas del proceso. Por estos motivos, es que se consideró pertinente la aplicación del principio general de imposición de costas a la parte perdedora y, en concreto, ante la existencia de vencimientos recíprocos, de imposición de costas en forma proporcional, de acuerdo con la medida del éxito obtenido por cada parte litigante.

A la segunda cuestión planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac explicitó: Por Sentencia Definitiva N° 1.244 de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil diez, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Luque, resolvió: “1.- HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda ordinaria que por cumplimiento de contrato promueve el Sr. HANS WERNER BENTZ contra la firma CARTONES YAGUARETÉ S.A., por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia intimar a la parte demandada para que en el perentorio término de diez días de ejecutoriada la presente resolución, pague al Sr. HANS WERNER BENTZ la suma de dólares americanos Trescientos mil (USD. 300.000), más intereses y costos del juicio” (sic., fs. 409 vltto.).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 105 de fecha dos de setiembre de dos mil once, resolvió: “1) DECLARAR NULA la S.D. N° 1.244 de fecha 31 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Luque, Abog. Juvencio Torres; 2) RESOLVER sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo normado por el Art. 406 del C.P.C., NO HACER LUGAR a la presente demanda de incumplimiento de contrato que promoviera el Sr. Hans Werner Bentz contra la firma Cartones Yaguareté S.A., por los fundamentos expuestos en exordio de la presente resolución; 3) IMPORNER las costas en ambas instancias a la parte actora...”.

La parte recurrente expresó agravios en los términos obrantes a fs. 484 a 506 de autos, alegando que el Tribunal no debió aplicar el Derecho Alemán a la relación jurídica existente entre las partes contratantes, y que el Tribunal basó o sustentó su fallo en pruebas inexistentes en el expediente, violando toda norma procesal en tal sentido.

La firma demandada contestó el traslado de rigor pidiendo la confirmatoria con costas de la resolución recurrida por su contraparte.

Expone el apelante que el Tribunal, a los efectos de determinar la supuesta falta justificativa de la terminación de la relación laboral existente entre su mandante y la firma demandada, tomó en consideración una copia simple de los Estatutos Sociales de la firma Cartonpar S.R.L. (fs. 185/193), decisión ésta errónea, según la representante del apelante, ya que dicha instrumental fue impugnada por su parte, restándole importancia y eficacia a la misma; manifestó asimismo que su parte no estaba obligada a probar tal impugnación, ni siquiera a fundamentarla, bastando la simple negación.

Ahora bien, en vista a que este colegiado ya se hubo expedido anteriormente sobre dicha cuestión puntual, es decir, la necesidad –o no– de fundamentar la impugnación y de probar lo contrario, es lógico seguir dicho lineamiento de ideas para establecer sin lugar a dudas que, en este caso en particular, la parte actora y apelante debió en primer lugar, negar la existencia o autenticidad de dicho documento (situación que ni siquiera se ha dado en autos) y, en segundo lugar, al haberse limitado a “restarle importancia y eficacia”, al menos tuvo que acreditar cuales –a su criterio– serían los motivos ya sean legales o fácticos, que el juzgador debía considerar al momento del análisis de dicho medio probatorio. Luego, al no haberlo realizado así, se tiene que dicho instrumento probatorio deviene plenamente válido y eficaz, resultando en consecuencia que la apreciación y valoración realizada por el Tribunal de Alzada, se ajusta a derecho.

En tal sentido, del análisis de la copia simple de los Estatutos Sociales de la firma Cartonpar S.R.L. obrante a fs. 185/193, surge claramente que dicha firma fue constituida por el actor Hans Werner Bentz en la República Argentina, y su objeto social es similar al de la firma demandada, Cartones Yaguareté S.A.

Y, siendo que del contrato, objeto de estos autos, las partes acordaron en la cláusula 2.2. que el señor Hans Werner Bentz debía abstenerse de cualquier competencia directa o indirecta y de realizar negocios por sí mismo o por cuenta de terceros, en el ramo industrial de Cartones Yaguareté S.A., se colige que el actor ha incumplido lo convenido en el contrato de prestación de servicios. Finalmente, se entiende que la terminación del contrato de prestación de servicios efectuada por la firma demandada a causa del incumplimiento contractual del señor Hans Werner Bentz, deviene procedente y ajustado a la ley. *Máxime* que, por aplicación del artículo 626 del Código Civil alemán, Cartones Yaguareté S.A., se halla plenamente facultada a dar por finiquitado el contrato, con los

efectos del artículo 628 del citado cuerpo legal que por cierto -como bien lo establecida el Dr. Torres Kirmser- lejos de contraponerse a nuestro ordenamiento legal, los mismos siguen idénticas posturas por lo que puede decirse que van de la mano en cuanto a la solución jurídica a dictarse en la presente Litis.

Pese a todo ello, y en vista a las consideraciones apuntadas anteriormente, oportuno es realizar algunas breves reflexiones respecto a lo que establece nuestra norma material en cuanto al incumplimiento contractual. Así, el artículo 719 del Código Civil Paraguayo regula la llamada *exceptio non adimpleti contractus* o la excepción de incumplimiento, que como es sabido, la misma esta fundada en razones de equidad, puesto que sería injusto que la parte que no ha cumplido su obligación en el contrato, ni tampoco ha ofrecido cumplirla, tenga sin embargo pretensiones de exigir el cumplimiento a la otra parte.

En el caso en estudio, ha quedado demostrado que quien reclama el cumplimiento del contrato, ha sido en realidad quien, en origen, ha incumplido su obligación contractual, es decir, ha competido directamente con su contratante, azuzando así la decisión tomada por la firma demandada de dar por resuelto el contrato, todo ello en virtud a lo estipulado en el contrato de referencia, como asimismo a la norma extranjera aplicada y no menos importante, el artículo 725 del Código Civil Paraguayo, por lo que, mal podría pretender el señor Hans Werner Bentz reclamar el cumplimiento de obligación contractual alguna – valga esta aclaración: posterior al conocimiento de la infracción cometida por su parte en contra de los intereses de la empresa en que ejercía el cargo de gerente general para el cual fue contratado–, siendo que el mismo no ha cumplido o al menos demostrado el cumplimiento de su obligación.

En lo que respecta a la validez o no de la intimación realizada por el Juzgado a los efectos de que el señor Hans Werner presente el original de los Estatutos Sociales, y el correspondiente pronunciamiento del Tribunal de Apelación, considero que, al haber quedado acreditada la constitución, por parte del actor, de una compañía en el extranjero, a través de las instrumentales obrantes a fs. 185/193 de autos, dicha circunstancia no amerita el pronunciamiento de esta Corte sobre dicha cuestión, ya que la misma ha quedado subsanada y acreditada, por otros medios, léase, el consentimiento tácito de la parte actora al no haber impugnado debidamente los documentos referidos mas arriba.

En cuanto a la impugnación –o no– de los correos electrónicos agregados a fs. 224/240 de autos, que fueran asimismo apreciados por el A-quem, entiendo

que efectivamente dichas instrumentales no fueron negadas e impugnadas por la arte actora al contestar el traslado corrídole, por lo que, de conformidad a lo establecido en el Art. 235 inc. a) del Código Procesal Civil, su silencio debe ser interpretado como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes, las cuales a estas alturas no pueden ser objeto de discusión, al no haberse articulado las defensas en tiempo oportuno.

Ahora bien, en lo atinente al reclamo de los rubros mencionado en el escrito inicial, tengo a bien inclinarme por asumir idéntica postura a la del Ministro que me antecedió en el uso de la palabra –Dr. Torres Kirmser–, en el sentido de dejar establecido que en lo pertinente se debe aplicar la legislación nacional, que como ya lo expusieramos, es acorde a la extranjera –en razón a que ésta en la disposición contenida en el mentado Art. 628 (Código Civil alemán)–, preceptúan como punidad la pérdida del derecho al cobro de remuneración con relación a los rubros generados con posterioridad al quiebre de la relación laboral por incumplimiento de una de sus partes; pero de ningún modo puede estarse por un castigo retroactivo que lo haga pasible de la no percepción de montos anteriores y ya legítimamente adquiridos por el reclamante. En dicho orden de ideas, corresponde conforme a las disposiciones mencionadas y a la tesis sostenida, estar por el pago correspondiente a las vacaciones del año 2007 fijado en la suma de Cuatro Mil Doscientos Sesenta Euros, con setenta y cinco centavos (4.260,75 Euros).

Por último, respecto las alegaciones esbozadas por la parte actora en cuanto a las violaciones legales del contrato de prestación de servicios por parte de la firma Cartones Yaguareté S.A., debe señalarse que dichas circunstancias apuntadas constituyen claramente hechos nuevos y, siendo que el Artículo 437 del Código Procesal Civil, claramente dispone que “En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos” considero que dichas manifestaciones deben ser desestimadas por su notoria improcedencia.

En cuanto a las costas, en ánimo de no ser reiterativo, tengo a bien imponerlas en igual sentido al voto del Ministro que me precedió en el uso de la palabra, por idénticos fundamentos. ES MI VOTO.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmando S.S.E.E., todo por Ante mí de que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 82.

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

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad, incoado.

CONFIRMAR el apartado primero del Acuerdo y Sentencia Número 105, con fecha 2 de septiembre del 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, por las motivaciones expuestas en el exordio.

MODIFICAR el Acuerdo y Sentencia en el sentido de hacer lugar a la demanda de cobro de prestaciones vencidas interpuesta por la Parte actora, por la suma de E. 4.260,75 (cuatro mil doscientos sesenta euros, con setenta y cinco centavos) en concepto de las vacaciones correspondientes al año 2007.

IMPONER Costas en forma proporcional en 98,5% a la Parte actora y en 1,5% a la Parte demandada, de conformidad con lo establecido por los Artículos 195, 203, inciso c), y 205 del Código Procesal Civil.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penonni de Bellasai, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 129

Cuestión Debatida: *En estos autos es materia de recurso la procedencia de una demanda de indemnización de daños por el supuesto abuso de derecho acontencido en contra del actor*

DAÑO.

Se constata que el hecho generador del daño hace referencia al Juicio ejecutivo en el que se embargó y subastó –indebidamente- un inmueble del accionante (por caso de homonimia).

DAÑO MORAL.

Para acreditar la existencia del daño moral se principia de la presunción de hecho que el agravio moral es el efecto natural de la conducta antijurídica; luego, no requiere demostración.

SUBASTA PÚBLICA V. REMATE.

La pérdida del inmueble mediante la subasta (por un caso de homonimia) produjo al accionante un daño moral, por la indignación propia de quien se vio privado injustamente de disponer de su bien patrimonial.

C.S.J. Sala Civil y Comercial. 04/04/13. Expediente: “ANTOLÍN FERNÁNDEZ c/ RODANTES S.A. s/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD” (Acuerdo y Sentencia N° 129).

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

CUESTIONES:

¿Han sido correctamente concedidos los Recursos?

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

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

El Ministro José Raúl Torres Kirmser, dijo: Conviene, ya aquí, reseñar el contenido de los pronunciamientos de primera y segunda instancia, a los efectos de determinar las cuestiones que pueden ser objeto de recurso ante esta Sala Civil, de conformidad con el art. 403 del Cód. Proc. Civ., delimitando así el ámbito de conocimiento de los recursos a ser estudiados.

Tenemos así que la decisión de primera instancia, S.D. N° 10, de fecha 3 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, resolvió (fs. 617 vltto./618): “I.-) HACER LUGAR a la acción autónoma de nulidad promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra RODANTES S.A. y ANTOLÍN RAMÓN FERNÁNDEZ FLORES, y en consecuencia, declarar la nulidad de todos los actos procesales posteriores a la notificación de la S.D. N° 1805 del 05 de octubre de 2002, recaída en el juicio: “RODANTES S.A. c/ ANTOLÍN FERNÁNDEZ s/ COBRO DE GUARANÍES”, tramitado ante el Juzgado de Justicia Letrada del 5° Turno, Secretaría N° 09; II.-) RECHAZAR la acción autónoma de nulidad promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA, HÉCTOR FRUTOS MUJICA y BERNARDINO EZEQUIEL SCHOLZ; III.-) HACER LUGAR a la demanda de indemnización promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra RODANTES S.A., ANTOLÍN RAMÓN FERNÁNDEZ FLORES y WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA y, en consecuencia, condenar a éstos a pagar solidariamente al actor, dentro de los cinco días de quedar firme esta sentencia, la suma de GUARANÍES SETENTAY DOS MILLONES TREINTA MIL (G. 72.030.000), en concepto de indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral, más un interés del dos por ciento (2%) mensual, a

ser calculado desde la promoción de esta demanda hasta el efectivo pago; IV.-) RECHAZAR la demanda de indemnización promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra HÉCTOR FRUTOS MUJICA y BERNARDINO EZEQUIEL SCHOLZ; V-IMPONER las costas a RODANTES S.A., ANTOLÍN RAMÓN FERNÁNDEZ FLORES y WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA; VI.-) NOTIFICAR...”.

Dicha sentencia fue apelada por: 1) Rodantes S.A., a través de la representación convencional del Abg. Gilberto C. Rivas Ferreira (f. 619); 2) Antolín Ramón Fernández Flores, representado por el Abog. César M. Fúster (f. 625); 3) Williams Andrés Florentín Barboza, representado por el Abg. Walter Raúl Mendoza Orué (f. 626); y 4) la parte actora, Sr. Antolín Fernández, representado por el Abg. Oscar Luis Tuma (f. 627).

Así abierta la instancia recursiva a norma del art. 420 del Cód. Proc. Civ., el Tribunal de Alzada decidió lo siguiente (f. 717): “1.- *DECLARAR desierto el recurso de nulidad*; 2.- *CONFIRMAR el apartado III, en cuanto hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra Rodantes S.A. y Antolín Ramón Fernández Flores y los condena al pago solidario dentro de los cinco días de quedar firme la sentencia, modificando el monto de la condena estableciéndola en la suma de Gs. 122.030.000 (Ciento Veinte y dos millones treinta mil guaraníes) más un interés del 2,5% mensual a ser calculado desde la fecha de promoción de la demanda hasta el efectivo pago de la condena, imponiéndoles las costas en ambas instancias*; 3. *REVOCAR los apartados tercero y quinto de la sentencia en alzada en cuanto resuelven hacer lugar con costas a la demanda de indemnización promovida por la actora contra el Sr. Williams Florentín Barboza, desestimándose, en consecuencia, la demanda con costas al accionante*; 4. *ANOTAR...*”.

De este modo, en resumen, se constata que el Tribunal de Apelación, en primer término, excluyó de la litis en segunda instancia lo relativo a la acción autónoma de nulidad, por cuanto tal aspecto no fue recurrido (fs. 709 vlto. y 711 vlto.), por lo que, al no haber sido objeto de agravio ante el Tribunal de Apelaciones, no puede ser considerado por esta Sala Civil a tenor de los arts. 403 y 420 del Cód. Proc. Civ., en concordancia con el art. 435 del mismo cuerpo legal.

En segundo lugar, la indemnización discutida fue concedida en primera instancia y aumentada en segunda instancia respecto de Antolín Ramón Fernández Flores y Rodantes S.A., mientras que en segunda instancia fue recha-

zada en relación con Williams Florentín Barboza. Esta modificación es la que determina la apertura de la tercera instancia, conforme con sus límites demarcados por la decisión de la instancia originaria, a norma del art. 403 del Cód. Proc. Civ., en estrecha relación con el gravamen irreparable que es presupuesto del recurso de apelación de acuerdo al art. 395 del Cód. Proc. Civ.

Con estas premisas, se advierte que, por A.I. N° 410, del 1 de agosto de 2011 (f. 736 y vlto.), los recursos interpuestos por el representante convencional de Rodantes S.A., Abog. Gilberto C. Rivas Ferreira, fueron concedidos, en lo sustancial, contra el aumento de la condena recaída en primera instancia –lo que sin dudas es procedente– y contra la S.D. N° 16, de fecha 9 de mayo de 2011, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala (f. 731 y vlto.). Allí se decidió un recurso de aclaratoria que se relacionaba con las costas y con la determinación del porcentaje de distribución de la condena solidaria. Sin embargo, este último punto no puede ser objeto de agravios pues la condena solidaria, sin indicación de porcentaje –lo que torna aplicable el criterio residual del art. 523 del Cód. Civ.– fue dictada de modo idéntico en primera y en segunda instancia, por lo que la jurisdicción de esta Sala Civil no puede abrirse al respecto.

En consecuencia, corresponde declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por Rodantes S.A. contra la S.D. N° 16, del 9 de mayo de 2011, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, en cuanto hace a la distribución de porcentajes en la condena solidaria. El punto restante de dicha resolución, la condena en costas, queda absorbido por la apelación del aumento de la condena cuya procedencia ya se estableció, de acuerdo al principio establecido por el art. 420 *in fine* del Cód. Proc. Civ.

También el Abog. Oscar Luis Tuma, por la parte actora, apeló la sentencia de segunda instancia, S.D. N° 92, del 14 de diciembre de 2010. Los recursos le fueron concedidos por A.I. N° 411, del 1 de agosto de 2011, contra su apartado segundo, que aumenta la condena; y contra el apartado tercero, que rechaza la indemnización pretendida por el actor a costa de Williams Florentín Barboza.

Ahora bien, la actora obtuvo, en segunda instancia, un aumento de la condena a su favor, por lo que el recurso en tal circunstancia se concede únicamente dentro del límite de lo modificado. En pocas palabras, el actor no puede verse agraviado por el aumento del monto de la condena –con lo que no hay gravamen

irreparable en tal sentido a norma del art. 395 del Cód. Proc. Civ.– y tampoco puede apelar para un ulterior aumento puesto que el recurso en tercera instancia se da solo dentro del límite de lo modificado, conforme con el art. 403 del Cód. Proc. Civ. En consecuencia, también aquí los recursos han sido mal concedidos en cuanto al apartado segundo de la sentencia de segunda instancia, y así corresponde declararlo. Fueron correctamente concedidos, empero, contra el apartado tercero, en cuanto allí se rechaza la demanda contra un sujeto que fue condenado en primera instancia, por lo que el actor tiene gravamen y legitimación para apelar *ex art.* 403 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

A sus turnos, los ministros Bajac y Garay, se adhieren al voto que antecede, por sus mismos argumentos.

A la segunda cuestión el Ministro José Raúl Torres Kirmser, dijo: NULIDAD: Bien advertido que los límites del conocimiento del recurso en esta instancia son los establecidos al tratar la cuestión previa, lo que incide en la extensión del pronunciamiento en torno a la nulidad de la resolución *ex art.* 404 del Cód. Proc. Civ., corresponde tener por desistidos a los recurrentes del Recurso de Nulidad.

A su turno, el Ministro Bajac, se adhiere al voto precedente, por sus mismos argumentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: Los recurrentes han desistido expresamente del Recurso (fs. 741 y 752). Por lo demás, no se advierten vicios que autoricen pronunciamiento de oficio, en los términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil. En estas condiciones, corresponde tener por desistidos a los impugnantes. Así voto.

A la tercera cuestión planteada, el Ministro José Raúl Torres Kirmser, dijo: APELACIÓN: Del deslinde efectuado en la cuestión previa, queda claro que la instancia recursiva, a norma de los arts. 403 y 420 del Cód. Proc. Civ., queda abierta en esta sede respecto de dos cuestiones bien puntuales: *a)* el aumento de la estimación del daño efectuado en la instancia recursiva, con la consiguiente condena en costas; y *b)* la procedencia de la demanda de indemnización respecto de Williams Florentín Barboza.

Por cuestiones de orden lógico, consideraremos en primer lugar el segundo de los puntos válidamente propuestos a estudio. A este respecto, el actor y apelante, en sus agravios de f. 753, manifiesta, sustancialmente, que el Sr. Williams Florentín Barboza causó daños a la casa, derribando paredes y puertas y

deteriorando la instalación eléctrica. Amén de ello, persistió en reconocer su calidad de propietario y no devolvió la casa a su legítimo propietario, antes bien, entró en colusión con el Sr. Héctor Frutos Mujica, comprador, para entorpecer el ejercicio de los derechos del actor e impedir la devolución del inmueble.

Estas alegaciones merecen varias consideraciones. En primer término, corresponde dejar aclarado que conforme surge de las constancias de la ejecución llevada a cabo ante el Juzgado de Justicia Letrada de la Capital, Quinto Turno, el Sr. Williams Florentín Barboza es adquirente en remate del bien subastado en el juicio cuyas actuaciones fueron anuladas por vía de la acción autónoma de nulidad, que no es materia de estudio en alzada (f. 46). El remate en cuestión fue aprobado por A.I. N° 5153, del 21 de diciembre de 2002 (f. 57), con la consiguiente adjudicación a favor del Sr. Florentín Barboza.

Se advierte así, de plano e inmediatamente, que no puede imputarse al demandado en cuestión la autoría de un acto ilícito, como bien lo advierte el mismo a f. 763 de autos. La compra en remate judicial es acto perfectamente lícito y permitido, y antes bien, su actividad en la adquisición se encuentra expresamente prevista en el art. 490 del Cód. Proc. Civ., con la escrituración que es su consecuencia, prevista en el art. 493 del Cód. Proc. Civ. No mediando prohibición legal, ni incurso el adquirente en remate en las previsiones del art. 739 del Cód. Civ., aplicable por imperio del art. 738 inc. b) del mismo cuerpo legal, no hay ilicitud de ningún tipo a norma del art. 1834 inc. a) del Código Civil. Sobre esto no puede haber dudas.

En consecuencia, debe, antes que nada, calificarse el marco jurídico de la pretensión, a fin de evaluar las pruebas rendidas y determinar el derecho del actor a obtener indemnización del Sr. Williams Florentín Barboza, de conformidad con el art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ. En este sentido, tampoco puede tratarse de abuso del derecho, de conformidad con la disposición del art. 372 del Cód. Civ., puesto que, como lo hemos visto, el demandado tenía pleno derecho a adquirir en remate y obviamente obtiene una ventaja, un interés patrimonial con tal actuación, al ingresar a su peculio el bien subastado, con lo que cae toda posibilidad de configurar el instituto en cuestión. Habiendo utilidad notoria en el adquirente en remate, ya no se produce el ejercicio del derecho sin utilidad para sí y con daño para otro, como elemento generador de la figura del abuso (Spota, Alberto G. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires, Depalma, 1947, 1ª ed., tomo I², p. 190).

De hecho, el actor no lamenta el hecho del abuso aisladamente considerado, sino que en puridad alega la actitud dolosa, fraudulenta del Sr. Williams Florentín Barboza al adquirir el inmueble hallándose este en conocimiento del estado de homonimia, y luego lo haya vendido a su cuñado Héctor Frutos Mujica (f. 114, escrito de demanda). Posteriormente, de acuerdo a la breve reseña de sus alegaciones en alzada, es evidente que lo lamentado se enfoca sustancialmente en esa conducta de mala fe del demandado, que pretende alegar; en la sabiduría de la inexistencia del derecho a la adquisición del inmueble.

Esto no es otra cosa sino la alegación de la figura del fraude, como mala fe objetiva genérica, y en tales términos ha de ser estudiada la pretensión. Obviamente, aquí no se lamenta sino la conciencia de la mala acción cometida, la actuación a sabiendas en perjuicio del actor y en colusión con otro, con el Sr. Héctor Frutos Mujica (para esta caracterización del fraude en general, De Gásperi, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires, Depalma, 1945, 1ª ed., tomo I, p. 475). En otros términos, se alega aquí el concepto genérico de fraude, entendido como “*un malicioso y desleal actuar en perjuicio ajeno, en el cual debe identificarse, con carácter agravado, la figura de la mala fe en sentido objetivo*” (Messineo, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè, 1952, 8ª ed., tomo I, p. 249). Obviamente, dicho fraude constituye una conducta ilícita, en cuanto presupone la colusión con otro en daño de un tercero.

La cuestión puede enfocarse también desde la perspectiva de la causa, lo cual obviamente lleva al mismo resultado práctico y permite identificar correctamente el encuadre jurídico que debe darse a la cuestión. De hecho, las normas en juego ante el fraude se hallan allí, toda vez que el acto jurídico con objeto ilícito es nulo, de acuerdo al art. 357 del Cód. Civ., dado que el ordenamiento jurídico no tolera el fraude como motivo del ejercicio de los derechos o de la facultad de contratar. Es por ello que la finalidad ilícita en el contrato, común a ambos contratantes, lo invalida, puesto que “*La necesidad de que en el contrato el motivo ilícito sea común a las partes, no depende tanto de su naturaleza bi o plurilateral (ya que en tal caso, los motivos interesarían en cuanto a su alcance psicológico) sino y sobre todo depende del hecho que el motivo ilícito común, insertándose como elemento de la estructura de la relación jurídica, vuelve objetivamente ilícito el interés que las partes realizan con el contrato*” (Ferri, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*. Milano, Giuffrè, 1966, 1ª ed.,

pp. 60 y 61). Aquí radica el *quid* del asunto, puesto que es esto en definitiva lo que se lamenta: la colusión, la existencia de un derecho ejercido *en consilium fraudis*, con propósito defraudatorio común a ambas partes del contrato. Dicho sea de paso, aquí radica la necesidad de echar mano de la figura del fraude, puesto que la compra en remate aisladamente considerada es un derecho plenamente ejercible que reporta ventajas, por lo que tal conducta fraudulenta no puede enmarcarse dentro del abuso del derecho; y requiere una actividad en colusión con causa ilícita, con el único fin defraudatorio, que no puede ser protegida por el derecho, atentos a lo ya expuesto. En otros términos, el interés protegido a norma del art. 418 del Cód. Civ. en la ejecución de las obligaciones no puede ser jamás una apología de la mala fe, lo que contraviene palmariamente el principio de la buena fe consagrado por el art. 715 del Cód. Civ.

En definitiva, para no extender demasiado las consideraciones obvias, se ha dicho, agudamente, que “El objeto, la causa o los motivos son ilícitos –según una fórmula que el art. 1343 utiliza para la causa ilícita– cuando son contrarios a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. En su conjunto la fórmula legislativa expresa una exigencia de defensa de los valores fundamentales de la sociedad: de defensa tanto de los valores colectivos, que se vinculan con la civil y pacífica convivencia entre los hombres y a su progreso económico y social; como de irrenunciables valores individuales, relativos a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de los individuos. El acto de autonomía contractual, que lesiona estos valores por el resultado que se propone, es ilícito y por ende nulo” (Galvano, Francesco. “Il negozio giuridico”. Milano, Giuffrè, 2002, 2ª ed., p. 282). Exactamente dentro de tal contexto y fundamentos se encuadra el art. 357 inc. b) del Cód. Civ., y en definitiva esta es la calificación jurídica que hay que dar a la pretensión.

Debe, pues, meritarse la existencia de la intención o colusión de dañar por parte del Sr. Williams Andrés Florentín Barboza dentro de este ámbito, esto es, la existencia de *consilium fraudis* en su adquisición en remate y posterior venta al Sr. Frutos Mujica, bien entendido que este extremo es *onus probandi* del actor a norma del art. 249 del Cód. Proc. Civ. Así enfocada la cuestión, no resta sino adherir al voto del preopinante en cuanto juzga la buena fe del Sr. Williams Florentín Barboza en cuanto a la adquisición en sí misma, ya que ni en el certificado de condiciones de dominio (fs. 33 y 41); ni en los edictos publicados (fs. 44/45 y 51/53); ni en el acta de remate se consignó el número de cédula del

ejecutado como elemento que permita inferir la situación de homonimia y concurra a desvirtuar la buena fe del comprador.

En estas condiciones, adquirido el bien, el comprador puede enajenarlo ulteriormente sin que ello implique, por sí solo, intención de dañar o *consilium fraudis*. Empero, esto se desvirtúa inequívocamente cuando se advierte que en realidad el Sr. Williams Florentín Barboza, enterado de la situación de homonimia, se ofreció a lograr una solución que termine en la nueva transferencia del inmueble al actor, conforme lo dicho en la confesoria de fs. 499/500. Esto lo confirma el propio actor cuando pone la posición ampliatoria indicando el pedido de cobrar alquileres por un año para restituir la propiedad, con lo que confirma la existencia de tal oferta y su seriedad. Dicha situación es explicada por la necesidad del comprador de recuperar cuanto menos los gastos del remate. Esto es, hubo inequívocamente voluntad de devolver, pero buscando un medio de salvar los gastos realizados, lo cual es plenamente legítimo y aceptable en situaciones como la que nos ocupa. También el tercer comprador, a quien el adquirente en remate enajenó el inmueble, Sr. Frutos Mujica, manifestó plenamente su disponibilidad de devolver el inmueble en repetidas ocasiones, conforme con la confesoria de f. 504 y vlto.

Se advierte así plenamente que no se pudo demostrar el *consilium fraudis*, la intención común de los contratantes de perjudicar al tercero, sino que muy por el contrario, surgió demostrado que hubo disponibilidad para restituir la propiedad, y el cobro de alquileres por parte del Sr. Williams Florentín responde al acuerdo de f. 310. No existe elemento suficiente para determinar la existencia de mala fe objetiva, de fraude entendido como intención de dañar entre los contratantes, por lo que la decisión del Tribunal de Apelación debe ser confirmada en este punto.

Queda por considerar el agravio de Rodantes S.A., relativo al aumento de la condena decidido en segunda instancia, cuya reducción a los límites dados en la sentencia originaria es lo único que puede válidamente lamentar a norma del art. 420 del Cód. Proc. Civ. A este respecto, los agravios del apelante rayan la deserción (fs. 741/748), dado que se refieren a elementos como el daño, el nexo causal, las vicisitudes del juicio en el que se produjo el remate y otros aspectos que ya no pueden ser revisados por imperio de la norma recientemente mencionada. Se agravia solamente, y de modo por demás genérico, de la cuantificación del daño moral, de los intereses pedidos y de la imposición de costas.

Empero, a este respecto se advierte que los intereses fueron expresamente solicitados a f. 115, en la demanda, y volvieron a ser objeto de agravios en la alzada (fs. 636/637), por lo que la cuestión también incursa dentro del ámbito de aplicación del art. 420 del Cód. Proc. Civ., y tampoco puede ser tratada en esta instancia, siendo los mismos precedentes y al no haberse expresado agravios sobre la tasa en cuanto tal. En cuanto a la cuantificación del daño moral, los términos genéricos de la expresión de agravios no alcanzan a desvirtuar el mérito de la condena pronunciada por el Tribunal de Apelación, el cual acertadamente valoró la zozobra y el perjuicio causado por quien se ve privado de sus bienes y de fuentes de ingresos por un problema de homonimia. Respecto de esta valoración, adhiero, en definitiva, a los fundamentos propuestos por el preopinante.

Queda la cuestión de la imposición de costas proporcionales, como último objeto de agravio. A este respecto, debe recordarse que no solo Rodantes S.A. resultó perdedora en primera y en segunda instancia, sino que la sentencia de segunda instancia confirma la imposición de costas en la instancia originaria (f. 717), por lo que tal cuestión no es ya revisable. En consecuencia, la imposición de costas en segunda instancia no solo no puede ser modificada, sino que en realidad torna al aquí apelante en perdedor, puesto que apeló a la baja y no logró tal resultado; mientras que el recurso del adverso logró su objetivo al haber aumentado de la condena. En tales condiciones, obviamente que Rodantes S.A. resulta completamente perdedora, e incluso respecto del aumento pretendido por la actora en segunda instancia, que obviamente fue parcialmente concedido, se advierte que la condena depende legalmente del arbitrio judicial a norma del art. 451 del Cód. Civ., con lo que se aplica el art. 196 *in fine* del Cód. Proc. Civ. En definitiva, el aumento de la condena y el acogimiento de los rubros pedidos justifican la actuación en alzada, por lo que también en este aspecto la imposición de costas debe ser confirmada, tanto en la decisión originaria cuanto en su aclaratoria; con lo que todas las resoluciones recurridas deben ser confirmadas.

Quedan por decidir las costas de esta instancia. En cuanto al recurso interpuesto por Rodantes S.A., al resultar dicha firma completamente perdedora, las mismas le deben ser impuestas por aplicación de los arts. 192, 203 y 205 del Cód. Proc. Civ. En cuanto al recurso interpuesto por el actor, por el Sr. Antolín Fernández, corresponde acoger el agravio expresado al respecto por su represen-

tante convencional en la parte de recurso admisible en cuanto a la imposición de las costas por la totalidad del juicio (f. 755) –mediando decisión distinta sobre el fondo en primera y segunda instancia en cuanto a la cuestión apelada y estudiada por esta Sala Civil– por cuanto el actor efectivamente actuó con razón más que probable para litigar, viéndose abruptamente privado de su hogar y encontrándose en posesión del mismo. A mayor abundamiento, el Sr. Williams Florentín Barboza es quien adquirió el inmueble en remate, por lo que ciertamente es lógico y comprensible que quien se ve privado abruptamente de él pretenda recuperarlo y demande en tal sentido al adquirente, que ciertamente incluso reconoció el derecho del actor, conforme se viera en la reseña de su confesoria, al entrar en negociaciones para la devolución del inmueble. Hay aquí sobrada razón para litigar que autoriza la imposición de costas por su orden, en todo el juicio, en cuanto a la pretensión contra el Sr. Williams Florentín Barboza, con fundamento en los arts. 193, 203 y 205 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

A su turno el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini manifestó que se adhiere –en todos sus términos– al voto del Ministro que le antecedió, por sus mismos fundamentos.

A la tercera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo:

Por S. D. N° 010, del 3 de Febrero del 2.009, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Sexto Turno, resolvió: “I.-) *HACER LUGAR a la acción autónoma de nulidad* promovida por ANTOLIN FERNANDEZ contra RODANTES S.A. y ANTOLIN RAMON FERNANDEZ FLORES y, en consecuencia, declarar la nulidad de todos los actos procesales posteriores a la notificación de la S. D. N° 1805 del 5 de octubre de 2002, recaída en el juicio: “RODANTES S.A. c/ANTOLÍN FERNÁNDEZ s/ COBRO DE GUARANÍES” tramitado ante el Juzgado de Justicia Letrada del 5° Turno, Secretaría N° 09; II.-) RECHAZAR la acción autónoma de nulidad, promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA, HÉCTOR FRUTOS MUJICA y BERNARDINO EZEQUIEL SCHOLZ; III.-) HACER LUGAR a la demanda de indemnización promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra RODANTES S.A., ANTOLÍN RAMÓN FERNÁNDEZ FLORES Y WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA y, en consecuencia, condenar a éstos a pagar solidariamente al actor, dentro de los cinco días de quedar firme esta sentencia, la suma de GUARANÍES SETENTAY DOS MILLONES TREIN-

TA MIL (Gs. 72.030.000), en concepto de indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral, más un interés del dos por ciento (2 %) mensual, a ser calculado desde la promoción de esta demanda hasta el efectivo pago; IV.-) RECHAZAR la demanda de indemnización promovida por ANTOLÍN FERNÁNDEZ contra HÉCTOR FRUTOS MUJICA y BERNARDINO EZEQUIEL SCHOLZ; V.-) IMPONER las costas a RODANTES S.A., ANTOLÍN RAMÓN FERNÁNDEZ FLORES y WILLIAMS ANDRÉS FLORENTÍN BARBOZA; VI.-) NOTIFICAR...” (fs. 606/18).

Dicha Sentencia fue modificada por el Fallo impugnado, que dispuso: “1.- DECLARAR desierto el recurso de nulidad; 2.- CONFIRMAR el apartado III, en cuanto hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra Rodantes S.A. y Antolín Ramón Fernández Flores y los condena al pago solidario dentro de los cinco días de quedar firme la sentencia, modificando el monto de la condena estableciéndola en la suma de Gs. 122.030.000 (ciento veinte y dos millones treinta mil guaraníes) más un interés del 2,5% mensual a ser calculado desde la fecha de promoción de la demanda hasta el efectivo pago de la condena, imponiéndoles las costas en ambas instancias; 3.- REVOCAR los apartados tercero y quinto de la sentencia en alzada en cuanto resuelven hacer lugar con costas a la demanda de indemnización promovida por la actora contra el Sr. Williams Florentín Barboza, desestimándose, en consecuencia, la demanda con costas al accionante; ANOTAR...” (fs. 709/17).

Por Acuerdo y Sentencia N° 16, del 9 de mayo del 2011, se rechazó el Recurso de Aclaratoria promovido por el Abog. Gilberto Rivas (fs. 731).

El Abog. Oscar Luis Tuma, en su escrito de expresión de agravios, esgrimió que Williams Andrés Florentín Barboza era responsable ante el verdadero propietario, pues, en vez de pedir la nulidad del remate y se le devuelvan gastos, se presentó al Juicio a tratar de impedir se hagan bien las cosas y no comunicó que la demanda debía serle notificada al nuevo comprador, Héctor Frutos Mújica. Sostuvo que la imposición de Costas a su representado se encuentra errada porque su Parte tenía razón suficiente para litigar (fs. 752/5).

El Abog. Gilberto Rivas, por la codemandada Rodantes S.A., solicitó revocatoria de los Fallos dictados en Segunda Instancia, de conformidad a su escrito de expresión de agravios, obrante a fs. 741/8. Sostuvo que el solo hecho que el daño exista no era suficiente para condenarlo, esgrimiendo que debían analizarse las conductas y grados de responsabilidades, de los otros accionados, así

como de la víctima. Esgrimió que su principal era a quien menos responsabilidad debía atribuírsele, aseverando que también eran responsables el Juzgado donde se realizó el Juicio ejecutivo y el Registro de la Propiedad. Peticionó reducción del monto por daño moral, señalando que la Sentencia es extrapetita, pues fijó intereses sobre el daño moral. Solicitó que las Costas sean impuestas proporcionalmente, considerando que la condena fue en exceso inferior a la peticionada en la demanda.

En el caso, han quedado firmes las siguientes cuestiones: I) La procedencia de la Acción autónoma de nulidad promovida contra Rodantes S.A. y Antolín Ramón Fernández Flores; II) El rechazo de la Acción autónoma de nulidad respecto a Héctor Frutos Mújica, Williams Florentín Barboza y Bernardino Scholz; III) La procedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios contra Rodantes S.A. y Antolín Ramón Fernández Flores, el monto de esa indemnización, intereses; IV) La responsabilidad solidaria de los condenados; V) El rechazo de la Acción de indemnización de daños y perjuicios promovida contra Héctor Frutos y Bernardino E. Scholz.

Sin embargo, es materia controvertida y discutida: I) la procedencia o no de la Acción de indemnización de daños y perjuicios respecto Williams Florentín Barboza; II) el monto de la indemnización por daño moral; III) las Costas.

En cuanto a la responsabilidad de Williams Florentin Barboza, cabe hacer revisión de constancias procesales a fin de establecer si la conducta -de aquel- fue ilícita y antijurídica y, por ello, susceptible de ser indemnizada.

El Artículo 1833 del Código Civil, establece que el que comete acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Mientras, el Artículo 1834, inciso c), de dicha normativa dispone que los actos voluntarios sólo tienen carácter de ilícitos “*siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención*”.

En el caso, Antolín Fernández promovió Acción autónoma de nulidad e indemnización de daños y perjuicios, solicitando la nulidad de todo lo actuado en el expediente intitulado: “RODANTES S.A. C/ ANTOLÍN FERNÁNDEZ S/ COBRO DE GS.”, en el cual fue subastado un inmueble de su propiedad individualizado con Matrícula N° 27.531, del Distrito Recoleta. Sostuvo que no era la misma persona demandada en ese Juicio ejecutivo, afirmando que el embargo y posterior venta del inmueble, en pública subasta, fue ordenada indebidamente. Demandó a Williams Florentín Barboza, en su carácter de adjudicatario del

inmueble subastado, cuestionando que Florentín Barboza haya vendido el inmueble a su cuñado; que las transferencias se realizaron ante la misma Escribana Pública, que recién luego de cinco meses inscribió la transferencia. Sostuvo que resultaba llamativo que el contrato de alquiler fue firmado por Williams Florentín Barboza cuando el propietario del inmueble era otra persona (fs. 110/8). A fs. 133/8, el codemandado opuso Excepciones de litispendencia e incompetencia, las que fueron rechazadas conforme surge a fs. 389/91, siendo desistidos sus Recursos, según consta a fs. 404. Por A. I. N° 1870, del 11 de Septiembre del 2.006, se tuvo por acusada la rebeldía y dio por decaído el Derecho de Williams Florentín Barboza para contestar demanda (fs. 432).

De lo expuesto, se constata que el hecho generador del daño hace referencia al Juicio ejecutivo en el que se embargó y subastó –indebidamente– un inmueble del accionante (por caso de homonimia). El A quo declaró la nulidad de ese proceso, haciendo lugar a la Acción autónoma de nulidad contra Rodantes S.A. y Antolín Fernández, excluyendo como legitimados pasivos a los otros codemandados, entre ellos Williams Florentín Barboza, decisión que fue confirmada por el Ad quem. Ello implica que al no ser Parte del Juicio ejecutivo (anulado), es decir, al no integrar la relación procesal que ha motivado el acto atacado de nulidad, debe eximirse de responsabilidad.

Por lo demás, no puede atribuírsele responsabilidad al adquirente si su confianza reposó en la publicación de edictos con sujeción a la Ley, omitiendo corroborar personalmente que el embargo fue trabado contra un inmueble que no era del ejecutado, por cuanto ello implicaría desvirtuar el fin de los edictos. *“La finalidad de la publicación en cuestión, sobre todo cuando adquiere relevancia como en el caso, es informar a los posibles interesados en participar en la puja que se origina en la subasta judicial, para computar ese elemento entre otros, con el objeto de efectuar las ofertas que crean convenientes”* (Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales”, 2ª ed., t. IV-C, ps. 119 y sig.).

Cabe agregar que, previamente a la subasta, fueron solicitados informes de condiciones de dominio, agregación del título de propiedad, sin que en ninguno de esos documentos sea consignada la Cédula de identidad del propietario del inmueble, razón por la que puede afirmarse que el codemandado fue adjudicatario de buena fe, máxime que el accionante no probó –ni por asomo– la mala fe de aquel.

El accionante señaló que el accionado ha vendido el inmueble, a su cuñado, poco después de adquirido en subasta; que las ventas han sido formalizadas

ante la misma Escribana Pública y que el contrato de alquiler sigue a nombre del accionante. Sin embargo, no afirmó que esas conductas sean antijurídicas o ilícitas. Por lo demás, aquellas, no guardan relación ni tienen relevancia para la tipificación de la responsabilidad en lo que sirvió de fundamento para la Acción autónoma de nulidad.

Tampoco puede establecerse responsabilidad al accionante por no haberse allanado incondicionalmente a la Acción autónoma de nulidad, promovida ante Justicia Letrada; cobrar alquileres a pesar de conocer el error; mantener postura dilatoria en este Juicio, pues todos esos actos fueron posteriores al Juicio viciado de nulidad.

Surge, entonces, que la decisión que excluyó a Williams Florentín Barboza como responsable por daños y perjuicios derivados del Juicio ejecutivo (anulado) debe ser confirmada por estar ajustada a Derecho.

Es notorio que los únicos responsables son las Partes del proceso ejecutivo, es decir, Rodantes S.A. y Antolín R. Fernández F.. De hecho, aquellos no han controvertido su responsabilidad en el caso. Sin embargo, uno de ellos, la firma Rodantes S.A., solicitó que la responsabilidad sea distribuida de acuerdo a la actuación de cada uno, incluyendo a la víctima, al Juez y al Registro de la propiedad. Pero, como dijimos, la decisión de atribuir responsabilidad solidaria a los condenados Rodantes S.A. y Antolín R. Fernández ha sido confirmada en Segunda Instancia, por lo que ya no puede ser juzgada en ésta, según lo dispuesto en el Artículo 403 del Código Procesal Civil.

Respecto al monto de la condena, cabe señalar que el accionante solicitó la suma de Gs. 300.000.000, en conceptos de daño emergente y daño moral. El A quo estableció la suma de Gs. 72.030.000, de acuerdo al siguiente detalle: daño material Gs. 8.330.000; lucro cesante: Gs. 13.700.000; daño moral: Gs. 50.000.000. El Tribunal -por voto unánime- confirmó guarismos concernientes a daño material y lucro cesante; modificando -por votos en mayoría- la suma en concepto de daño moral estableciéndola en Gs. 100.000.000.

Entonces, los rubros por daño material y lucro cesante ya no son objetos de revisiones, porque han sido confirmados. Respecto a daño moral, cabe puntualizar que no puede ser menor de Gs. 50.000.000, pues al haberse fijado suma superior, aquella quedó confirmada. Tampoco puede ser mayor al fijado en Segunda Instancia, conforme los fundamentos esgrimidos al estudiar la Cuestión Previa, que encuentran fundamento en los Artículos 403 y 420 del Código Procesal Civil.

Cabe rememorar que esta Magistratura ha sostenido –en Fallos anteriores– que para acreditar la existencia del daño moral se principia de la presunción de hecho que el agravio moral es el efecto natural de la conducta antijurídica; luego, no requiere demostración. *“Basta la prueba de la conducta antijurídica, el daño moral se prueba in re ipsa, o sea, que su demostración surge de la existencia de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de la víctima”* (Brebba, “El daño moral”, Rosario, 1967, p. 336).

En esa misma línea doctrinal, Bustamante Alsina explicita: “Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión” (“Equitativa valoración del daño no mensurable”, La Ley- 1990-A-655).

Entre los factores, elementos, etc., a ser tenidos en cuenta para la valuación de la condena por daño moral se encuentra la gravedad del hecho generador del daño, es decir, si fue realizado con dolo o simplemente por negligencia o descuido del agente. Así también la repercusión subjetiva en cada persona, sus circunstancias individuales, como, edad, sexo, salud, profesión, número de hijos, condición económica y ámbito social, etc.

En el caso, resulta irrefutable e incontrovertible que la pérdida del inmueble produjo al accionante daño moral, por la indignación propia de quien se vio privado –injustamente– de disponer de su bien patrimonial. En efecto, el hecho que se le subaste a alguien un inmueble, para pagar la deuda de un tercero con quien no tiene vínculo, compromiso, obligación, contacto, etc., debe crear natural, obvia, inmerecida aflicción, lo cual es apreciable por regla de la Sana Crítica y le da carácter de certeza al daño, porque ha sido un despojo, que debió generar y ocasionar daño cierto como angustia, desasosiego, disgusto, etc.

Cabe señalar que el alquiler devengado por ese inmueble era destinado a cubrir necesidades básicas del accionante, pues él había dejado de trabajar y no contaba con jubilación. Ello surge de las pruebas testificales obrantes a fs. 510/1, rendidas por vecinos del actor, cuyos testimonios no fueron impugnados por la adversa.

Asimismo, deben considerarse las iniquidades, molestias, frustraciones, incertidumbres, que tuvo que pasar, por varios años, para anular el mentado Juicio que data del año 2002, circunstancias que deben ser resarcidas, según la Ley.

Por las motivaciones explicitadas, en principio, correspondía suma superior a la fijada en Segunda Instancia. Sin embargo, por el artículo 403 del Código Procesal Civil, corresponde confirmar el monto de Gs. 100.000.000.

En cuanto al aumento de intereses, solicitado por la accionante, no corresponde otorgar tal petición, por imperio a lo dispuesto en los Artículos 403 y 420 del Código de Rito.

En estas condiciones, cabe en Derecho confirmar el Fallo impugnado en lo que fue materia de Recursos. Las Costas deberán imponerse a la perdedora siguiendo la Teoría objetiva de la derrota, establecida en el Artículo 192 del Código Procesal Civil, porque tampoco existen razones válidas ni fundadas para aplicar el Artículo 193 del Código Procesal Civil.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmando S.S.E.E., todo por Ante mí que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA N°: 129.

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

RESUELVE:

DECLARAR MAL CONCEDIDOS los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por Rodantes S.A. contra el Acuerdo y Sentencia Número 16, del 9 de mayo de 2011, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, en cuanto hace a la distribución de porcentajes en la condena solidaria.

DECLARAR MAL CONCEDIDOS los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por la parte actora contra el apartado segundo del Acuerdo y Sentencia Número 92, del 14 de diciembre del 2010, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala.

TENER POR DESISTIDOS a los recurrentes del Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR las Sentencias apeladas en cuanto fue materia de Recurso.

IMPONER Costas de esta Instancia a Rodantes S.A. en cuanto al Recurso por ella interpuesto.

IMPONER Costas por su orden en todas las Instancias, en cuanto a la pretensión deducida contra Williams Florentín Barboza.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 224

Cuestión Debatida: *El sustento fáctico de la controversia es el siguiente: la parte demandada, VERO S.A., contrató al codemandado Ing. Luis A. Infanzón Salerno para la realización de determinadas obras de construcción en su inmueble. Dichas obras, al decir de la actora, SANU S.A., provocaron derrumbes, rajaduras, grietas y otros daños en su propiedad, lindera con la de VERO S.A. por lo que el afectado solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.*

DAÑO.

Nexo causal o relación causal es vínculo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, y nos permite establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Se demostro la existencia del daño reclamado por la actora, y la responsabilidad atribuida a las demandadas mediante las pruebas de reconocimiento judicial y fotografías, que comprobaron la existencia del daño y el nexo causal.

NULIDAD. Principios generales.

El principio de convalidación de nulidades establecido en el art. 111 del Cód. Proc. Civ., según el cual, cuando el acto procesal alcanza su fin, el mismo no puede ser anulado, aun cuando fuere irregular.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

En vista de los extremos alegados en la demanda así como los daños ocasionados y sufridos, entendemos que la responsabilidad civil es la obligación que afecta a una persona (física o jurídica) de reparar el daño ocasionado por otra, sea por ella misma, por el hecho de las cosas o por actos de las personas por las

que se pueda responder, por lo que en conclusión, no queda otra opción que revocar el Acuerdo y Sentencia.

SANA CRÍTICA V. PRUEBA.

A la luz del sistema previsto en nuestro ordenamiento procesal, el de la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juez debe examinar y valorar en la sentencia todas las pruebas producidas que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

C.S.J. Sala Civil y Comercial. 29/04/13. “SANU S.A. c/ VERO S.A. ASISTENCIA MÉDICA INTERNACIONAL Y EL ING. LUIS A. INFANZÓN SALERNO s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS”. (Acuerdo y Sentencia N° 224).

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, BAJAC ALBERTINI y BAREIRO DE MÓDICA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad, en los términos de su presentación de f. 421, reiterada a f. 432. En estas condiciones, al no existir vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de oficio en los términos de los arts. 405 y 113 del Cód. Proc. Civ., corresponde tenerlo por desistido del presente recurso.

ASU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI DIJO: De los términos del escrito de fundamentación de recursos, el recurrente a fs. 421, menciona expresamente que desiste del recurso de nulidad, en cuyo caso corresponde tenerlo en tal sentido. No obstante, y del estudio oficioso de la sentencia en revisión no se observan vicios o defectos de índole procesal que justifiquen sancionar su nulidad en los términos de los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA GLADYS BAREIRO DE MÓDICA DIJO: El Abog. Roberto Salomón Nunes (Mat. N° 3.481), representante

convencional de la firma recurrente SANU S.A., desistió expresamente del recurso de nulidad, y tampoco se advierten vicios en la sentencia ni en el procedimiento anterior que amerite su declaración de oficio, de conformidad con las previsiones de los Arts. 113 y 404 del CPC, correspondiendo por consiguiente, que se lo tenga por desistido. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: Por Sentencia Definitiva N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2006 el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital resolvió: “1) HACER LUGAR al incidente de impugnación de idoneidad de los testigos Gladys Carolina González Carballo y Ernesto Gómez Estigarríbia, deducido por la parte actora, por los fundamentos expuestos en el exordio de esta sentencia. 2) HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios deduce SANU S.A. contra VERO S.A. ASISTENCIA MÉDICA INTERNACIONAL y el Ing. LUIS INFANZÓN SALERNO y, en consecuencia, condenar a los demandados al pago de la suma de guaraníes diez y nueve millones cuarenta mil (G. 19.040.000), más el interés del dos por ciento (2%) mensual desde la notificación de la demanda, en el plazo de diez días de quedar firme esta sentencia. 3) ANOTAR... (sic., f. 350 vlto.)

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 4 de septiembre de 2008, resolvió: “1) TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad. 2) REVOCAR, con costas, la S.D. N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Sexto Turno. 3) ANOTAR... (sic., f. 409 vlto.).

En primer término, cabe aquí hacer una precisión sobre el trámite procesal seguido en esta instancia respecto de la sustanciación de los recursos. A f. 433 consta la providencia de fecha 4 de febrero de 2009, por la cual se dispuso correr traslado a la parte apelada del memorial de agravios, la cual fuera notificada, a iniciativa del Abog. Roberto Salomón Nunes (f. 434), el 18 de febrero de 2010. La primera contestación de traslado por parte de VERO S.A., a través de su representante convencional, Abog. Hugo Guillermo Ávila Martínez, conforme poder agregado a fs. 414/417 y reconocido por providencia de fecha 28 de mayo de 2009 (f. 413 vlto.), ocurrió el 12 de marzo de 2010 (fs. 436/437). Respecto de dicha contestación, tras el informe del Actuario de fecha 12 de abril de 2010 (f.

438), se dio por decaído el derecho del Abg. Ávila Martínez, esto es, de Vero S.A., a contestar el traslado corrídole, por A.I. N° 522 de fecha 26 de abril de 2010 (f. 439 y vlto.).

En el mismo interlocutorio se llamaron autos para sentencia, lo que fue revocado por A.I. N° 1329, de fecha 23 de septiembre de 2010 (f. 443 y vlto.), ante la presentación del codemandado, Luis A. Infanzón Salerno, representado por el Abg. Julio César Infanzón Salerno.

Ante dicha situación, en la cual el traslado debía ser notificado solamente al codemandado Infanzón Salerno, el representante convencional de la actora, Abg. Roberto Salomón Nunes, nuevamente se activa para la notificación a VERO S.A., conforme consta a f. 447, el 15 de febrero de 2011. De esta manera, VERO S.A., a través de la representación del Abg. Hugo Guillermo Ávila Martínez, volvió a contestar el traslado en los términos de su escrito de fs. 449/452. Esta segunda contestación fue tenida por válida por providencia de fecha 24 de marzo de 2011, sin que dicho proveído haya sido atacado ulteriormente, estando a la fecha firme y ejecutoriada.

Tenemos pues, en autos, un primer decaimiento de derecho pronunciado contra VERO S.A., y pese a ello una segunda contestación de traslado admitida por providencia firme posterior, respecto de la cual no se han articulado recursos y en consecuencia se halla firme y ejecutoriada; contestación de traslado que fue provocada por la propia parte apelante, al volver a notificar a VERO S.A. la providencia que dispone el traslado del memorial de agravios.

Ante esta situación, hartamente peculiar, no cabe sino aplicar el principio de convalidación de nulidades establecido en el art. 111 del Cód. Proc. Civ., según el cual, cuando el acto procesal alcanza su fin, el mismo no puede ser anulado, aun cuando fuere irregular. En este caso, no solo el acto ha alcanzado su fin, es decir, se produjo la contestación del traslado, sino que la propia parte perjudicada por dicha situación, esto es, el apelante, contribuyó activamente al vicio, en los términos del art. 112 del Cód. Proc. Civ. En estas condiciones, y recordando el principio según el cual las partes pueden renunciar a trámites o diligencias particulares, establecidas en su interés exclusivo (art. 104 Cód. Proc. Civ.), la conducta procesal de ambas partes conduce irremediabilmente a tener por convalidada la nulidad y en consecuencia por eficaz la segunda contestación de traslado por parte de VERO S.A. (fs. 449/453). A esta precisión procesal habremos de atenernos a la hora de considerar las argumentaciones de las partes en esta instancia.

Precisado este aspecto, podemos pasar a la reseña de los agravios expresados por la actora, en los términos de su escrito de fs. 421/432. Resume las constancias y el contenido del litigio, sosteniendo que los demandados, al realizar obras en el inmueble lindero, destruyeron parte del suyo. Reconoce que los demandados procedieron a arreglar parcialmente dichos destrozos, pero se negaron a finalizar la reparación, al tiempo de rememorar que la codemandada VERO S.A. no participó del proceso ni produjo pruebas. Sostiene que el nexo causal entre la construcción de la adversa y el derrumbe de la propia fue reconocido y admitido en estos autos por todas las partes, por lo que dicha circunstancia no fue tan siquiera objeto de discusión. Considera que aquí se discute solamente si la reparación fue total o parcial, pero no que los daños fueron consecuencia de la construcción hecha por el lindero demandado; con lo que, a su entender, se habría violado el principio de congruencia procesal y de pertinencia de la prueba. Por otro lado, arguye que la prueba pericial, en estos autos, dejó de ser sustancial puesto que las cuestiones que la pericia podría haber aportado fueron ya admitidas y reconocidas por las partes. Considera que la existencia de daños y perjuicios se ha demostrado por varios medios, como el reconocimiento judicial, las fotografías agregadas a los autos, en las que se aprecian claramente los daños, además de los testigos que depusieron en tal sentido. Recuerda la situación de la muralla lindera de SANU S.A., inclinada hacia su propiedad, la falta de revoque y ladrillejos y los desperfectos en el balcón del actor, aspectos estos atribuidos a la construcción del demandado. Se agravia además de que se consideró con especial atención la testifical rendida por dos empleados de la demandada, lo que a su entender quita seriedad a sus alegaciones. Por estos motivos solicita la revocación de la sentencia recurrida.

VERO S.A., en los términos de la segunda contestación de traslado, de fs. 449/453, considera que efectivamente no quedó acreditado el nexo causal entre el daño y la conducta de los demandados, la que incumbía a la actora a través de la prueba pericial, coincidiendo así con el criterio del inferior. Añade que dicha omisión no puede ser ya subsanada, al no haberse producido tal prueba en el estadio procesal oportuno. Niega que el codemandado Infanzón Salerno haya reconocido en algún momento los supuestos daños causados al inmueble de la actora. Reitera la omisión de producción de la prueba pericial, y asevera que el Tribunal de Alzada valoró acabadamente las pruebas ofrecidas por las partes, agregando que el apelante pretende dar a la contestación de la demanda un

alcance irreal. En estos términos solicita la confirmación de la sentencia en recurso.

Por su parte, el codemandado Luis A. Infanzón S., bajo la representación del Abg. Julio César Infanzón Salerno, contesta dichos agravios en su escrito de fs. 457/472. Considera que la sentencia apelada debe ser confirmada en todas sus partes, atendiendo a que la misma se ajustó a las constancias de autos y a las probanzas rendidas. Adhiere a la fundamentación del Tribunal relativa a la impugnación de idoneidad de los testigos, dado que las declaraciones de los mismos deben ser sometidas a las reglas de la sana crítica. Agrega que dichos testigos ya no se hallaban en relación de dependencia profesional con el Ing. Infanzón Salerno al tiempo de la declaración. Indica que el hecho de haber trabajado en la construcción de la que se discute en estos autos le confiere toda la autoridad para deponer sobre los hechos objeto de la litis. Coincide con la apreciación del Tribunal de Alzada respecto de la fuerza probatoria de las pruebas rendidas, y niega que el juzgador se haya extralimitado en los agravios expresados. Agrega que debió realizarse una prueba técnica de ingeniería para establecer el nexo causal; y niega haber reconocido la existencia de daños, y que los pocos que fueron consecuencia de la construcción fueron completamente reparados. En estos términos solicita la confirmación de la sentencia en recurso.

Una vez dilucidada la cuestión relativa al trámite procesal en esta instancia, en los términos que anteceden, se advierte que es materia de agravios el fondo de la cuestión, esto es, la procedencia de la demanda; así como la idoneidad de los testigos tachados por el actor, específicamente, Gladys Carolina González Carballo y Ernesto Gómez Estigarribia.

Por razones de orden procesal, nos referiremos a la segunda de las cuestiones planteadas. Las tachas se fundan en la situación de dependencia de los testigos respecto del codemandado Luis Alberto Infanzon, lo cual fue reiterado como agravio también en esta instancia (fs. 430/431). A este respecto, el enfoque realizado por el fallo recurrido se ajusta a derecho y debe ser, sin dudas, compartido. Los únicos testigos excluidos por disposición legal son los consanguíneos o afines en línea recta de las partes, o el cónyuge, a tenor del art. 315 del Cód. Proc. Civ. Los restantes testigos, aun cuando se hallaren comprendidos en las generales de la ley a norma del art. 328 del Cód. Proc. Civ., no quedan excluidos en cuanto a la admisibilidad de su testimonio precisamente en mérito a lo dispuesto por el art. 315 del Cód. Proc. Civ., recientemente mencionado, que no com-

prende a las personas en situación de dependencia entre los testigos que no pueden deponer válidamente en juicio.

La situación de vinculación laboral, que es la que se produce en autos, surge de las declaraciones de fs. 176/179, y se manifiesta libre y espontáneamente por lo preguntado ante ampliaciones del actor, sin que hayan intentado ocultar dicha circunstancia. En estas condiciones, estos testigos no pueden ser válidamente excluidos en cuanto a la admisibilidad de su deposición, y la fuerza probatoria de la misma –que es una cuestión distinta a la tacha, en la cual se estudia si la prueba es admisible o no– debe tener en cuenta la circunstancia de dependencia laboral como circunstancia que pueda corroborar, disminuir o invalidar la fuerza de su declaración, a tenor del art. 342 del Cód. Proc. Civ. Esto quiere decir que los testigos, no hallándose comprendidos en causal de exclusión a norma del art. 315 del Cód. Proc. Civ., pueden deponer válidamente, y esto basta para rechazar el incidente de tacha, con lo que debe confirmarse la decisión del inferior a tal respecto. Otra cuestión, reiteramos, es la que se relaciona con la fuerza probatoria, o con la credibilidad de sus dichos, que puede verse aumentada o menoscabada, según las constancias de autos y de acuerdo a la sana crítica (art. 342 del Cód. Proc. Civ.), por la circunstancia de ser dependientes. Este último aspecto, empero, no guarda relación con la exclusión de los testigos, sino con el examen del mérito de la causa, al cual nos abocaremos seguidamente.

El sustento fáctico de la controversia es bastante sencillo y no puede dejar lugar a dudas: la parte demandada, VERO S.A., contrató al codemandado Ing. Luis A. Infanzón Salerno para la realización de determinadas obras de construcción en su inmueble. Dichas obras, al decir de la actora, SANU S.A., provocaron derrumbes, rajaduras, grietas y otros daños en su propiedad, lindera con la de VERO S.A. En otras palabras, los inmuebles de SANU S.A. y de VERO S.A. son lindantes, y las obras de construcción realizadas en el inmueble de la demandada provocaron daños al inmueble del actor. Estos son los términos sustanciales de la postulación del actor, y los hechos en los que la presente demanda se funda.

Determinados así los hechos, los mismos deben ser encuadrados adecuadamente dentro del marco jurídico vigente, conforme con lo dispuesto por el art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ. A este respecto, debemos puntualizar que ninguna de las partes, ni de los juzgadores inferiores, ha enfocado el caso desde la pers-

pectiva de las relaciones de vecindad inherentes al dominio, marco técnico en el cual este tipo de litigios encuentra su clasificación natural. A mayor abundamiento, esta litis debe resolverse en el marco de la disposición contenida en el art. 1960 del Cód. Civ., que dispone: “*No podrá excavarse una finca de modo que pierda su apoyo necesario el suelo del predio vecino, a no ser que se afirme suficientemente de otro modo el predio amenazado. El autor de la excavación peligrosa, responderá de los daños causados al fundo vecino*”.

Se imponen, antes de proseguir, algunas consideraciones sobre esta norma, por cuanto es la que provee el marco jurídico a cuya sujeción el presente caso ha de resolverse. La norma arriba citada encuentra su antecedente en el art. 2615 del Código de Vélez, artículo con una redacción un tanto distinta respecto de la norma nacional, ya que en dicha norma se refería directamente a la prohibición del propietario del fundo de realizar excavaciones, mientras que la norma nacional refiere a la responsabilidad del autor de la excavación. Esta modificación extiende la responsabilidad no solo al propietario, sino a quien resulte efectivamente responsable de la excavación, por haberla encargado, es decir, el poseedor, o bien el locatario, o el titular de una servidumbre, etc. (Villarejo, José Santiago. *De los derechos reales en el Código Civil*. Asunción, La Ley, 1989, 1^a ed., p. 86); lo cual coincide, por lo demás, con el concepto contenido en el art. 1911 del Cód. Civ. Por otro lado, nuestra disposición permite la realización de las excavaciones con la obligación de afirmar el predio vecino, lo que configura aún mejor el supuesto legal, que presupone, para la procedencia de la indemnización, el daño efectivo por la falta de precaución del afirmado.

Es obvio que, tal y como surge de la letra del art. 1960 del Cód. Civ., “es preciso que los desmoronamientos sean la consecuencia de las obras ejecutadas; si, por el contrario, se tratara de desmoronamientos producidos por la inclinación natural de los terrenos, el artículo que estudiamos no sería ya aplicable, ni el dueño del terreno superior estaría obligado a la ejecución de obras o trabajos destinados a impedir tales desmoronamientos” (Salvat, Raymundo M. “Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales”. Buenos Aires, Peuser, 1944, 2^a ed., tomo I, p. 569). En otras palabras, los derrumbes o deterioros en el predio vecino deben ser consecuencia de la construcción.

De este modo, la norma nacional establece claramente los presupuestos de la indemnización, y al mismo tiempo delimita la contrariedad a la ley de la excavación de la finca, con lo que, naturalmente, el ejecutor material de la obra,

es decir, el director de la misma, también incurre en responsabilidad por ilícito, a tenor del art. 1834 del Cód. Civ. En estos términos se configura la cuestión debatida, en la cual el propietario, VERO S.A., responde por ser el autor de la obra, quien la encargó a tenor del art. 1960 del Cód. Civ. (ver nota de f. 29), y el constructor responde por ser el responsable de su ejecución material en contravención a la prohibición del art. 1960 del Cód. Civ. (ver nota de f. 22).

Dentro de este marco jurídico se desarrolla la actividad probatoria. Y aquí debemos ser bien claros en que el codemandado, Ing. Infanzón S., propuso a lo largo de todo el juicio como materia de debate un hecho impeditivo, que no se relaciona propiamente con el nexa causal, por cuanto en efecto no hay dudas de que los daños alegados por el demandante son consecuencia de la construcción. Lo que se alegó a lo largo de todo el juicio, y aquí se debe ser completamente claro, es el estado del inmueble con anterioridad a la reparación. Es decir, lo que controvierte el demandado es el estado del inmueble con anterioridad a la construcción, que es la medida en la cual se debe producir la reparación, conforme con lo dispuesto claramente por el art. 1857 del Cód. Civ., en el cual se refiere inequívocamente al restablecimiento al estado de cosas que habría existido de no haber ocurrido la circunstancia que le obligue a indemnizar. Recordemos que por postulación del propio actor, reconocida por el demandado (fs. 79/80), se produjo una reparación inicial por parte del Ing. Infanzón Salerno (f. 33 vlto.), con lo que se ha verificado, en la intención del demandado, la reparación en especie.

La controversia, pues, fue entablada, desde el primer momento, sobre un supuesto de pura apreciación fáctica, esto es, sobre cuál era el estado del inmueble del actor antes de la construcción, y por consiguiente la extensión que las reparaciones realizadas debían tener. En efecto, resulta obvio, y no puede el actor pretender obtenerla sin pago de su precio, que una reparación que deje el inmueble en un estado mejor que aquel en el que se encontraba con anterioridad implicaría un claro enriquecimiento sin causa, pues la obligación de reparar lo es respecto del estado anterior de la cosa; no mediando deber de realizar mejoras ulteriores sin existencia de contratación expresa.

Esta circunstancia fue abundantemente propuesta por el accionado, Ing. Infanzón Salerno. El mismo, por ejemplo, tras relatar que prefirió proceder a la demolición completa y reparación integral de los daños provocados por el derrumbe; cuenta que las reparaciones posteriores se trataban de arreglos hechos

de común acuerdo por “*filtraciones de agua que no se debían a las excavaciones realizadas por mi representado en el inmueble lindante de Vero S.A., y la humedad por aquellas producidas desde tiempo atrás, mucho antes de la iniciación de esa construcción*” (fs. 81/82, escrito de contestación de la demanda). Posteriormente, refiere que la muralla del inmueble de SANU S.A., antes de su reparación, no contaba con los cimientos requeridos por las normas de construcción (f. 84), agregando que las excavaciones del lado del inmueble de la actora fueron de mucha menos profundidad que las hechas del lado del otro inmueble adyacente (f. 85). Reitera dichos conceptos a fs. 87/88, donde niega que el estado de conservación del inmueble de Sanu S.A. sea impecable, hablando de grietas, humedad, filtraciones, etc.

No puede, pues negarse, y en este sentido no debe atenderse a las alegaciones del apelante, que el estado del inmueble anterior a la excavación, y por consiguiente la medida de la indemnización debida y de la situación a la cual remitirse para determinar la medida de las labores de restablecimiento ha sido convenientemente propuesta y alegada a lo largo de todo el juicio; y por consiguiente es este el aspecto probatorio esencial que debe ser delimitado.

En este marco se inscribe la percepción del Tribunal de Alzada, relativa a la necesidad de la prueba pericial; cuestión esta que, desde luego, es avalada por la doctrina específica relativa a las excavaciones en las relaciones de vecindad. La nota del propio Vélez Sársfield al art. 2615 de su Código, ya mencionado, insiste sobre el punto, indicando que el auxilio de los peritos es esencial para resolver este tipo de situaciones. A mayor abundamiento, las medidas necesarias para impedir desmoronamientos de tierra resultan ser cuestiones de hecho, así como la apreciación fáctica de dichas medidas, las cuales quedan libradas a la apreciación y resolución de los jueces en cada caso particular (Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Buenos Aires, Peuser, 1944, 2ª ed., tomo I, p. 569).

Es así, pues, que las probanzas rendidas en autos deben examinarse a fin de determinar si se halla probado el estado anterior del inmueble, y si las reparaciones efectivamente realizadas han sido suficientes para restablecer dicho estado anterior. Naturalmente, la prueba pericial es indispensable en casos como estos; por lo que ante la expresa negativa y oposición en tal sentido por parte del demandado, es al actor a quien incumbe la carga de la prueba de la medida de la indemnización pretendida, que no es otra cosa sino la demostra-

ción del daño efectivamente sufrido, y como tal elemento constitutivo de la pretensión, conforme con el claro principio del art. 249 del Cód. Proc. Civ.

Pero, superando incluso este aspecto, las pruebas rendidas en autos son suficientes para demostrar el aserto del demandado, con lo que cae por completo la pretensión reparatoria respecto de ambos accionados. En efecto, en primer término las fotografías de fs. 68/76 son elocuentes en el sentido de indicar un mal estado generalizado de la construcción, ciertamente no atribuible como causa eficiente a un derrumbe. Las manchas y el deterioro de f. 70, en efecto, surgen como a simple vista no debidos únicamente a un mero derrumbe ocasionado por la construcción del lindero, ya que se extienden a otras zonas del inmueble.

Las mismas tomas fotográficas demuestran otro aspecto suficientemente indicativo: esto es, en primer término, el lindero opuesto a SANU S.A. no presenta derrumbes ni falta de apuntalamiento (f. 71). Pero por sobre todo, lo que salta a simple vista es que las tomas de f. 223 indican claramente que el mal estado de los ladrillos vistos del frente del edificio, la rotura de los pilares, las manchas de humedad, no afectan solamente a la zona lindera con el inmueble del demandado, sino que se extienden en la totalidad de la fachada del inmueble de SANU S.A., lo que genera una aguda *presumptio hominis*, generada de acuerdo con las reglas de la sana crítica conforme con el art. 269 del Cód. Proc. Civ., de que el mal estado de la construcción era, en realidad, generalizado. La toma de f. 227 es especialmente ilustrativa, ya que allí se advierte con claridad la diferencia entre el estado anterior, con manchas de humedad y resquebrajamiento de pintura que no evidencian ser consecuencia de derrumbe –por hallarse el muro sin grietas ni desajustes de gravedad- sino simplemente de la antigüedad de la construcción, que conforme con la instrumental de f. 236 resulta ser del año 1982, es decir, de alrededor de veinte años de antigüedad computados a la fecha de la demanda.

La detenida apreciación de los demás elementos de juicio lleva a la misma impresión. El juzgado, en inspección personal, ha constatado efectivamente que al fondo de la construcción han sido colocadas tres columnas al medio de la pared a fin de sostener la muralla, es decir, se ha apuntalado dicha muralla (f. 136 y vlto.). Por lo demás, en la misma constatación se aprecia que el piso no tiene mayores deterioros del lado lindero que aquí interesa, lo que no es muy compatible con daños causados por un derrumbe, o humedad causada por la

construcción, que en teoría debería extenderse también al piso; y tampoco se ven daños en el techo del primer piso (f. 137). Por otro lado, a f. 137 vlto. se acredita que las fotografías arrimadas por la demandada, y ya merituadas, corresponden efectivamente a la ubicación física del lugar en litigio. Por sobre todas las cosas, a f. 137 vlto. se estableció inequívocamente que el lindero del lado opuesto a SANU S.A. no presenta deterioros ni rajaduras.

En esta situación, en la cual, repetimos, no se discute la presencia de daños sino la situación anterior del inmueble y la extensión de las labores de reparación realizadas; resulta bastante verosímil –por lo expuesto hasta aquí y sobre todo por la correspondencia de las tomas fotográficas con la apreciación del Juzgador, que permite formar la convicción necesaria para juzgar– que efectivamente el estado de la construcción antes de la obra en el lindero no era bueno o cuanto menos no se hallaba en las condiciones de perfección postuladas por el actor. Hasta la propia fotografía de f. 2 resulta emblemática, puesto que se ve claramente el estado de la muralla derrumbada, con pintura deteriorada del lado de SANU S.A. y con un apuntalamiento que denuncia, además, por la forma de los escombros, que hubo desprendimientos de partes enteras de muro, poco compatibles con la tesis de la previa existencia de fundamentos estructuralmente sólidos.

Con esta nueva perspectiva, se aprecia nítidamente y se reconfirma la impresión de las fotografías, donde, por ejemplo, se aprecia a f. 74 que las columnas ornamentales del predio de la actora se encuentran en mal estado en toda su extensión, con manchas de humedad negras mucho más extendidas en la zona más alejada de la finca de VERO S.A., y se corrobora además el estado de la construcción interna (f. 75), donde los deterioros de la humedad y el estado de la construcción son en verdad palmarios y no dejan lugar a muchas dudas, con lo que se confirma ulteriormente que el estado de las paredes que se aprecia, por ejemplo, a f. 76, no es consecuencia de la obra del lindero sino del mal estado de mantenimiento de la construcción en general. De este modo, no resulta contradictoria la apreciación del informe del Inspector Municipal, glosado a f. 240, en la cual se habla de desprendimientos. Nada se dice, y desde luego no era posible hacerlo, vista la función de la inspección de referencia, sobre la razón de dichos desprendimientos y sobre el estado del inmueble de SANU S.A.

De esta manera, vistos los elementos de apreciación que la causa ofrece y la interpretación de las pruebas, de modo razonable y ponderado, en un sentido

unívoco, respecto de la situación de deterioro del inmueble de SANU S.A., resulta completamente creíble la testifical de los Sres. Gladys Carolina González Carballo y Ernesto Gómez Estigarribia, quienes deponen en un sentido completamente conteste con la valoración de las probanzas hasta aquí hechas, por lo que la meritución de sus dichos ha de tener especial fuerza a tenor del art. 342 del Cód. Proc. Civ., dado que las constancias hasta aquí apreciadas corroboran especialmente la fuerza de sus declaraciones, por haber prestado servicios directamente en la labor de construcción del lindero y tener conocimiento directo de lo sucedido, además de que el sentido de sus dichos coincide plenamente con las pruebas objetivas hasta aquí verificadas.

La primera de las mencionadas testificales indica que el apuntalamiento y refacción fueron realizados por el codemandado Infanzón Salerno, y que el estado del lindero SANU S.A. era de deterioro, causado por la humedad, manchas, revoque y pintura caídos (f. 176 vlt.). La apreciación de este testigo, además de tener conocimiento directo de la situación, es particularmente relevante por ser estudiante de la Facultad de Arquitectura.

Por otro lado, el Sr. Ernesto Gómez, en su testifical de fs. 178/179 –que figura, en la planilla de f. 53, como efectivo integrante del plantel de la realización de la obra–, de profesión ingeniero civil, quien trabajó directamente en el lugar de los hechos. Dicho testigo, con conocimientos técnicos respecto de la construcción, declara que el inmueble lindero no tenía cimiento (f. 178), y la propia demandada cimentó el inmueble de SANU S.A. para que no puedan ocurrir desperfectos peores –lo que coincide plenamente con la evidencia fotográfica que se analizó líneas arriba–, lo que se confirma ulteriormente a f. 179, donde el testigo indica que se tuvieron que hacer submuraciones para tener que soportar las paredes lindantes durante la excavación. Confirma el estado de deterioro del inmueble de la actora (f. 178 vlt.), y reconoce las planillas por él firmadas, entre las que se encuentra la merituada a f. 53.

De este modo, admisible dicha testifical por el rechazo del incidente de exclusión, la misma resulta de especial importancia por cuanto viene a corroborar absolutamente todos los elementos adquiridos en fase probatoria, y coincidir con la apreciación visual hecha a través de las fotografías y asentada por la inspección judicial. La tesis defensiva del codemandado Infanzón Salerno, en suma, puede considerarse acabadamente demostrada, y en consecuencia, vistos los propios dichos del testigo Gómez Estigarribia, plenamente respetado lo

preceptuado por el art. 1960 del Cód. Civ., en cuanto al afianzamiento y apuntalamiento del inmueble lindero, conforme lo apreciáramos en la testifical recientemente mencionada.

En consecuencia, se aprecia que el inmueble fue puesto, si no en mejores condiciones, cuanto menos reparado más allá de lo preceptuado por la disposición recientemente citada, en cuanto no solo se apuntaló sino que efectivamente se realizaron reparaciones y mejoras conforme lo reconocen ambas partes en juicio. En consecuencia, la demanda de indemnización intentada no es sino una pretensión relativa a que el inmueble sea dejado en un estado sustancialmente mejor respecto del anterior a la construcción hecha en el inmueble de VERO S.A. Por estos motivos, no habiendo mérito para la procedencia de la demanda, no hay razón para estimarla favorablemente, con lo que se aprecia la corrección de lo decidido por la sentencia apelada también a este respecto; con lo que la misma, atentos a los fundamentos señalados, debe ser confirmada en todas sus partes. Así voto, con imposición de costas al apelante en los términos de los arts. 203 inc. a) y 205 del Cód. Proc. Civ.

ASU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI DIJO: Que por S.D. N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2006 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 6° Turno, resolvió: “HACER LUGAR al incidente de impugnación de idoneidad de los testigos Gladis Carolina González Carballo y Ernesto Gómez Estigarribia, deducido por la parte actora, por los fundamentos expuestos en el exordio de esta sentencia. HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios deduce SANU S.A. contra VERO S.A. ASISTENCIA MÉDICA INTERNACIONAL y el Ing. LUIS INFANZÓN SALERNO, y, en consecuencia, condenar a los demandados al pago de la suma de guaraníes diez y nueve millones cuarenta mil (Gs. 19.040.000), más el interés del dos por ciento (2%) mensual desde la notificación de la demanda, en el plazo de diez días de quedar firme esta sentencia. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 4 de septiembre de 2008, a fs. 406/9 y vlto. resolvió: “TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad. 2) REVOCAR, con costas, la S.D. N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Sexto Turno”.

Recurrido este Acuerdo y Sentencia, el apelante expresa en fundamentación de sus agravios: “Que la codemandada Vero S.A., no participó del proceso, ni recurrió la sentencia de primera instancia. Señala que agravia a su parte el Acuerdo y Sentencia mencionado, por cuanto revoca la sentencia de primera instancia fundada en premisas falsas que no se ajustan a derecho, la primera de ellas, cuando equivocadamente refiere no haberse probado el nexo causal, por lo cual se deduciría que el daño podía obedecer a una circunstancia ajena a la conducta de los demandados, y la segunda de ellas cuando el Tribunal expresa que “la prueba testifical, al no poder suplir a la pericial, ha privado a la actora de la sustentación básica por la procedencia de la demanda”. Menciona que si bien se basan en principios del derecho procesal, no se adecuan ni aplican al caso de autos habiéndose el Tribunal desentendido de la forma en que quedó trabada la litis, y además desmeritando sin mayores motivaciones numerosas pruebas producidas en autos.

En cuanto al primer fundamento de la sentencia recurrida, señala el recurrente que no es cierto que no se ha probado el nexo causal, cuando el mismo ha sido admitido y reconocido expresamente por el Ing. Infanzon y tácitamente por la codemandada VERO S.A., y al haber sido admitido por los accionados, en el ámbito del derecho procesal civil, como es sabido, lo admitido y reconocido por las partes no necesita más pruebas ni demostración. Señala que el Tribunal de Apelaciones, más allá de la forma en que quedó trabada la litis pretende establecer que no fue probado el nexo causal, cuando ni siquiera, esto fue objeto de discusión, notándose que en la contestación de la demanda, el Ing. Infanzon reconoce que los daños en el lindero de su mandante se produce al momento que estaban construyendo sobre el lindero, e incluso en su extenso escrito explica extensamente que por haber causado los daños los reparó por su cuenta, no quedando duda que los daños se produjeron por la construcción que realizaba VERO S.A., en el lindero de la propiedad de SANU S.A., quedando como tema de discusión, el hecho de que las reparaciones no abarcaron todos los daños producidos. Menciona además, citando al Prof. Alvarado Velloso y Hernán Casco Pagano, que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio, debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes, lo que no ocurrió según señala en el Acuerdo y Sentencia del Tribunal de Apelaciones recurrido.

En cuanto al segundo fundamento del Acuerdo y Sentencia, agravia a su parte según expresa, por cuanto que a contrario de lo afirmado por el Tribunal,

en autos no se discute que la construcción era de VERO S.A., y a cargo del Ing Infanzón, tampoco se discute que era Director de Obras, porque el mismo lo admitió, tampoco se discute siquiera que una parte del derrumbe fue reparado por el Ing. Infanzón. Lo que se discute es que algunos desperfectos quedaron sin ser reparados, y para la demandada fueron todos refaccionados, y el equívoco en el cual el Tribunal incurrió, y por ello llegó a la falsa premisa de que la falta de la prueba pericial no puede ser suplica por otros medios de prueba, sin embargo en autos la prueba pericial dejó de ser sustancial ni mucho menos, al haber las partes establecido un marco en el que las cuestiones que hubieren sido preponderantes en una prueba pericial, ya fueron reconocidas y admitidas por las partes, por lo que la importancia que pretende endilgarle el Tribunal resulta una total arbitrariedad y un equívoco que perjudica gravemente a su parte, cuando menciona que no se pudieron demostrar los daños y perjuicios sufridos en la propiedad de su mandante, SANU S.A., cuando esos daños sí existen y fueron demostrados por distintos medios de prueba, como el reconocimiento judicial del Juzgado de Primera Instancia, en donde se labró acta detalladamente con fotografías, que señalan los deterioros causados como pisos hundidos, desniveles, falta de terminación de las paredes y pisos, muralla lindera totalmente inclinada y atajada con columnas de cemento que no son parte natural de esa muralla y otros, actuación esta, reconocida por las partes. Señala que, con varias testificales producidas, los testigos declararon y detallaron esos perjuicios que se observan a simple vista, sin embargo no tenidos por válidos para el Tribunal, a pesar de no haber sido impugnadas, por lo que agravia a su parte, según indica, que para el Tribunal de Apelaciones no existen hechos, que incluso fueron reconocidos por la parte demandada de manera expresa, cuando esta última alegara que la responsabilidad por esos daños correspondería a la codemandada VERO S.A. y no al Ing. Infanzón. Todas estas situaciones, relata, tenidas en cuenta por el Aquo en la sentencia dictada, ni siquiera fueron consideradas por el Tribunal al dictar el Acuerdo y Sentencia recurrido que amerita la revocatoria de la sentencia recurrida, y la confirmación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, con costas.

Que corrido traslado a los demandados, el representante de VERO S.A. expresa: “Que el apelante fundamenta su escrito de expresión de agravios refiriéndose a los supuestos daños producidos a la propiedad del actor de la presente demanda, tratando de esta forma de confundir la apreciación de los hechos

acaecidos, ya que el mencionado fallo señala que con la prueba de reconocimiento judicial se constata deterioros en el inmueble en cuestión, y no así el nexo causal, relación que sólo puede ser corroborada mediante la prueba pericial, cuya carga incumbía a la actora, prueba esencial para dilucidar la cuestión, que escapa al conocimiento general del juzgador. Manifiesta que al no probarse el nexo causal, se deduce que el daño obedeció a una circunstancia ajena a la conducta de los demandados, quedando así exentos de responsabilidad, no pudiendo aplicarse condena en dicho concepto, por lo cual se encuentra fundado en derecho ya que no por el hecho de que una propiedad de una persona se le haya dañado, éste tendría la facultad de exigir al dueño de la propiedad colindante, un resarcimiento económico por el mismo, sin probarse fehacientemente la responsabilidad del vecino, por lo que al producirse este hecho, esto constituiría un enriquecimiento sin justa causa del dueño del inmueble dañado. Menciona que el nexo causal debe probarse y la forma de su prueba por tratarse de cuestiones que requieren conocimientos especiales sólo pueden realizarse a través del perito, y en el presente juicio la parte actora no ha impulsado la mencionada prueba por lo que no fue probado el nexo causal. Relata en otra parte de su escrito que el Tribunal de Apelaciones realizó el análisis de las pruebas ofrecidas por las partes considerando como la más eficiente para la demostración de los extremos alegados, el reconocimiento judicial, desde el acta notarial de constatación del inmueble, verificación por parte de la Municipalidad, fueron practicadas en fecha anterior al suceso y mientras el Ing. Infanzón realizaba reparaciones en el mencionado inmueble, situación que les resta eficacia para determinar la situación real del inmueble posterior a dichas reparaciones, y termina su escrito solicitando sea confirmado el Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 04 de setiembre de 2008, con costas.

Que presentándose a contestar el traslado, el codemandado Ing. Luis Infanzón, a través de su abogado, señala: “Que el Tribunal practicó una correcta y fidedigna lectura de las cuestiones que le fueron sometidas por su parte por la vía de la apelación deducida contra la sentencia de primera instancia, ciñéndose estrictamente a las materias propuestas en su escrito de fundamentación de agravios, para dictar luego las decisiones contenidas en el resuelve de la resolución ahora en revisión, sujetándose en su decisión a las pruebas de autos con arreglo a las reglas de la sana crítica, asignándole así valor pleno a aquellas pruebas que así lo merecían y descartando a las que no producían esa convic-

ción, así como esbozando su juicio sobre la prueba pericial, cuya producción fue considerada imprescindible para la demostración del tema sometido al debate, resultando un fallo ajustado a derecho.

Menciona que resolviendo el Tribunal en primer lugar sobre el incidente de idoneidad de testigos, que fuera resuelto por el Aquo por su precedencia, lo revoca sustentándose en la correcta aplicación de las normas legales que rigen la materia en su alcance y espíritu, y en la doctrina y jurisprudencia imperantes.

Refiere además en cuanto a la desestimación de la demanda, en su dilatado y redundado escrito, que el fallo hoy en alzada se encuentra resuelto con arreglo a derecho, sujetándose a cuestiones que correspondían dilucidar para el efecto, como la determinación de la existencia del daño y su nexa causal, en primer lugar, y luego la responsabilidad del agente y el quantum del mismo, ajustando al principio del *tantum appellatum quantum devolutum*, estando errada la adversa cuando asevera que el Tribunal de Segunda Instancia no interpretó el *thema decidendum* que le fue propuesto a través de su apelación y sobre la cuestión debatida en juicio, y termina su escrito entre otras alocuciones, solicitando sea confirmado el acuerdo y sentencia apelado, con costas, y por providencia de fs. 474 se llamó autos para sentencia, resolución esta a la fecha firme y ejecutoriada.

Que entrando al estudio de la cuestión planteada en esta instancia se observa que el Tribunal de Apelación revocó la sentencia de primera instancia fundado en la no realización de la prueba pericial por parte de la actora, utilizando ese fundamento como base para el rechazo total de la demanda, a pesar de la posición del Juzgado de Primera Instancia.

Conforme al Principio Procesal “*tantum appellatum quantum devolutum*” que rige en materias recursivas, y adoptado por nuestro derecho positivo de forma de la materia, en su art. 420, el análisis a realizarse en esta instancia, debe centrarse, en la decisión adoptada en el acuerdo y sentencia hoy recurrido, por el cual revoca la sentencia de primera instancia, dentro del marco que como agravante a su parte lo considera el recurrente, conforme al escrito presentado.

En el contexto, y de los argumentos trazados por el suplicante, vemos que la cuestión se centra principalmente sobre la interpretación que le cupo al Adquem en el estudio y decisión sobre la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios impetrada por el

accionante a través del presente juicio, y más acabadamente, centrando su reclamo sobre la parte del daño del inmueble de propiedad de su mandante, que alega y responsabiliza al demandado, de quien señala que habiéndolo reparado en una parte, no lo hubo terminado en su totalidad.

Se observa entonces que el Tribunal de Apelaciones sustenta la revocatoria declarada, cardinalmente en la omisión de la producción de la prueba pericial por parte de la accionante, otorgándole una valoración superior con relación a los demás medios de pruebas producidos por las partes en estos autos.

Agravia al recurrente dicho razonamiento por cuanto según se manifestó con ello se dejó de lado todas las demás pruebas aportadas por su parte a lo largo de la tramitación del proceso iniciado por el mismo, dejando de lado las evidencias que resultaron de las mismas, y con las cuales quedaron demostrados los daños producidos por la parte demandada en la construcción de su inmueble y sufridos en el inmueble de su mandante.

Al respecto expresa el Art. 269 del CPC bajo el título “Apreciación de la prueba” que: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. Deberán examinar y valorar en la sentencia “todas las pruebas producidas”, que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa. No están obligados a hacerlo respecto de aquellas que no lo fueren”.

En efecto, la Sentencia de Primera Instancia que hizo lugar a esta demanda, se analizó y valoró otros medios de pruebas específicos y concretos, de los cuales surgieron la comprobación de numerosos hechos. Se citan al respecto el reconocimiento judicial, fotografías aportadas en diferentes etapas por ambas partes, testificales e instrumentales varias.

Al respecto se puede observar que el Tribunal de Apelaciones polarizó su posición estrictamente en lo que pudo haber sido la prueba pericial, restándole toda importancia a los demás medios probatorios, que no son tenidos en cuenta en la sentencia de segunda instancia.

No resulta equitativo rechazar una demanda por una prueba no realizada, no precisamente indispensable, cuando se han demostrado los hechos por otros medios de pruebas, sin olvidarnos de los hechos admitidos y reconocidos por las partes. Tal vez, para el caso en que la prueba pericial sea la única en un juicio o una de pocas pruebas aportadas, pueda justificarse que su no realización genere el rechazo de la demanda, pero ese no es el caso de autos.

En cuanto a la conformación del tema probatorio, señala el tratadista, Couture, Eduardo. “Solamente los hechos controvertidos y de demostración necesaria son objeto de prueba. Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y por lo tanto están –en principio y en homenaje a la economía procesal– fuera del tema probatorio”. (“Fundamento del Derecho Procesal Civil”, 3ª Edición. Editorial Depalma, pág. 223).

Así mismo podemos citar a Colombo, Carlos, quien enseña: “Hecho notorio es el que se reputa conocido por las partes. El campo del hecho notorio puede variar, según fuere, vg., el grado de cultura de los justiciables y la índole de su quehacer específico. Hecho evidente, en cambio, es aquel que el juez tiene por existente a raíz de un juicio racional fundado en las denominadas “máximas de experiencia”. El órgano jurisdiccional puede, oficiosamente, fundar su decisión en las resultas de hechos notorios o evidentes...”. (“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado”. Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, pág. 616).

Remontándonos a la demanda instaurada, la parte actora reclama indemnización de daños y perjuicios por refacciones, desperfectos, falta de terminaciones y otros detalles en una vivienda. Tal como lo señaló el Juzgado de Primera Instancia se ha demostrado plenamente en que consisten los daños, a través de medios probatorios como fotografías (presentadas por ambas partes), el reconocimiento judicial (que describe los desperfectos en detalles), los testigos y otras instrumentales agregadas por la parte actora. Sin embargo, la sentencia de segunda instancia nos quiere significar que todos esos hechos probados y demostrados no existen o no existirían porque no se realizó la prueba pericial.

En el caso de autos el alcance que pudo haber tenido la prueba pericial es un tanto voluble, debido a que aquí evidentemente la cuestión controversial requerida no se trata de construcciones estructurales complicadas, que requieran cálculos eminentemente de carácter profesional. En la demanda se reclaman refacciones menores, como desperfectos y terminaciones o detalles del terminado de las obras, por lo que no podía ser mucha la ocurrencia de la prueba pericial, como para que justifique la negación de otros hechos demostrados y el rechazo total de la demanda.

Realizando un recuento de los hechos probados en autos, así como los admitidos y reconocidos, y el aporte de las pruebas de Reconocimiento Judicial, fotografías contribuidas por ambas partes, testificales y otras instrumentales téc-

nicas agregadas a la demanda tenemos que se ha demostrado en breve síntesis la existencia de: Muralla inclinada y con soporte de material para evitar su caída; inclinación visible a simple vista; falta de revoque y ladrillejos en el frente de la propiedad del actor lindera con la demandada; balaustres rotos y faltantes; rajaduras varias en la misma muralla lindera con el inmueble propiedad de la demandada, en donde quedó constatado el hecho de la construcción realizada por su parte, el cual, conforme a las placas fotográficas arrimadas carece de los recaudos mínimos para evitar –caídas de materiales u otros– o cualquier otro daño fortuito a la propiedad lindera, según se observa.

Refiere, J.O. Machado, “Todo aquel que ejecute un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona daños y perjuicios está obligado a su reparación” (“Código Civil Comentado”, pags. 401-402).

Cabe destacar asimismo, que los daños reclamados tratan de cuestiones superficiales de construcción (arreglos y refacciones), y que esos daños se refieren a la parte de la propiedad que se encuentra en el lindero con la propiedad de la demandada, y que ésta se encontraba en construcción, conforme resulta de las instrumentales aportadas, más aún, resultó probado que los daños que pudo haber ocasionado la propiedad lindera demandada al inmueble del accionante, fue refaccionado en un principio por el demandado Ing. Infanzon, y que en el reclamo no se incluyen daños estructurales o rubros relacionados a la estructura de la construcción de la actora, que sí puedan requerir de conocimientos especializados y cálculos de especialistas. La mayoría de los daños denunciados en esta demanda son comprobables a simple vista.

Un rigorismo procesal excesivo puede originar un parcial análisis e indicar que no concurre en el caso de autos el daño, que sin embargo, se ha demostrado que sí existe, negándolo no obstante las constancias de pruebas concluyentes en las que primaron la inmediatez del juez en primera instancia, en la producción de las probanzas y en especial en ocasión de la producción del reconocimiento judicial, y de cuya constancia y redacción del acta constitutiva mediante, así como de las placas fotográficas realizadas en la oportunidad de su realización se encuentran agregadas como piezas procesales, las cuales resultan incuestionables.

Al respecto no se puede más que concordar con lo apuntado con el Aquo, cuando destaca en un párrafo de la S.D. N° 809 del 21 de diciembre de 2006, expresando: “Que, el segundo juego de fotografías fue presentado por la parte

codemandada Ing. Luis Infanzon Salerno. Cabe resaltar que éste, al realizar comentario sobre las fotografías, se afana en minimizar los daños, pero lamentablemente para sus intereses el efecto es contraproducente pues no hace más que evidenciar a simple vista de las fotografías los perjuicios ocasionados. Por cierto, comenta en una fotografía “Evidente cambio de piso debido a las obras realizadas...”, lo que implica reconocer que se cambió parte del piso, y se observa a ojos vistas en la fotografía que el antiguo piso colocado sobre el suelo del terreno, es de color distinto del nuevo; son disímiles. En otra fotografía expresa que están los “balaustres completos y en perfecta condición”, lo que se contradice con lo constatado por el Juzgado respecto a los balaustres. En otra toma fotográfica comenta manchas de humedad del garaje en la parte lindera con la construcción de Vero S.A., lo que implica también un reconocimiento de la existencia de dichas manchas de humedad. A fs. 74 expresa el codemandado en el acápite de una fotografía “pared lindera del garaje, cimentado y con revoque listo para reposición de ladrillejos”; o se reconoce que si bien la pared fue cimentada y revocada, aún le faltan ladrillejos”.

En otra parte el análisis de la sentencia de primera instancia, el Aquo constata la existencia de tres juegos de fotografías presentadas por ambas partes, observándose en ellas los desperfectos reclamados por la parte actora.

En el mismo sentido surge del Acta del reconocimiento judicial realizado por la Dra. Valentina Núñez (en ese entonces jueza de Primera Instancia), la constatación de los daños verificados en el lugar mismo, resultando esa descripción coincidente con las fotografías arrimadas a los autos y a la descripción de varios testigos.

Que en consecuencia, los daños reclamados fueron demostrados en detalles y a través de varios medios probatorios producidos, estando bien determinados los responsables por lo que se puede concluir que se dan los presupuestos para la procedencia de la demanda.

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido tres presupuestos para la procedencia de las acciones resarcitorias: La existencia del daño causado; el hecho causante del daño, revestido de dolo, culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y, relación de causalidad adecuada entre el hecho causante y daño causado.

Que en el caso de autos se ha constatado plenamente los presupuestos de toda responsabilidad civil extracontractual, como la producción de un daño,

demostrado y comprobado en autos por diversos medios probatorios. La conducta riesgosa o negligente por parte de la constructora de la obra adyacente (los demandados como propietario y director); la existencia del nexo causal entre la conducta y el daño producido; y el criterio de imputación de la responsabilidad plasmada específicamente en normas concretas y vigentes.

En cuanto al NEXO CAUSAL o RELACIÓN CAUSAL, esta magistratura ya ha sentado posición en fallos anteriores, definiéndola como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, y nos permite establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia. Por ello debe ampararse la demanda por indemnización si existe un nexo causal entre el accionar de los demandados y el daño producido en estas.

En nuestra legislación de fondo, describe el artículo 1833 del CC, el que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. E igualmente el artículo 1836 del CC establece: existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en las cosas de su dominio o posesión.

Que el art. 1.834 del mismo Código, indica: “Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieren causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención...”, es decir debe estar reunidos todos los requisitos en el hecho generador”.

La legislación positiva nacional reconoce como elementos de la responsabilidad extracontractual, y como presupuestos para la reparación: el daño, el factor de atribución (Fundamento del deber de reparar. Puede ser subjetivo (culpa o dolo) o puede ser objetivo (riesgo creado, la equidad, la seguridad social, etc.); la relación de causalidad o Nexo Causal; y la capacidad.

En el caso de autos se dan todos los elementos que requiere la configuración para la procedencia de la demanda que nos ocupa, habiéndose constatado específica y concretamente un daño producido por los demandados al actor, probado suficientemente en autos, así como el factor o atribución de la responsabilidad.

Que por otra parte surge de autos clara y contundente la relación de causalidad, ya que el daño sufrido por el actor está en directa relación con el hecho que lo provocó, resultando ello en un elemento de la indemnización que relaciona el daño ocasionado con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación (relación causa-efecto), todo ello acorde a lo establecido en los Artículos 1846, 1856 y demás concordantes del Código Civil.

Comprobados los extremos alegados en la demanda así como los daños ocasionados y sufridos, entendemos que la responsabilidad civil es la obligación que afecta a una persona (física o jurídica) de reparar el daño ocasionado por otra, sea por ella misma, por el hecho de las cosas o por actos de las personas por las que se pueda responder, por lo que en conclusión, no queda otra opción que revocar el Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 04 de septiembre de 2008, pues es acertado que se reparen los daños ocasionados, aunque no haya sido intención del responsable.

En cuanto a las costas, corresponde que las mismas sean impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto en el art. 192 y 205 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA GLADYS BAREIRO DE MÓDICA DIJO: En el presente juicio, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, resolvió por S.D. N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2.006: “1) HACER LUGAR al incidente de impugnación de idoneidad de los testigos Gladis Carolina González Carballo y Ernesto Gómez Estigarribia, deducido por la parte actora, por los fundamentos expuestos en el exordio de esta sentencia; 2) HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios deduce SANU S.A. contra VERO S.A. ASISTENCIA MÉDICA INTERNACIONAL y el Ing. LUIS INFANZÓN SALERNO, y en consecuencia, condenar a los demandados al pago de la suma de guaraníes diez y nueve millones cuarenta mil (G. 19.040.000), más el interés del dos por ciento (2%) mensual desde la notificación de la demanda en el plazo de diez días de quedar firme la sentencia... (fs. 342/350).

Por Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 4 de septiembre de 2008, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, de la Capital resolvió:

“*TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad; REVOCAR, con costas, la S.D. N° 809 de fecha 21 de diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Sexto Turno;...*”(fs. 406/409).

El Abog. Roberto Salomón Nunes, al fundar el recurso de apelación interpuesto sostuvo, entre otros puntos, que... no es cierto que no se ha probado el nexo causal, porque el nexo causal en estos autos ha sido admitido y reconocido por todas las partes (expresamente el Ing. INFANZÓN y tácitamente VERO S.A.) y es bien sabido que en el ámbito del derecho procesal civil, lo admitido y reconocido por las partes no necesita más pruebas ni demostración... El Tribunal de Apelaciones, al dictar la sentencia recurrida alegó no haberse probado (supuestamente) el nexo causal. Sin embargo en estos autos el nexo causal fue totalmente admitido por la parte demandada, en el escrito de demanda, por lo que obviamente al no constituir un hecho controvertido, se encuentra plenamente confirmado en autos... el Tribunal se extralimitó incluso en negar la existencia de hechos reconocidos por ambas partes, y cuya discusión de existencia o inexistencia no estaba en dudas. Esta actitud del Tribunal de Apelaciones, de por sí amerita la revocatoria de la sentencia recurrida, y la confirmación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia... (fs. 421/432).

El Abog. Hugo Guillermo Ávila Martínez, en representación de VERO S.A., se presentó a contestar el traslado corrido, señalando que “...todas las pruebas arrojadas por la parte actora no ha sido suficiente para probar en el presente juicio la supuesta responsabilidad por los irreales perjuicios sufridos por la misma...”. Concluye su presentación solicitando la confirmación de la sentencia recurrida (fs. 449/453).

De igual forma se corrió traslado al codemandado Ing. Luis A. Infanzón S., representado por el Abog. Julio César Infanzón Salerno (Mat. 737), señaló que “...en la convicción que nos proveen los fundamentos expuestos por el Tribunal a-quo, reproducidos en esta presentación en sus pasajes medulares y más terminantes, con los que comparto en los términos que tengo esbozados a lo largo de este *responde*, es inevitable aceptar que el Acuerdo y Sentencia recurrido respecto a los específicos agravios que mi adversa manifiesta que le infiere el mismo, se halla ajustado a estricto derecho, lo que conlleva su confirmatoria...” (fs. 457/472).

El *Ad-quem* sostuvo que: “...En el sub examine, tanto la parte actora como la demandada ofrecieron pruebas tendientes a demostrar la situación de la res

litis, resultando ser, la más eficiente para demostrar dicho extremo la del reconocimiento judicial, desde que el acta notarial de constatación del inmueble (fs. 30/32); así como la de verificación por parte de la Municipalidad (f. 23), fueron practicadas en fecha anterior al suceso e incluso mientras el Ing. Infanzón realizaba reparaciones en dicho inmueble, circunstancia que resta eficacia a fin de determinar con exactitud la situación real del inmueble posterior a dichas reparaciones. Otro tanto ocurre con la prueba confesoria que no tiene suficiencia por sí misma, y que por el contrario, antes de dar luz a la cuestión, arroja confusión por evidenciarse que cada parte defendió su posición. En relación a las pruebas testificales ofrecidas tanto por la actora como la demandada, tampoco tienen suficiencia por sí mismas para probar los extremos alegados...”. Luego de referirse el *Ad-quem* al reconocimiento judicial, sostuvo... *“con estos elementos sólo se encuentra acreditado el daño, pero no así el nexa causal entre el mismo y la conducta de los demandados, relación que sólo podía ser corroborada a través de la prueba pericial, cuya carga incumbía a la actora, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 249 CPC. En efecto, esta prueba se constituía en esencial para la dilucidación de la cuestión, desde que el asunto requería conocimientos especiales en materia de construcción con rigor técnico, que obviamente escapaban al conocimiento general del Juzgador, sin que pueda ser suplida por ninguna otra, tal como pretendió la actora...”*.

En autos la parte actora (SANU S.A.) reclama la destrucción de parte de su propiedad y la falta de terminación de arreglos descriptos, a los demandados, la firma VERO S.A., en carácter de propietaria del inmueble lindero donde se construye un edificio y el Ing. Infanzón Salerno, en su carácter de encargado o director de construcción. Analizadas las cuestiones señaladas precedentemente se colige que una de las cuestiones controvertidas en autos gira en torno a analizar si quedó o no probado el nexa causal en autos, atendiendo a que no existen dudas ni controversia acerca del daño alegado por el actor, como fundamento de su demanda. Cabe entonces preguntarse si ¿se puede demostrar el nexa causal sin que se haya producido la prueba pericial que determine la atribución? ¿Cuáles son los elementos que eventualmente podría haber aportado la prueba pericial y si estos pueden ser suplidos con otros medios de prueba?

Acontece, frecuentemente, que la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez. De allí la necesidad de que este último

sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, y a quienes se denomina peritos. La prueba pericial consiste, pues, en la actividad que aquéllos deben cumplir con la mencionada finalidad (PALACIO, Lino E.; *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ma. Ed., Lexis Nexis, pág. 493). La prueba pericial eventualmente podría haber demostrado la causa y la magnitud del daño, así como debido a qué factor se debió lo alegado por el actor como fundamento de su pretensión, sin embargo todos estos elementos, a más de ser admitidos por la parte demandada, como lo señaló el *a quo*, fueron constatados en la constitución del Juzgado y por las tomas fotográficas del lugar. A la luz del sistema previsto en nuestro ordenamiento procesal, el de la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la SANA CRÍTICA (Art. 269, CPC), el juez debe examinar y valorar en la sentencia todas las pruebas producidas que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa. En este sentido, se encuentra obligado a evaluar con los elementos de juicio que tiene a su alcance, en el caso de autos reconocimiento judicial y fotografías, para comprobar la existencia del daño y el nexo causal, de tal forma a lograr su convicción.

Las probanzas obrantes en autos, reconocimiento judicial y tomas fotográficas, demuestran la existencia del daño reclamado por la actora, y la responsabilidad atribuida a las demandadas. Atendiendo a las previsiones legales del Código Civil, Art. 1.833: *quien comete el acto ilícito queda obligado a resarcir el daño*, y Art. 1.836: *el daño existe siempre que se causare a otro algún perjuicio en las cosas de su dominio o posesión*, y demás concordantes, sobre la base de lo expuesto, soy del parecer que corresponde revocar, con costas, el Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 04 de setiembre de 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, de la Capital. Es mi voto.

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

SENTENCIA NÚMERO: 224.

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.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 101, de fecha 4 de setiembre de 2.008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital.

COSTAS a la perdidosa.
ANOTAR, notificar y registrar.
Ministros: Oscar Bajac, Raúl Torres Kirmser y Gladys Bareiro de Módica.
Ante mí: Alejandrino Cuevas, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 793

Cuestión debatida: *El actor pretende, de acuerdo a los términos de su escrito de demanda la nulidad de los actos jurídicos instrumentados: a) en la Escritura Pública N° 44, del 30 de noviembre de 1998, pasada por ante el Escribano Público Oscar Ariel Escudero Portillo; y b) en la Escritura Pública N° 3, del 10 de abril del 2002, pasada por ante la Escribana Marta Inés Chaparro Escobar. Además de ello, solicitó el pago de la suma de G. 1.500.000.000 (MIL QUI- NIENTOS MILLONES DE GUARANÍES) en concepto de indemnización por daños y perjuicios.*

FALSEAMIENTO.

Se confirma la sentencia apelada en vista de que quedo plenamente comprobada la falsedad de la firma, por lo que corresponde declarar la procedencia de la demanda de nulidad del acto jurídico derivado de la escritura pública N° 44, de fecha 30 de noviembre de 1998, y la cancelación de su inscripción en los Registros Públicos, así como de la escritura pública N° 3 de fecha 10 de abril de 2002, donde, transfiere nuevamente una parte de la citada propiedad al señor Ramón Habegger Agüero, y que fuera inscripta esta última bajo el N° 127 en fecha 12 de julio de 2002, por derivar de un acto igualmente nulo.

FIRMA.

Se confirma la sentencia apelada en vista de que quedo plenamente comprobada la falsedad de la firma, por lo que corresponde declarar la procedencia de la demanda de nulidad del acto jurídico derivado de la escritura pública N° 44, de fecha 30 de noviembre de 1998, y la cancelación de su inscripción en los Registros Públicos, así como de la escritura pública N° 3 de fecha 10 de abril de 2002, donde, transfiere nuevamente una parte de la citada propiedad al señor Ramón Habegger Agüero, y que fuera inscripta esta última bajo el N° 127 en fecha 12 de julio de 2002, por derivar de un acto igualmente nulo.

C.S.J. Sala Civil y Comercial. 29/07/13. “NILDALORENZAYNSFRÁN DE RAMÍREZ c/ VALDELI REGINA LACERDA DE ESTIGARRIBIA Y OTROS s/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO / INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS”. (Ac. y Sent. N° 793).

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, BAJAC ALBERTINI y PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: El Abog. Jorge Prieto Morínigo fundó el presente recurso en los términos de la presentación de fs. 703/708. Lamenta vicios de nulidad de la sentencia en estudio, concentrándose en el trámite procesal de agregación de la prueba pericial rendida en autos. Al respecto alega que las sentencias nulas son aquellas dictadas en violación de las formas y solemnidades establecidas por la ley, y se agravia de la valoración probatoria realizada en autos. En concreto, critica la apreciación de la pericia caligráfica realizada en autos, indicando que pese a haber sido admitida la pericia en forma, la misma no fue agregada de modo válido a los autos, a lo que añade que el informe fue presentado dos años después de la aceptación del cargo del perito tercero. Por ello afirma que la prueba en cuestión debe considerarse como inexistente dentro del proceso. Se ampara en la perentoriedad de los plazos procesales y en la preclusión para argumentar la imposibilidad de tener como prueba válida la pericia agregada extemporáneamente.

La Abog. Maribeth Domínguez reitera, en lo medular, los mismos fundamentos. Pese a no referirse expresamente al recurso de nulidad, se agravia de la incongruencia entre la decisión y las pruebas agregadas, además de indicar la invalidez de la decisión por tal motivo (f. 715).

El representante convencional de la parte actora, Abog. Roberto Correa Cuyer, contesta tales agravios. A fs. 718/720 contesta los agravios expuestos por el Abog. Jorge Prieto, sosteniendo que la nulidad de las decisiones judiciales debe basarse en elementos formales, que no pueden extenderse a los vicios *in*

procedendo. En base a estas consideraciones alega que los vicios invocados no constituyen mérito para declarar la nulidad, si no fue interpuesto el incidente en la etapa procesal oportuna. Al tiempo de contestar los agravios expuestos por la Abg. Maribeth Domínguez, vuelve a exponer los mismos argumentos, indicando que el trámite procesal consentido en las instancias inferiores no puede ser revisado por vía de la nulidad (f. 725). En estos términos solicita el rechazo de los recursos interpuestos.

Los agravios propuestos por los nulidicentes giran, fundamentalmente, en torno a la admisibilidad de la prueba pericial, indicando que la misma no fue válidamente agregada en juicio. De ser esto cierto, naturalmente nos hallaríamos ante un vicio formal en los términos del art. 404 del Cód. Proc. Civ., dado que el art. 159 del Cód. Proc. Civ., aplicable a las sentencias de alzada en virtud de la remisión del art. 160 del mismo cuerpo legal, indica claramente que el juzgador debe remitirse a los fundamentos de hecho (inciso d). Esta norma debe complementarse con la disposición del art. 269 del Cód. Proc. Civ., según la cual el juez debe examinar y valorar en la sentencia todas las pruebas producidas. Naturalmente, la apreciación de una prueba inexistente o no agregada –agravio lamentado por los recurrentes- es materia del recurso de nulidad en cuanto dicha apreciación sea determinante en la decisión del órgano de alzada. En autos, la prueba pericial revistió tal carácter, de acuerdo a la valoración de fs. 686 vlto./687 de autos.

Ahora bien, queda claro que la nulidad, al relacionarse con vicios formales de la decisión en recurso, no se extiende a aspectos procesales relacionados con la tramitación de la causa, ni mucho menos a etapas procesales precluidas. En este sentido, la nulidad lamentada parte de la falta de agregación válida de la prueba pericial apreciada en la sentencia en recurso; esto es, la pericial efectuada por Carlos González Cabello y Carlos Cuevas Chamorro.

Dicha demostración obra a fs. 571/595, donde no solo se consigna la pericia sino todos los antecedentes de la misma; que fuera efectuada en ejecución del A.I. N° 421, del 11 de abril de 2007 (f. 229 y vlto.), en cuya virtud la prueba en cuestión fue admitida, y designados los peritos que la efectuarían. En cumplimiento del art. 379 del Cód. Proc. Civ., obra a f. 598 vlto. el informe en el que consta la producción de la prueba pericial, y su agregación por providencia de fecha 9 de febrero de 2010.

De esto se colige, sin sombra de dudas, que la pericial fue válidamente agregada, y que no hubo cuestionamientos al respecto. La etapa procesal corres-

pondiente quedó largamente precluida a norma del art. 103 del Cód. Proc. Civ., y no se articuló oposición o recurso en contra de la providencia que tuvo por agregada la prueba pericial de referencia, con lo que eventuales defectos en la tramitación de la agregación de dicha demostración quedaron consentidos por las partes, y la apreciación de dicho elemento probatorio, desde la perspectiva formal, es plenamente posible y no genera vicio de nulidad.

En cuanto a la alegación de incongruencia efectuada por la Abog. Maribeth Domínguez, es sabido que los jueces del fuero civil deben pronunciarse única y necesariamente sobre lo que sea objeto de petición, conforme con el art. 15 inc. d) del Cód. Proc. Civ. En la presente demanda se solicitó, de acuerdo al escrito inicial (f. 16), la nulidad de la toma de razón de las Finca N° 108 del distrito de Itanará, a nombre de la Sra. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia, y su posterior desprendimiento de la Finca inscripta bajo el número 127 del mismo distrito, a nombre del Sr. Ramón Habegger Agüero; además de la suma de G. 1.500.000.000 (MIL QUINIENTOS MILLONES DE GUARANÍES) en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia, S.D. N° 28, del 14 de febrero de 2011 (fs. 637/646) rechazó ambas pretensiones; mientras que la sentencia de alzada, hoy en recurso, S.D. N° 109, del 3 de agosto de 2012 (fs. 685/688), revocó la primera decisión haciendo lugar a las nulidades planteadas y rechazando la demanda de daños y perjuicios, además de pronunciarse sobre el aspecto accesorio de la reinscripción del derecho del accionante, que recobró virtualidad jurídica como consecuencia de la nulidad pronunciada. No hay aquí pronunciamiento sobre aspectos ajenos a lo solicitado, por lo que tampoco este agravio puede ser acogido.

Revisados así, con resultado negativo, los agravios de los apelantes, corresponde revisar otros aspectos de índole formal, conforme con la facultad conferida por los arts. 113 y 404 del Cód. Proc. Civ., vinculados con la integración de la litis, indispensable para el dictado de sentencia válida.

A tal respecto, corresponde destacar que la actora, Nilda Lorenza Insfrán de Ramírez, entabló demanda contra los Sres. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia, Juan Marcos Evang Estigarribia Notario, Ramón Habegger Agüero, Oscar Ariel Escudero Portillo y Marta Inés Chaparro Escobar, según consta a f. 16. El Sr. Ramón Habegger Agüero se presentó a contestar la demanda en los términos de la presentación de fs. 63/66, y realizó lo propio el Sr. Oscar Ariel

Escudero Portillo (fs. 89/91). Los Sres. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y Juan Marcos Evang Estigarribia Notario tomaron intervención en un momento posterior, interponiendo incidentes de nulidad de actuaciones (fs. 221/225 y 284/290), rechazado por A.I. N° 1115, del 8 de septiembre de 2009 (fs. 551/552). Esto es, se han mostrado partes en el juicio y han ejercido sus derechos procesales del modo que han creído más conveniente a sus derechos.

Queda por analizar la situación de la Sra. Marta Inés Chaparro Escobar. Cuando fue notificada de la demanda (f. 70 y vlto.), el ujier dejó constancia de que el domicilio denunciado no era el de ella, y que la búsqueda de su domicilio fue completamente infructuosa.

Ante dicha situación, se diligenció una segunda cédula de notificación (f. 114 y vlto.), recibida por la madre de la demandada, quien no se presentó en juicio. Esto se corrobora, sin sombra de dudas, por la notificación de la sentencia de segunda instancia (f. 691), que instrumenta la recepción de la cédula por la propia interesada, quien suscribió el documento. En tales condiciones, no existe indefensión de ninguna de las partes, por cuanto las mismas, en modos y formas distintos, tuvieron oportunidad de hacer valer sus derechos, al estar en efectivo conocimiento del juicio segúidolos. Por estas razones, los recursos de nulidad interpuestos deben ser desestimados.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI DIJO: El recurrente Abog. Jorge Prieto, en representación de Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y Juan Marcos Evang Evangelista Notario, fundamenta el recurso de nulidad interpuesto, en la falta de congruencia del Acuerdo y Sentencia recurrido, manifestando que la misma es inexistente dentro del proceso, por su agregación tardía dentro del mismo, insinuando la preclusión de aquella etapa procesal antes de la agregación e incorporación de la misma, como medio probatorio dentro del presente juicio.

Por su parte la Abog. Maribeth Domínguez, en representación del escribano Oscar Ariel Escudero Portillo, si bien no hace referencia expresa al presente recurso interpuesto, no obstante considerándolo implícito dentro del de apelación de conformidad a lo dispuesto en el art. 405 del C.P.C., señala que la Cámara se apartó de las pruebas rendidas en autos, como ser la falta de titularidad del inmueble por parte de la actora, y en la agregación tardía de la pericial caligráfica rendida en autos.

Corrido el traslado del presente recurso, el Abog. Roberto Correa, representante convencional de Nilda Lorenza Insfrán de Ramírez, solicita el rechazo del

pedido formulado con el presente recurso y la confirmación del fallo recurrido, manifestando que los argumentos esbozados por los recurrentes carecen del sustento para declararlo procedente, por las razones explicitadas en sus escritos de responde de fs. 718/720; y 723-728 de autos.

Nuestra norma positiva en la materia, establece taxativamente los requisitos formales que deben contener las resoluciones judiciales de manera que las mismas, ajustándose a los parámetros procesales, deban respetar el principio de congruencia que exige en su redacción y fundamentación, plasmados estos, en los arts. 159, 160, 423, 435, 15, incs. b, c, y d del C.P.C., dentro de los cuales, la declaración de nulidad de la sentencia deviene improcedente.

Haciendo un análisis de la sentencia recurrida desde el punto de vista del presente recurso, vemos que la misma, reúne todos los requisitos establecidos en las normas precitadas en cuanto al cumplimiento de las exigencias que así lo requieren, conforme a las normas precitadas, notando que los conjuces se han pronunciado sobre el debate expuesto por las partes, valorando las pruebas arrimadas, fundamentales y pertinentes para llegar a la decisión tomada, ajustándose a todo cuanto mandan las normas jurídicas que rigen la materia.

No obstante, es necesario señalar en cuanto al fundamento sostenido por los impugnantes, que la agregación e incorporación de la citada prueba pericial como pieza procesal, fue dada por parte del Aquo, conforme surge de las constancias de autos, con el dictado de la resolución de fs. 598 vlto. de autos, providencia ésta de fecha 9 de febrero de 2010, la que hace también referencia a la agregación de todas las pruebas producidas mencionadas dentro del juicio, señaladas por parte de la Actuaría judicial en su informe más arriba reseñado y en la misma foja y fecha, entre las que se encuentra citada como producida, la prueba pericial caligráfica señalada.

Se observa que la agregación tardía o no, de la prueba pericial producida en el presente proceso y dispuesta por la providencia mencionada, no fue cuestionada por los recurrentes en el momento procesal oportuno, y por lo cual y conforme el mismo lo señalara en su escrito de fundamentación del presente recurso, la etapa para oponerse a su agregación dentro del presente debate, a estas alturas se encuentra preclusa, en razón de haber dejado transcurrir el plazo para dicho efecto, conforme así lo dispone la norma del art. 103 del C.P.C.

En otro punto es importante recalcar que la nulidad reclamada por la vía del presente recurso es atendible con relación a defectos formales en la redac-

ción o decisión y fundamentación de las resoluciones judiciales, mas no en cuanto a los vicios procesales dentro de las etapas del juicio, para los cuales la norma de la materia dispone o provee de otros resortes jurídicos.

Habiendo quedado consentida por las partes la agregación de la prueba en cuestión dentro del debate que tuvo lugar en la tramitación del presente juicio, debemos tomarla como pieza procesal probatoria válida para la dilucidación de la causa, y conforme así lo tuvo en consideración el Ad-quem, al momento de fundamentar la sentencia hoy recurrida por el presente recurso, prueba ésta que en puridad es determinante en la decisión del litigio.

En cuanto a lo dicho en el párrafo precedente y teniendo en cuenta que otro de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes se debe al apartamiento que tuvo el inferior de las probanzas arrimadas al momento de fundar su decisión, esto es, en cuanto a que la parte actora no probó ser la titular de la finca cuya nulidad de transferencia se reclama, según refiere, podemos acotar que dicha situación no constituye fundamento válido por cuanto que el reclamo en ese sentido corresponde analizarlo como la capacidad o facultad que pueda tener para reclamar o presentar una demanda como sujeto activo de la relación procesal, circunstancia esta ya debatida y confirmada por la vía de la defensa, opuesta en autos, rechazada, resuelta y confirmada; y por otro lado por cuanto que el objeto expuesto en la cuestión debatida en el presente juicio inexorablemente legitima a la parte actora, como sujeto de la relación procesal, por estar relacionada directamente con el acto cuya nulidad se reclama en la interposición de la presente demanda.

Por lo demás y al no haberse vulnerado las formas o solemnidades que prescriben las leyes, ni existir vicios formales en el Acuerdo y Sentencia N° 109 de fecha 3 de agosto de 2012, en atención a las disposiciones de los arts. 113 y 404 del C.P.C., corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA PUCHETA DE CORREA DIJO: Que comparte y se adhiere a los votos que anteceden, por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSEER DIJO: Por S.D. N° 28, de fecha 14 de febrero de 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno de la Capital resolvió: "I.- NO HACER LUGAR a la presente demanda por nulidad de

acto jurídico, cancelación de toma de razón e Indemnización de daños y perjuicios promovida por NILDA LORENZA INSEFRÁN DE RAMÍREZ en contra de VALDELI REGINA LACERDA DE ESTIGARRIBIA, JUAN MARCOS EVANG ESTIGARRIBIA NOTARIO, RAMÓN HABEGGER AGÜERO, OSCAR ARIEL ESCUDERO PORTILLO Y MARTA INÉS CHAPARRO ESCOBAR, por las consideraciones expresadas en el exordio de la presente resolución; II.- IMPONER las costas a la parte perdedora; III.- ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en juicio. Oficiese. IV. ANOTAR..." (sic., f. 646).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 109 de fecha 3 de agosto de 2012, resolvió: "1) DESESTIMAR el recurso de nulidad; 2) REVOCAR la S.D. 028 de fecha 18 de febrero de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Tercer Turno, en consecuencia, hacer lugar a la demanda que por nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción promueve la Sra. NILDA LORENZA INSEFRÁN DE RAMÍREZ, contra los señores VALDELI REGINA LACERDA DE ESTIGARRIBIA, JUAN MARCOS EVANG ESTIGARRIBIA NOTARIO, RAMÓN HABEGGER AGÜERO, OSCAR ARIEL ESCUDERO PORTILLO y MARTA INÉS CHAPARRO ESCOBAR, declarando la nulidad de la escritura pública escritura pública N° 44 de fecha 30 de noviembre de 1998; cabe declarar la nulidad igualmente de la escritura N° 3 de fecha 10 de abril de 2002; 3) NO HACER LUGAR a las demandas de reinscripción de la Finca N° 613 de Ypehú, y la demanda de indemnización de daños y perjuicios, conforme a los términos del exordio de esta resolución; 4) IMPONER COSTAS a los demandados, por aplicación de los Arts. 192 y 203 CPC; 5) ANOTAR..." (sic., f. 688).

Contra esta decisión, expresa agravios el Abg. Jorge Prieto Morínigo, en los términos del memorial de agravios obrante a fs. 708/712. Tras puntualizar que el recurso procede contra las resoluciones dictadas por una errónea aplicación de la ley o por un error en la apreciación de los hechos o de la prueba, considera que el rechazo de las excepciones de falta de acción y de cosa juzgada no puede considerarse como oponible a todas las partes, puesto que dicha decisión fue notificada solamente a Ramón Habegger. Prosigue lamentando que la accionante no acreditó el título de propiedad, ya que la constancia arrimada no contaría con la firma del presidente del Instituto de Bienestar Rural, hoy IN-DERT. Se agravia porque el inferior consideró únicamente la pericia caligráfica, sin advertir que la titularidad del inmueble en litigio no fue demostrada.

Estos agravios son contestados por el Abog. Roberto Correa Cuyer, a fs. 720/722. Considera que las excepciones de cosa juzgada y falta de acción opuestas por el demandado Ramón Habegger fueron resueltas en primera instancia, por lo que la cuestión ya quedó precluida. Considera que las declaraciones de la actora en sede fiscal no modifican la conducta de los demandados, además de indicar que en la escritura pública de transferencia N° 44, del 30 de noviembre de 1998, se consigna la existencia real del título de propiedad, aspecto que fue ya discutido en autos. Alega que las cuestiones sobre la prueba pericial no pueden volver a debatirse en esta etapa procesal, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

A su vez, la Abog. Maribeth Domínguez expresa agravios en los términos del memorial de fs. 713/716. Manifiesta que en autos nunca fue probada la titularidad de la Finca N° 613, de Ypehú, aspecto advertido por el juzgador de primera instancia. Se agravia, nuevamente, por la consideración del dictamen pericial, a cuyo respecto no se habrían seguido los pasos procesales de rigor. Invocan las declaraciones de los actores en sede penal como prueba de que los mismos vendieron la propiedad y que carecen de bienes. En estos términos solicita la revocación de la decisión en recurso, con costas.

El Abog. Roberto Correa Cuyer contesta dichos agravios argumentando que la cuestión ya fue resuelta en las instancias originarias; además de agregar que la cuestión de la titularidad dominial fue expresamente reconocida en las escrituras públicas de transferencia. En cuanto a las periciales, arguye que toda objeción a las mismas debió sustanciarse en la etapa procesal oportuna, y al no procederse de tal modo las eventuales irregularidades procesales quedan confirmadas. Sostiene que las declaraciones de las partes no pueden desvirtuar las constancias del Registro de Propiedad, y tampoco las demostraciones rendidas en autos. Por estos motivos solicita la confirmación de la sentencia en recurso.

Así delineado el límite de los agravios formulados a tenor del art. 420 del Cód. Proc. Civ., corresponde precisar, en primer término, que a fs. 700/701 se promovió un incidente de nulidad en esta instancia, posteriormente desistido (f. 702), lo cual fue decidido en tal sentido por el A.I. N° 196, del 13 de marzo de 2013 (f. 732). Esta cuestión, por ende, ya no forma parte de los aspectos sometidos a estudio de esta Sala Civil.

Dicho lo antecedente, a los efectos de una mejor comprensión de la cuestión objeto de agravios, resulta sumamente pertinente reseñar el contenido del liti-

gio y las pretensiones concretar alegadas en juicio, lo cual es premisa necesaria para varias argumentaciones que la presente causa impone. El actor pretende, de acuerdo a los términos de su escrito de demanda (fs. 11/16) la nulidad de los actos jurídicos instrumentados: *a*) en la Escritura Pública N° 44, del 30 de noviembre de 1998, pasada por ante el Escribano Público Oscar Ariel Escudero Portillo; y *b*) en la Escritura Pública N° 3, del 10 de abril del 2002, pasada por ante la Escribana Marta Inés Chaparro Escobar. Además de ello, solicitó el pago de la suma de G. 1.500.000.000 (MIL QUINIENTOS MILLONES DE GUARANÍES) en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Diremos, inmediatamente, que la indemnización fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia, conforme se aprecia a fs. 646 y 688 de autos, en las sentencias definitivas cuyo contenido ya se reseñara *supra*. En estas condiciones, dicho aspecto ya no puede ser objeto de recurso, de acuerdo al art. 403 del Cód. Proc. Civ.

Realizado este *excursus*, es posible volver al análisis de los actos atacados de nulidad. Por la primera de las escrituras mencionadas (fs. 83/85), la Sra. Nilda Lorenza Insfrán de Ramírez, la actora, aparece vendiendo la Finca N° 613, del Distrito de Ypehú, a favor de la Sra. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia, por la suma de G. 100.000.000 (CIEN MILLONES DE GUARANÍES). La Finca quedó inscrita como Finca N° 108, del distrito de Itaná. En la segunda de dichas escrituras (fs. 114/115 de las compulsas del expediente penal que corre por cuerda), la Sra. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia vendió una porción del inmueble adquirido, por la suma de G. 6.000.000 (SEIS MILLONES DE GUARANÍES), al Sr. Ramón Habegger Agüero.

La causal invocada para obtener la nulidad de los actos de referencia estriba en que la primera vendedora, quien resulta ser la actora en autos, jamás intervino en el otorgamiento del inmueble, siendo su suscripción falsa (fs. 12/13). Este vicio, en el entendimiento del demandante, viciaría incluso el acto sucesivo, precedentemente mencionado. Este es el enfoque y la alegación de nulidad que se produce en autos, en cuya virtud la Sra. Insfrán de Ramírez demandó a todos quienes fueron partes en las transferencias mencionadas, incluyendo a los Escribanos Públicos que autorizaron las escrituras.

Pese a que los escribanos públicos, como tales, no son partes de los actos que autorizan, de acuerdo al claro texto del art. 111, inc. f) del Cód. Org. Jud., que indica la función del Escribano como la de recibir la declaración de voluntad de

las partes que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas; esta cuestión no puede ser ya revisada. Ello así, porque dicho agravio corresponde a los Notarios que fueron incluidos como parte del juicio, y tal cuestión no fue materia de agravios por parte del único Escribano apelante, de acuerdo al memorial de fs. 713/716, con lo que opera la preclusión del art. 420 del Cód. Proc. Civ. De todas maneras, en autos la cuestión adquiere un significado puramente formal y académico, porque la indemnización de daños pretendida por el actor, la cual sí es de pertinencia del Notario que incurre en irregularidades en sus funciones de acuerdo al art. 111, inc. f), del Cód. Proc. Civ., fue ya rechazada en doble instancia.

Desglosadas y atendidas estas cuestiones, es posible pasar al examen de los agravios formulados en esta sede por los apelantes. Los mismos se concentran en la ausencia de demostración de la titularidad originaria del inmueble sucesivamente transferido, y en la valoración de una pericial que no cumplió con los requisitos procesales para su agregación en autos. También se alegó que la legitimación para accionar de la demandante fue puesta en duda por parte del Sr. Ramón Habegger, en primera instancia; pero este agravio quedará absorbido en su tratamiento por el primero, como se verá, con lo que quedará específicamente estudiado en esta sede.

Así enumerados los puntos a ser tratados, deberá echarse mano ampliamente de la facultad conferida por los arts. 159 inc. c) y 269 del Cód. Proc. Civ., en cuanto existen pruebas y argumentaciones decisivas para la resolución del caso.

En primer término, veremos la cuestión relativa a la demostración, por parte de la Sra. Insfrán de Ramírez, de la titularidad originaria de la Finca N° 613, del Distrito de Ypehú. Esta cuestión, en primer término, ni siquiera es decisiva para la resolución de la presente causa, puesto que en los términos de la primera escritura de transferencia (fs. 83/85 vltto.), aparece como parte la Sra. Insfrán de Ramírez. Esto es, la misma figura como parte de un acto que, en su postulación, no realizó. Este interés, por sí solo, es obviamente absorbente, y ciertamente genera legitimación en la actora para pretender la nulidad. Dicho en términos coloquiales, si “hacen aparecer” como vendedora a una persona que no participó del acto, falsificando su firma, este solo hecho genera interés más que suficiente, a tenor del art. 359 del Cód. Civ., para pretender la nulidad, puesto que el acto contiene una manifestación de voluntad no efectuada, y por

ende hay sobrada necesidad de eliminar las consecuencias jurídicas de dicha manifestación, prescindiendo incluso de la calidad de titular o no de la actora de la Finca en cuestión.

Por otro lado, dicha titularidad, contrariamente a lo indicado en primera instancia, se halla sobradamente acreditada en autos. A fs. 623/629 obra la respuesta del Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra al oficio N° 1016/2010, donde se consignan los antecedentes de la titulación a nombre de la actual actora, indicando claramente que dicha dependencia posee copia del duplicado, “*que deberá inscribirse para sus efectos legales en el Registro de la Propiedad*” (f. 625), sin antecedente del título del finiquito. La resolución de adjudicación se halla glosada a f. 10 de autos.

Todos estos antecedentes se complementan con la constancia de la Dirección General de los Registros Públicos (fs. 630/631) donde consta la inscripción original a favor de la actora, de la Finca N° 613 del Distrito de Ypehú. Allí se transcribe el título copiado en sede registral. Existiendo tal constancia, funciona a plenitud lo dispuesto en el art. 292 del Cód. Org. Jud., según el cual las inscripciones en el Registro de Inmuebles servirán como títulos supletorios.

Demostrada así la titularidad originaria en cabeza de la actora, caen los agravios formulados en tal sentido. Por lo demás, los demandados no han reconvenido ni atacado de nulidad el título originario de la actora, con lo que el agravio no puede tener acogida favorable. Esta conclusión se mantiene aún atendiendo a las declaraciones hechas por la Sra. Insfrán de Ramírez en sede fiscal, en el marco del juicio penal seguido a la Sra. Marta Inés Chaparro, también demandada en estos autos. Dichas declaraciones obran a fs. 231/232, y allí la compareciente manifiesta nunca haber gestionado un inmueble del Instituto de Bienestar Rural, además de no tener propiedad a su nombre.

Estas manifestaciones, ciertamente ambiguas, no se ven amparadas por la actitud fundamental de cuestionar el título de propiedad de la actora. Conforme con lo que dejamos expuesto en los párrafos precedentes, al no reconvenir ninguno de los demandados, y al quedar demostrada la presencia de la titularidad dominial en los términos expuestos, la actora válidamente se prevalece de su título. El olvido, o incluso la calidad de simulación subjetiva por interposición de persona en la adjudicación –aspecto que parecería subyacer en la situación alegada, relacionada con el mérito de la prueba- no afecta de ningún modo el ejercicio de los derechos por parte de quien resulta titular del inmueble. Supues-

to y no concedido –lo que tampoco puede debatirse por no haberse propuesto el debate en autos– que aquí se hubiera producido tal situación, ello no afecta que frente a terceros el titular interpuesto pueda ejercer plena e irrestrictamente los derechos que le derivan de tal calidad. Ello indica que las declaraciones de la actora, en otro ámbito, no le impiden ejercer los derechos que resultan de la existencia de título a su nombre, máxime cuando dicho título no fue controvertido en autos. Apenas sí corresponde destacar que tampoco puede aplicarse la facultad officiosa contenida en el art. 359 del Cód. Civ., porque dichas declaraciones no alcanzan a configurar la nulidad manifiesta o la comprobación a la cual refiere dicha norma.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, lo que constituye el segundo núcleo de los agravios formulados por vía de apelación, corresponde remitirse a lo dicho en sede de nulidad para reiterar, una vez más, que la prueba ha sido válidamente agregada a estos autos y es plenamente apreciable en cuanto al mérito que surge de ella. A este respecto, rige el art. 360 del Cód. Proc. Civ., y debe advertirse que los demandados no produjeron prueba alguna, fuera de las documentales agregadas en tiempo. La prueba pericial, agregada a fs. 572/581, indica haber tenido a la vista cuerpos de escritura dubitados e indubitados. Incluso ante la apreciación de un lego, se advierte que la suscripción dubitada, la que se halla presente en la Escritura N° 44, del 30 de noviembre de 1998 (fs. 575 y 85 vlto.), es notoriamente distinta a las suscripciones no dubitadas. La firma dubitada incluso aparece borroneada o reiterada en el nombre “Nilda”, mientras que el “de” aparece escrito con mayúsculas, lo que en las suscripciones no dubitadas surge, invariablemente, en letra minúscula.

De esta manera, concluida la falsedad de la suscripción, indudablemente la escritura en cuestión debe ser anulada, por no haber sido suscripto por quien aparece como vendedora. Es decir, no hay propiamente compraventa, desde que la Sra. Insfrán de Ramírez nunca manifestó su consentimiento, con lo que no hay contrato válido a norma del art. 673 inc. a) del Cód. Civ.

Establecido esto, aquí deben delimitarse cuidadosamente las consecuencias de dicha situación, lo que hace a la corrección jurídica de lo decidido y a sus implicancias registrales. El vicio lamentado por el actor se circunscribe, única y exclusivamente, al hecho de que en la escritura originaria aparece como vendedora sin serlo. Este vicio es ajeno a la ulterior circulación del bien, realizada entre la compradora y un tercer adquirente. A tal respecto, el art. 363 del Cód.

Civ. establece que los derechos reales transmitidos a terceros sobre un inmueble sobre una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual. Los terceros podrán siempre ampararse en las reglas que protegen la buena fe en las transmisiones.

Estas reglas tienen la importante excepción del art. 2411 del Cód. Civ., según el cual no son reivindicables las cosas inmuebles de quien las haya adquirido de buena fe y a título oneroso. Sin embargo, el propietario desposeído tendrá acción para impugnar el acto viciado si no tuvo intervención en él, ni consintió su realización. Esto es exactamente lo que ocurrió en autos, donde la propietaria desposeída no tuvo participación en el acto viciado, al haberse falsificado su firma. En estas condiciones, el propietario desposeído puede obtener la tutela del art. 363 y volver a obtener el derecho dominial. Por lo demás, esto se refuerza apenas se considere que la segunda transferencia, instrumentada en la Escritura Pública N° 3, del 10 de abril del 2002, pasada por ante la Escribana Marta Inés Chaparro Escobar, no solo fue atacada específicamente de nulidad, sino que la misma tampoco puede valer tan siquiera como instrumento privado *ex art. 379 del Cód. Civ.*, ya que la elaboración de dicha escritura ameritó nada menos que un proceso penal seguido a la mencionada Escribana, conforme se aprecia de la lectura de la S.D. N° 19, del 10 de marzo de 2006, dictada por la Jueza Penal de Garantías de la Etapa Intermedia, Abg. María Gricelda Caballero, obrante a fs. 118/122 de autos, en respuesta al oficio librado a f. 123, el 26 de abril de 2006.

En dicho procedimiento penal, abierto en específica relación con la Escritura Pública N° 3, arriba referida, cuya elaboración motivó la denuncia que diera pie a su tramitación -de acuerdo al relato de la imputación obrante a f. 119 y vlto.- la escribana Marta Inés Chaparro Escobar fue condenada en virtud de su admisión de haber cometido el hecho punible de producción de documentos públicos de contenido falso. En la imputación fiscal se indica que la Sra. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia, que aparece como vendedora en el segundo acto, *“no han transferido parte del inmueble mencionado en la Escritura Pública N° 3, de fecha 10/04/02, pasada ante la Escribana Pública MARTA INÉS CHAPARRO ESCOBAR (109 Has. 4785 M2), pues no han firmado dicha escritura pública”* (f. 244 vlto., compulsas de la carpeta fiscal, que corren por cuerda). Allí también se consigna que la supuesta vendedora jamás otorgó el acto.

Esta imputación es la que resume los hechos admitidos por la escribana Chaparro Escobar en la causa de referencia, que motivaron la condena arriba referida. En estos términos, también aquí hubo una falsificación, comprobada y decidida en sede penal, que demuestran que el segundo acto de transferencia tampoco fue realizado como tal, es decir, no existe el consentimiento del presunto vendedor, con lo que nuevamente se produce el mismo vicio que el relatado en relación con la primera escritura, faltando el consentimiento a norma del art. 673 inc. a) del Cód. Civ.

En esta condición, obviamente quedó verificada la nulidad del segundo acto de venta –que en puridad no fue tal precisamente porque se falsificó la firma de la vendedora, quien en realidad no celebró dicho acto– en los términos del art. 359 del Cód. Civ. En palabras sencillas, la primera venta tuvo la falsificación de la firma del vendedor, quien nunca celebró el contrato. La segunda venta tuvo idéntico vicio, comprobado en sede penal y concluido con una condena a la Escribana que participó en dicha falsificación.

A la luz de estas circunstancias, obviamente los actos jurídicos objeto de la demanda, como tales, son nulos, por ausencia total del consentimiento requerido por el art. 673 inc. a) del Cód. Proc. Civ. Obviamente, consecuencia de dicha nulidad será la aplicación del art. 361 del Cód. Proc. Civ., con la cancelación de la inscripción de los actos anulados a norma del art. 303, inc. c), del Cód. Org. Jud., con lo que queda vigente la inscripción a nombre de la actora, tal como se indicó en los considerandos de la resolución recurrida (f. 687 vlto.) La sentencia recurrida, en consecuencia, se ajusta a derecho, por lo que debe ser confirmada, con costas de la instancia a los apelantes perdidosos en mérito a los arts. 192, 203 inc. a) y 205 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

ASU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI DIJO: Que los recurrentes Abog. Jorge Prieto, en representación de Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y Juan Marcos Evang Estigarribia Notario, y Abog. Maribeth Domínguez, en representación del Escribano Oscar Ariel Escudero Portillo, interponen recurso de apelación contra el Acuerdo y Sentencia N° 109 del 3 de agosto de 2012, dictado por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Segunda Sala de la Capital, específicamente en sus puntos 2° y 4°, por los cuales el Ad-quem resolviera, revocar la sentencia de primera instancia N° 28 de fecha 28 de febrero de 2011, haciendo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico de la escritura pública N° 44 de fecha 30 de noviembre de 1998, y escritura pública N° 3 de

fecha 10 de abril de 2002, así como a la cancelación de su inscripción, y en su punto 4º cuando impone las costas a los demandados, por aplicación de los arts. 192 y 203 del C.P.C.

Antes de continuar con el desarrollo de los agravios esbozados por las partes y su contestación, es menester señalar, conforme al principio de la doble instancia confirmatoria que los puntos debatidos en esta instancia corresponden al 2do. y 4to. punto de su parte resolutive, más no así al 3º, por cuanto que el mismo confirma el fallo de primera instancia, y por lo tanto irrecurrible ante esta instancia de conformidad a lo que dispone el art. 403 del C.P.C., conforme al principio de la doble instancia confirmatoria.

Volviendo al tema lidiado vemos que cimenta el recurso interpuesto, el primero de los apelantes nombrados más arriba, en que el fallo dictado por la Cámara resultó injusto para su parte debido, manifiesta, en primer lugar la falta de legitimación para accionar de la actora con respecto al señor Ramón Habegger, que fuera deducida por la vía de la excepción pertinente, rechazada luego por A.I. N° 727 de fecha 10 de junio de 2006, y confirmada por A.I. N° 766 de fecha 27 de octubre de 2006. Menciona que este fallo no fue notificado a las demás partes demandadas, razón ésta por la cual, sostiene, el Ad-quem no puede sustentar en su Acuerdo y Sentencia que la cuestión de la legitimación es cosa juzgada para todas las partes.

Por otro lado señala que se agravia del razonamiento esgrimido por el inferior y de la no valoración de los elementos probatorios que obran en autos, y refiere que debieron abarcar a todos los diligenciados y producidos en tiempo y forma, como la falta de titularidad de la actora con respecto del inmueble objeto de la transferencia por escritura pública cuya nulidad se reclama en el presente proceso, y en el hecho que de la declaración de la actora ante la unidad fiscal, a fs. 231-232 de la carpeta de investigación fiscal, cuando manifestó que nunca recibió inmueble alguno por parte del IBR, ni realizó gestión alguna.

Menciona además que el inferior fundó su resolución en una prueba nula y sin eficacia jurídica, como lo es la pericia, lo cual agravia a su mandante ya que dicha sentencia, según menciona, pretende despojarles de un bien inmueble de su propiedad, solicitando finalmente sea revocado el acuerdo y sentencia cuestionado.

A su turno, la abogada Maribeth Domínguez señala que agravia a su parte la sentencia recurrida, basando su exposición básicamente en las reseñadas con

motivo del estudio y análisis del recurso de nulidad resuelto ut-supra, referentes a: la falta de titularidad del inmueble que legitime la capacidad de accionar a la actora; la agregación tardía de la prueba pericial como elemento probatorio determinante en el estudio y decisión del fallo apelado; y en la declaración realizada por la actora ante la unidad fiscal mencionada más arriba al señalar que nunca realizó gestión ante el IBR, para adquirir propiedad alguna, y solicita como corolario, sea revocado el acuerdo y sentencia recurrido, confirmando el fallo de primera instancia, y se impongan las costas a la actora.

Al hacer lo propio, el Abogado de la parte actora rechaza los argumentos de los apelantes por carecer, según señala, del sustento legal suficiente para su procedencia, y menciona que en cuanto a la cuestionada titularidad de la Sra. Nilda Lorenza Insfrán de Ramírez sobre el inmueble individualizado como Finca N° 613 de Ypejhú, los recurrentes exhiben una postura contradictoria, por cuanto que al contrario de todo lo manifestado por sus partes, resulta que en la escritura pública objetada con esta demanda, los mismos Sres. Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y Juan Marcos Evang Evangelista Notario, señalan que adquieren la propiedad del inmueble de la actora, y el propio Escribano Público, reseña que el inmueble le corresponde a la actora.

En cuanto a la prueba pericial, señala que la etapa para cuestionar la agregación de la misma a autos se encuentra preclusa y por lo tanto consentida su agregación, y por último señala que en las compulsas de la carpeta fiscal se encuentra la denuncia de la Directora de los Registros Públicos ante el Ministerio Público en contra de Valdeli Regina Lacerda de Estigarribia y otros, en donde ésta última fue condenada por la comisión del hecho punible contra las relaciones jurídicas. Termina su escrito el citado profesional solicitando la confirmación del fallo apelado, con costas.

Estando así delineado el debate ante esta instancia en cuanto a los puntos controvertidos del fallo recurrido, esto es, los puntos 2° y 4°, debemos referirnos conforme lo consagra el principio secundum allegata et probata, a lo debatido y probado por las partes en autos y confrontarlos con los puntos mencionados, en cuanto al argumento esgrimido por el fallo recurrido.

En primer lugar uno de los temas debatidos por los recurrentes se refiere a la eficacia probatoria de la prueba pericial caligráfica realizada en autos y agregada al mismo en oportunidad de la tramitación del proceso en primera instancia, en cuanto a su admisibilidad dentro del proceso.

Se vuelve a recalcar en este punto que dicha probanza, cuya agregación fuera dispuesta por el Aquo, al momento del cierre del período probatorio, no fue cuestionada por las partes, ni en cuanto a su agregación a estos autos, ni en cuanto a su contenido, dejando transcurrir el plazo procesal pertinente a los efectos del ejercicio eventual del elemento procesal que la ley otorga a las partes dentro de todo proceso, a fin de que, si legítimo fuere, puedan ejercitarlo, de otro modo y ante la ausencia y omisión de actitudes en el obrar de las partes para el ejercicio de tales derechos, se tiene o se traduce en una postura que consiente la decisión tomada o anterior resuelta, y que en el caso de autos se refiere a la agregación de la citada prueba, como pieza procesal de que puede disponer el juez al momento de realizar la valoración de la misma en su conjunción con los demás elementos probatorios arrimados.

En esa inteligencia y por razones de orden público, debe respetarse dentro del proceso la preclusión de sus etapas, como garantía de seguridad de los actos jurídicos en ellos realizados. La preclusión consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites temporales fijados por la ley para su ejercicio y opera como un impedimento o una imposibilidad, por ello la facultad procesal no usada se extingue. La preclusión consiste en el impedimento de retornar a las etapas ya clausuradas. El Art. 103 del CPC dispone, PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN: clausurada una etapa procesal no es posible renovarla, aunque haya acuerdo de partes. Por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso.

Quedando bien aclarada la cuestión impetrada en cuanto a la pertinencia de la prueba pericial ofrecida y producida, en cuanto a la admisión dentro del proceso, debemos considerar que al no ser impugnada tampoco en cuanto a su contenido, la misma resulta más que pertinente y por lo tanto válida en juicio, y ajustada para establecer el punto debatido en esta demanda, que apunta a dilucidar la validez de la firma, de cuya falta de autenticidad se refiere la nulidad de escritura pública demandada, es decir, por haber sido negada como auténtica la firma estampada al pie de la citada escritura pública de transferencia del inmueble individualizado como Finca N° 613 de Ypejhú, escritura ésta N° 44 de fecha 30 de noviembre de 1998.

En este punto vemos que el Adquem hizo una valoración ajustada a derecho en cuanto a dicha probanza, más aún teniendo en cuenta que de ella surge que la firma de la actora en la citada escritura pública en donde supuestamente

transfiere el citado inmueble es falsa, situación esta que motivara la acción planteada por su parte con la presente demanda que se ventila dentro de este proceso. Se observa además que dicha prueba fue diligenciada por profesionales en la materia requerida, quienes tomaron como base de su dictamen firmas indubitadas, cotejadas estas con la apócrifa señalada, con lo cual observando las mismas, claramente puede concluirse que la apreciación realizada en el fallo del inferior se encuentra ajustada a lo dispuesto en el art. 360 del C.P.C.

Llegando a la conclusión de la falsedad de dicha firma, conforme la pericia realizada y en concordancia con lo afirmado en ese sentido por la accionante en oportunidad de su escrito de demanda y contestación de los agravios del presente recurso, vemos que el acto jurídico de la compraventa adolece de un vicio serio y necesario para su validez, específicamente en cuanto al consentimiento, que según su texto, fuera expresado en el mismo por parte de Nilda Lorenza Ynsfrán de Ramírez.

Al concluirse que quedó plenamente probada la falsedad de la firma de la accionante en la escritura pública de transferencia en cuestión tenemos sin lugar a dudas que ella carece de la firma de la Sra. Nilda Ynsfrán y por lo tanto dicho instrumento público se torna nulo, por falta de un requisito indispensable, como sería en este caso el consentimiento de dicha venta por parte de la vendedora, expresada con su firma al pie del instrumento o escritura pública (Art. 673 inc. a) del C.C.).

Así mismo vemos, en consecuencia, que el acto jurídico que carece de un requisito primordial indispensable como lo es la ausencia de la firma de una de las partes, el negocio jurídico resulta igualmente nulo acorde a lo dispuesto en nuestra ley de fondo en la disposición del inc. d del artículo 357, en concordancia con el art. 396 inc. g) de nuestra ley de fondo.

Otro punto cuestionado por los recurrentes tiene relación con el hecho de que en autos no fue acreditada la propiedad del inmueble objeto de dicha venta con respecto a la actora, a los efectos de la procedencia de la presente acción.

Es de recordar que por el objeto debatido en el presente juicio, no se hace necesario e indispensable el requerimiento apuntado. En el caso, se reclama la nulidad de una escritura pública de transferencia de un bien, celebrado presuntamente por las personas mencionadas en la escritura pública N° 44 señalada, en la cual la demandante denuncia su no participación en dicho negocio jurídico y la falsedad de la firma que en el mismo se le atribuye. Esta situación le faculta

o legitima por demás, para el ejercicio de la acción que se contiene en este pleito, en razón de tratarse de un negocio jurídico que la envuelve como una de las responsables.

Quedando plenamente comprobada la falsedad de la firma corresponde declarar la procedencia de la demanda de nulidad del acto jurídico derivado de la escritura pública N° 44, de fecha 30 de noviembre de 1998, y la cancelación de su inscripción en los Registros Públicos, así como de la escritura pública N° 3 de fecha 10 de abril de 2002, pasada por ante la escribana Martha Inés Chaparro, por la cual Lacerda de Estigarribia, transfiere nuevamente una parte de la citada propiedad al señor Ramón Habegger Agüero, y que fuera inscripta esta última bajo el N° 127 en fecha 12 de julio de 2002, por derivar de un acto igualmente nulo (Art. 363 del C.C.).

El razonamiento jurídico delineado en los párrafos precedentes, no puede sino llevar a la conclusión de que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho, debiendo en consecuencia ser confirmada, incumbiendo además imponerse las costas a la perdedora de conformidad a lo dispuesto en los arts. 192, 203 inc. a), y 205 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA PUCHETA DE CORREA DIJO: Que comparte y se adhiere a los votos que anteceden, por sus 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:

SENTENCIA NÚMERO: 793.

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

RESUELVE:

DESESTIMAR los recursos de nulidad interpuestos.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

COSTAS de la instancia a los apelantes perdedores.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Alicia Pucheta de Correa, Oscar Bajac y Raúl Torres Kirmser.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.403

Cuestión Debaticida: *Se estudia la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados como consecuencia de querrela desestimada en Sede Penal.*

DAÑO MORAL.

Confirma la demanda de indemnización de daños y perjuicios, por daño moral causado como consecuencia de la promoción de la querrela planteada por la ahora demandada ya que el derecho de las demandantes a ser resarcidas económicamente radica en el hecho de haber estado sometidas a un proceso del cual han sido absueltas de culpa y pena. Y el estar sometido a un proceso penal de por sí produce en toda persona una temor natural, un estado de intranquilidad, lo cual debe ser resarcido.

C.S.J. Sala Civil y Comercial. 22/10/13. “DIGNAMERCEDES AYALA DE SÁNCHEZ Y OTROS c/ MARÍA CONCEPCIÓN ZÁRATE s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD”. (Ac. y Sent. N° 1403).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

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

A primera cuestión, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: La recurrente no ha fundado Recurso, y al no advertirse vicios que ameriten pronunciamiento de oficio, corresponde declararlo Desierto según lo dispuesto en el Artículo 419 del Código Procesal Civil. Así voto.

A sus turnos, los señores Ministros Torres Kirmser y Bajac Albertini manifestaron: Se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por el Fallo impugnado el Ad quem resolvió: “TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto; REVOCAR, con costas, la S. D. N° 1.031 de fecha 04 de diciembre de 2008, dictada por la Jueza de Primera Instancia en

lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y en consecuencia hacer lugar a la presente acción indemnizatoria y condenar a la demandada a pagar a cada una de las actoras la suma de Guaraníes Diez Millones (Gs. 10.000.000), con un interés del 2,5% mensual a partir de la notificación de la presente demanda, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; ANOTAR, registrar...” (fs. 81/4).

Contra esa Resolución se agravió la recurrente esgrimiendo que su conducta no podía generar per se responsabilidad indemnizatoria pues debía concurrir dolo, temeridad o culpa, circunstancia que –según ella– no aconteció. Sostuvo que la querella fue perdida por abandono y negligencia de su abogado, afirmando que existieron elementos probatorios suficientes que justificaron la promoción de dicha acción, aseverando que actuó en defensa de los derechos de su menor hija. Señaló que la querella no fue temeraria y que prueba de ello era que aquella tuvo extenso trámite de seis años. (fs. 90/3). La adversa contestó traslado en los términos de su escrito de “expresión de agravios”, solicitando confirmatoria del Fallo impugnado.

Revisadas las constancias procesales se advierte que Digna Mercedes Ayala de Sánchez y Blanca Amelia Marecos de Bogado promovieron demanda de indemnización de daños y perjuicios contra María Concepción Zárate, por daño moral causado como consecuencia de la promoción de la querella planteada por la ahora demandada. Aseveraron que aquella las querelló en base a acusaciones falsas, imputándoles la comisión de hechos punibles contra la libertad, amenaza, coacción grave que supuestamente cometieron contra su entonces menor hija, sometiendoles injustamente a un tortuoso juicio de casi 6 años de duración que –finalmente– culminó con la absolución de culpa y pena. Señalaron que en el lapso del Juicio recorrieron todas las Instancias incurriendo en innumerables gastos. Alegaron que estar sometidas por tanto tiempo a un proceso penal sin sentido, antojadizo y malicioso les produjo enorme estrés, afectándose su tranquilidad ante el temor de ser vulnerada en su libertad (fs. 29/30).

La demandada esgrimió que no existía daño que reparar, afirmando que las accionantes no acompañaron prueba del perjuicio. Señaló que pagó honorarios profesionales de abogados que representaron a las accionantes en la querella criminal. Sostuvo que la sentencia penal no se pronunció sobre la inexistencia del hecho, razón por la cual no tenía obligación de responder por daños y perjuicios (fs. 35/8). Los accionantes refutaron alegaciones de la demandada,

arguyendo que aquella pretendía minimizar el daño causado y que los honorarios profesionales eran totalmente ajenos al reclamo, pues el objeto de la demanda era indemnizar el daño moral por la querrela instaurada en forma falsa y temeraria (fs. 43/4).

Se estudia la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados como consecuencia de querrela desestimada en Sede Penal.

Es dable puntualizar, en primer lugar, que la querrela criminal, que sirve de fundamento a la presente demanda de indemnización, fue promovida por María Concepción Zárate, en representación de su menor hija Celia Magali Concepción Caballero Zárate, y no a nombre propio. Esa circunstancia haría que aquella –en principio– carezca de legitimación pasiva. Sin embargo, no debemos soslayar que estamos en el ámbito del Derecho Privado, escenario en el que los derechos pueden ser renunciables, siempre y cuando esa renuncia no afecte al orden público, es decir, no esté prohibida por Ley, según disposición expresa del Artículo 10 del Código Civil. En el caso, se constata que la accionada no opuso Excepción de Falta de Acción, por el contrario, ha contestado demanda, participando activamente del Proceso, es decir, asumiendo –sin controversia– calidad de demandada, por lo que a esta Máxima Alzada le está vedado pronunciamiento sobre la legitimación de aquella.

Hecha esa aclaración, corresponde examinar si fueron acreditados los siguientes requisitos: el hecho generador; la imputación de responsabilidad; la existencia del daño y su quantum.

El hecho generador no fue controvertido por la recurrente. En efecto, aquella reconoció que promovió querrela contra los accionantes, que su tramitación duró seis años, y que –finalmente– fue rechazada. Por ello, cabe determinar si ese hecho constituye conducta antijurídica susceptible de generar responsabilidad y, en tal caso, si ocasionó el pretendido daño moral.

El Artículo 1833 del Código Civil establece que el que comete acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Por su parte, el artículo 1834, inciso c), de dicha normativa dispone que los actos voluntarios tienen carácter de ilícitos “*siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratara de una simple contravención*”.

Del expediente penal, agregado por cuerda, se constata que la accionada promovió querrela criminal contra las accionantes por hechos punibles contra la libertad, coacción grave y amenaza. En esa oportunidad sostuvo que los quere-

llados, en su ausencia, fueron a su domicilio y coaccionaron a su hija adolescente para que suscriba, ante Escribanía Pública, documento por el cual se hacía responsable del dinero que adeudaba. Refirió que aquellos amenazaron a su hija que en caso de no suscribir tal documento, no recibiría título de egresada y que, además, la querellante sufriría consecuencias en su trabajo. Aseveró que a causa de la presión que sufría por parte de los querellados, su hija intentó sacarse la vida.

La querella fue desestimada por insuficiencia probatoria pues “no existen elementos de convicción que otorguen certeza al Juzgado sobre la participación en la comisión del hecho investigado...” “... la representante del Ministerio Público no ha aportado prueba alguna con relación a la supuesta responsabilidad del encausado en la comisión del hecho punible” (vide: fs. 151/8).

La querella no puede reputarse como calumniosa o dolosa, no es menos cierto que aquella es culposa. En efecto, del examen del expediente penal se aprecia que aquella fue entablada sin fundamento objetivo suficiente ni la cuidadosa valoración de elementos de cargo, probanzas, etc., con que se contaba antes de presentarla. La hoy demandada (a la sazón querellante), no acreditó los extremos denunciados en su querella, actuando con culpa grave, en forma ligera, desprolija, superficial, descuidada y sin fundamento fáctico ni jurídico alguno pudiendo su conducta enmarcarse en los Artículos 1833 y 1834 del Código Civil. Por lo demás, aquella no puede exonerarse de tal responsabilidad alegando que la querella se perdió por abandono y negligencia de su abogado.

En Fallos anteriores hemos señalado que la culpa se configura “cuando el agente se arriesga con una temeridad equivalente al dolo. En el caso de la denuncia (...) la culpa es grave cuando se denuncia un hecho sin fundamento objetivo alguno, sea un hecho falso o bien a una persona cuya inocencia conocía o debía conocer” (De Olmos, Marcelo, “La responsabilidad civil del denunciante frente a la absolución del imputado”, JA 1.984-IV-710).

La responsabilidad civil, entonces, se excluye cuando ha existido convicción razonable fundada en los hechos llegados a conocimiento del accionante, respecto de la culpabilidad de la persona demandada, circunstancia que no se dio en el sub-examine. En efecto, consideramos que la querella instaurada por la accionada fue temeraria, pues aquella formuló acusaciones graves contra la hoy accionante, llegando –incluso– a responsabilizarla del intento de suicidio de la menor, acusación que –por su gravedad– requería pruebas contundentes, pre-

cisas y concluyentes, extremo que no se dio. Ello puede constatarse del Fallo emitido por el Juez Penal que consideró: “... *Que, consiguientemente, entendemos que entre la simple existencia de una imputación en contra del procesado, sin evidencia alguna, que pueda corroborar dicho extremo, corresponde la absolución de los mismos*” (fs. 157 vlt.). En ese mismo sentido se ha pronunciado la fiscal adjunta, María Soledad Machuca (fs. 140/3).

Corresponde entonces determinar si esa conducta antijurídica generó daño moral susceptible de ser indemnizado. Las accionantes sostuvieron que a consecuencia de la querrela se generó estado de preocupación e intranquilidad ante el temor de ser vulnerada la libertad. Digna Mercedes Ayala de Sánchez esgrimió que el daño moral fue incrementado pues era profesional de la educación, sin ningún otro antecedente que pueda desacreditar su labor profesional y personal. Señaló que la querrela criminal tomó estado público, afectando negativamente su reputación y la consideración de su persona en la comunidad.

En Fallos juzgamos que para acreditar la existencia del daño moral, se parte de la presunción de hecho que el agravio moral es el efecto natural de la imputación deshonrosa; luego, no requiere demostración. “*Basta la prueba de la conducta antijurídica, el daño moral se prueba in re ipsa, o sea, que su demostración surge de la existencia de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de la víctima*” (Brebba, “El daño moral”, Rosario, 1967, p. 336).

Bustamante Alsina explicita: “Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No Creemos que el agravio moral debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión” (“Equitativa valoración del daño no mensurable”, La Ley- 1.990-A-655).

Quien, como en el caso, formula querrela negligente y sin fundamentos, afectando el buen nombre de los querellados, comete suma imprudencia y queda obligado a reparar el daño inferido a su honor. El estar sometido a una querrela por largos años (6) crea ansiedades, molestias, incertidumbres, malos ratos, circunstancias que ameritan ser resarcidas.

Von Ihering ilustra: “Al que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas

a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene” (“Ouvres choisies”, París, 1983, t. II. ps. 154, 155 y 179).

Para establecer el quantum del daño moral debe considerarse la edad, condición social, cultural, profesional, etc. de las víctimas. Respecto a Digna Mercedes Ayala de Sánchez, quedó suficientemente acreditado que es profesora de educación escolar básica (fs. 26/8), por lo que la acusación de un supuesto hecho de coacción grave y amenaza a una alumna de colegio tiene notable incidencia a la hora de apreciar el daño moral. Y, precisamente desde esa perspectiva, es posible escindir el hecho como generador de futuras consecuencias personales, profesionales y sociales que bien podrían ser negativas para ella. La situación de Blanca Marecos de Bogado no es distinta a la de aquella pues se trata de una madre de familia con buena reputación.

El Ad quem otorgó a cada una de las accionantes la suma de Gs. 10.000.000, más el interés del 2,5% mensual a partir de la notificación de la demanda. Ese monto fue aceptado por aquellas al no haber apelado tal resolución, por lo que queda por establecer si esa suma se encuentra ajustada a Derecho. La accionada no se ha expedido específicamente respecto al quantum de la condena ni tampoco en lo concerniente a los intereses fijados. Pero resulta que, al solicitarse revocatoria del Fallo, cabe pronunciarse sobre esas cuestiones.

En ese sentido consideramos que la suma fijada por el Ad-quem resulta insuficiente para reparar el daño moral. Sin embargo, dado que las accionantes no han solicitado mejora de condena, corresponde confirmarla. En cuanto a los intereses, de constancias procesales surge que dichos accesorios legales fueron expresamente solicitados por la accionante y se ajustan a la ponderación de tasas fijadas por el Banco Central del Paraguay.

En estas condiciones, en Derecho corresponde confirmar el Fallo impugnado, con Costas a la perdedora en atención a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro José Raúl Torres Kirmser, dijo: En primer término, corresponde encuadrar aquí la demanda entablada por la parte actora, que es un típico caso de responsabilidad por querrela temeraria, es decir, de una actividad procesal en sede penal acompañada por temeridad o abuso. En el caso de autos, dicha situación es invocada por los accionantes meramente en función de la promoción de la querrela penal en su contra, cuyas constancias corren por

cuerda, que de acuerdo a lo postulado en la demanda fue promovida de manera irresponsable (f. 29).

Ya esta sola constatación, esto es, que la demanda se propone en virtud de la querrela promovida contra los actores en sede penal, lleva a la necesidad de desestimar indefectiblemente la pretensión promovida por los accionantes. En efecto, los mismos dirigen su pretensión indemnizatoria en contra de la Sra. María Concepción Zárate, quien habría sido la querellante en el proceso penal caratulado: “DIGNA MERCEDES AYALA DE SÁNCHEZ, BLANCA DE BOGADO Y EUSTAQUIO WENCESLAO IRRAZÁBAL S H.P. CONTRA LA LIBERTAD, COACCIÓN GRAVE Y AMENAZA”, autos que corren por cuerda.

Empero, esto no se ajusta a la verdad. El escrito inicial de dicho proceso (f. 3) es clarísimo en indicar que la Sra. María Concepción Zárate no actúa por derecho propio, es decir, no es ella en primera persona la querellante, sino que lo hace en representación de su menor hija Celia Magalí Concepción Caballero Zárate, quien es la que reviste tal calidad. Es decir, la Sra. María Concepción Zárate no es la querellante, sino que lo es su hija Celia Magalí, contra quien la presente demanda indemnizatoria no fue promovida. El A.I. N° 2420, de fecha 30 de diciembre de 1999, obrante a f. 8 del expediente penal, se pronuncia en el mismo sentido, indicando claramente que la querrela criminal es promovida por la Sra. María Concepción Zárate en representación de su hija menor Celia Magalí Concepción Caballero Zárate.

No caben dudas de que la querellante es esta última, Celia Magalí Concepción Caballero Zárate, y que la Sra. María Concepción Zárate actuó solamente en su calidad de representante legal, de acuerdo a la norma del art. 40 inc. b) del Cód. Civ. Por ende, quien es querellante es la hija, y no la madre. En consecuencia, al no haber actuado María Concepción Zárate por derecho propio, y por ende al no haber asumido la calidad de querellante en el juicio penal, es completamente imposible atribuirle algún tipo de responsabilidad, por contravenir los principios básicos del instituto de representación. En efecto, es verdaderamente elemental el principio según el cual los actos del representante se reputarán como celebrados por el representado, de acuerdo al art. 344 del Cód. Civ., por lo que el representante queda completamente exento de responsabilidad al respecto. En tales condiciones, la constatación de que la querrela penal no fue promovida por la Sra. María Concepción Zárate, sino por su hija, Celia Magalí Concepción Zárate, es argumento absorbente y decisivo a los efectos de excluir

todo tipo de responsabilidad contra la demandada en estos autos, quien no ha sido querellante en sede penal, por todo lo dicho.

Con esto, se advierte claramente que la sentencia en recurso, por este solo argumento, debe ser indefectiblemente revocada, por no ajustarse a derecho conforme con lo expuesto, debiendo quedar firme el rechazo de la demanda decidido en primera instancia.

A este respecto, debemos recordar los argumentos ya sostenidos por esta Magistratura in re “BLANCA BARTOLA ARÁMBULO ROJAS C/ DANIEL FARIÁS LESME Y OTRO s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL”, en los términos del voto asentado en la S.D. N° 1004, del año 2011, dictada por esta Sala. Hemos dicho ahí, y viene a cuento repetirlo en esta sede, que “la pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. En estos casos la prueba de la legitimación se encuentra absorbida por la prueba de la relación jurídica sustancial. Si A, por ejemplo, demuestra haber dado a B en locación un inmueble de su propiedad, también prueba, al mismo tiempo, que se halla legitimado para deducir la pretensión de desalojo frente a B, y que este, como locatario, reviste legitimación como sujeto pasivo (lo cual no debe confundirse, naturalmente, con el eventual derecho que puede asistir a las partes, pues este es tema que concierne a la fundabilidad de la pretensión)” (Palacio, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 16° ed., 2011, p. 104).

Efectivamente, la falta de acción hace únicamente a la cuestión relativa a la titularidad de la relación jurídica sustancial, pero no al derecho que asiste a las partes ni al mérito de la demanda, que es cuestión distinta, y claramente ha de ser decidido en oportunidad de dictar sentencia definitiva, es decir, en esta oportunidad: “De este modo, la conformidad de la pretensión con el derecho depende de la causa pretende, o sea de los hechos jurídicos que la sostienen, enunciados en la demanda, y de las peticiones de la demanda o conclusiones que de todos ellos se deducen. Por esto puede decirse que la razón se distingue en razón de hechos y de derecho. La razón de la pretensión se identifica con la causa pretende de la demanda. El juez debe resolver sobre ambos elementos, sea para acceder a lo pretendido o para rechazarlo. Si encuentra que existe la conformidad que se reclama entre los hechos, el derecho material y el objeto pretendido, reconoce o declara las consecuencias jurídicas que en las peticiones se precisan,

o las niega, en la hipótesis contraria. Esas consecuencias o conclusiones no son el fundamento de la pretensión, sino su objeto, de la misma manera que los hechos constituyen su fundamentos y no su objeto” (Devis Echandía, Hernando. “Nociones generales de derecho procesal civil”. Aguilar, Madrid, 1° ed., pp. 218 y 219).

Naturalmente, esto no es sino la aplicación del art. 159 del Cód. Proc. Civ., que impone al juzgador, en la sentencia definitiva, el deber de calificar las pretensiones según correspondiere por la ley declarando el derecho de los litigantes. En el caso de autos, este deber se robustece por no haber habido pronunciamiento previo, en los términos del art. 224 del Cód. Proc. Civ., por lo que la cuestión no adquirió calidad de cosa juzgada y, por ende, es deber del juzgador apreciarla a tenor del art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ., precisamente porque hace al derecho de los litigantes. Lo contrario implicaría, incluso a tener de un análisis meramente lógico, tener que admitir la posibilidad de dictar sentencia acogiendo una determinada pretensión aún cuando no concurren los presupuestos normativamente establecidos para tal efecto, lo cual desde luego, en nuestra opinión, contraviene al principio que el art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ. consagra.

Ello indica que la postulación de un determinado sujeto como parte “se halla circunscripta al área del proceso: es parte quien reclama, o frente a quien se reclama la protección jurisdiccional, o sea, quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos y pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia de que revistan o no el carácter de sujetos legitimados, porque la legitimación constituye un requisito de la pretensión y no de la calidad de parte. Si esta, en otras palabras, no se encuentra legitimada, ocurrirá que su pretensión será rechazada, pero esta contingencia no la privará de aquella calidad”. (Palacio, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 16° ed., 2001, p. 224). En otros términos, la asunción de la calidad de parte en nada afecta a la pretensión, que debe ser juzgada en cuanto a su procedencia al tiempo de dictar sentencia definitiva, máxime cuando no ha habido debate previo en relación con lo que ciertamente hace al pronunciamiento sobre el derecho del litigante en cuanto al amparo que la situación ventilada merece bajo la luz de la norma de fondo, lo cual puede y debe ser apreciado en la sentencia definitiva. Esto es lo que previene, en otros términos, el art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ., al requerir pronunciamiento sobre el dere-

cho de los litigantes. Es claro que al presentarse el demandado y controvertir la procedencia de las pretensión, pidiendo su rechazo (fs. 35/38) el deber de determinar el derecho aplicable y pronunciar sentencia conforme a derecho incluye, como aspecto esencial, el amparo de la norma de fondo a la situación ventilada. Es casi ineludible la cita de un connotado procesalista nacional, que con gran claridad comenta la norma ala que aludimos: “Queda ahora por establecer si están dados los presupuestos para la procedencia de la acción, que se traducen en el derecho, la calidad y el interés. Lo primero que cabe analizar es si la pretensión del demandante está sustentada en una norma legal, lo cual comprobará la existencia o no de un derecho subjetivo jurídicamente protegido; la falta del derecho puede surgir de la inexistencia de un hecho que sea capaz de dar origen a una relación jurídica o de la existencia de un hecho impeditivo, modificatorio o extintivo de la relación jurídica. Una vez establecida la existencia del derecho, cabe todavía indagar acerca de si existe o no conformidad entre quien está amparado por la norma y quien ha promovido la acción, ya que puede ocurrir que efectivamente exista el derecho invocado, pero quien lo invoca no es su titular; de ser así, se dirá que el demandante no tiene calidad, porque no está legitimado para reclamar el derecho en cuestión” (Mendonca Bonnet, Juan Carlos. Comentario sub art. 159 del Cód. Proc. Civ., en “Código Procesal Civil de la República del Paraguay comentado”. Asunción, La Ley Paraguaya, 1° ed., 2012, tomo I, P. 420).

Es claro que el análisis de la procedencia jurídica de la acción implica –necesaria e ineludiblemente– determinar si quien promueve la acción se halla amparado por la norma jurídica, y esa operación es materia de la sentencia definitiva, debe serlo, máxime si no se ha debatido ni juzgado con anterioridad como excepción previa. Ciertamente, este aspecto forma parte de la subsunción de los hechos al derecho, que como tal “es el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstarcta, genérica e hipotética contenida en la ley. Mediante este procedimiento de coordinación, ya existente en la dialéctica socrática-platónica y en la lógica aristotélica, las sustancias afines se confunden y las desafines se separan. El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador. Y esto ocurre de tal manera, que ha llegado a sostenerse que la situación surgida es idéntica a la que ocurriría se el legislador fuese llamado a decidir mediante una ley el caso concreto sometido

a la resolución del juez” (Couture, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”. Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., 1958, p. 285).

En este sentido, aquí no puede hablarse de renuncia ex art. 10 del Cód. Civ., ya que el demandado concretamente se opuso a la pretensión y abogó por su rechazo (fs. 35/38). Mediando esta situación, con el consiguiente conflicto de intereses que el órgano jurisdiccional está llamado a dirimir, es parte esencial de dicha decisión configurar los hechos y adecuarlos a la norma vigente, operación en la cual la identificación del sujeto tutelado por la norma es esencial. Lo contrario llevaría a acordar un derecho a quien carece de él, y ciertamente contraviene el art. 15, en sus incisos b) y c), del Cód. Proc. Civ.

Dicho esto, que resulta absorbente en torno a la improcedencia de la pretensión, debemos indicar, en carácter de obiter dicta, debemos indicar que en torno a la figura de la querrela temeraria esta Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado repetidamente en el sentido de sostener que el ejercicio del derecho de querellar, o de denunciar, o más en general, de promover la actividad jurisdiccional no puede ser considerado per se ilícito, si no viene acompañado de una temeridad o de un abuso que desvíe por completo las finalidades del acto de que se trate, y consiguientemente se configure una situación que se traduzca una completa desviación que concluya en una instrumentación de la denuncia, querrela o proceso civil del que se trate. En este sentido, véanse, por ejemplo, las S.D. N° 326, de fecha 7 de julio de 2010; y N° 553, de fecha 22 de julio de 2008. En la S.D. N° 1286, de fecha 3 de diciembre de 2007, se mencionan otros varios precedentes jurisprudenciales en idéntico sentido; y últimamente, se ha dicho esto en los autos “RUBÉN GUSTAVO SERVIÁN CAMPOS c/ CITIBANK N.A. s/ IND. DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL”, resueltos por esta Sala Civil en virtud de S.D. N° 661, de fecha 19 de octubre de 2011.

En el presente caso, tal temeridad, que viene a configurar la desviación e instrumentación necesaria para la procedencia de la demanda, no aparece como subsistente, contrariamente a lo sostenido por el actor en su contestación de agravios ante esta Sala Civil (fs. 95/97), donde indica que en sede penal las pruebas producidas por las querelladas confirmaron que los hechos en los que sustentó dicha actividad procesal no existieron, demostrándose el carácter infundado de la querrela, lo cual habría sido confirmado incluso por el Agente Fiscal interviniente en dichos autos.

A este respecto, debe puntualizarse que la cuestión ha sido decidida, en la sentencia definitiva recaída en sede penal, en aplicación del principio *in dubio pro reo* (fs. 151/158), en base a la contraposición de testimonios rendidos en sede penal. Esto es, en virtud del principio interpretativo de referencia, se dio mayor peso a unas testificales respecto de otras. Empero, no puede considerarse que la parte querellante –que, como ya lo dijéramos, no es la demandada en estos autos– haya sido negligente a la hora de fundar la promoción de la querrela, o con posterioridad, en la etapa de producción de pruebas, ya que ha producido las testificales que hacen a la demostración de sus dichos, indicadas a fs. 154 vlto./155 de la sentencia, y producidas según las constancias de fs. 57, 64/65, 69 y vlto., y la declaración informativa de Celia Magalí Concepción Caballero Zárate a fs. 105/107.

Esto es, no solo hubo actividad probatoria de ambas partes, sino que los fundamentos de la querrela fueron suficientes para acreditar la necesidad de investigación penal, por lo que el hecho de que en definitiva se haya absuelto a los querrelados no significa que el actor haya sido negligente o que su actividad probatoria no haya existido; simplemente, se decidió que las pruebas aportadas no eran suficientes para desvirtuar el principio de inocencia. Empero, esta situación es una vicisitud que puede considerarse normal en el marco de un proceso, ya que no siempre la prueba producida es suficiente para generar elementos de cargo o descargo. En pocas palabras, la negligencia que habilita la promoción de la querrela temeraria es la dejadez en la producción de pruebas, la inactividad procesal; lo que, como vimos, en autos no ha ocurrido, ya que el querellante actuó procesalmente de modo tendiente a la comprobación de sus dichos. Por lo demás, así se ha entendido la cuestión en sede penal, en los incidentes de sobreseimiento libre que corren por cuerda separada, en los cuales, en los interlocutorios 735 y 736, de fecha 29 de diciembre de 2000, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala (fs. 32/33 y 31/32 respectivamente), se ha dicho con toda claridad que el sobreseimiento libre no procedía en la etapa investigativa, precisamente porque la conducta de los querrelados no aparecía de modo indubitable exenta de la probabilidad de punibilidad, amén de que las circunstancias en las que se habrían producido los supuestos ilícitos, tal como quedaron relatadas en el escrito inicial del proceso, configurarían la necesidad de una mayor investigación.

Esto es, se ha indicado acabadamente la necesidad de comprobación ulterior de los hechos investigados, que no aparecían como manifiestamente infun-

dados, y la actividad probatoria se ha producido en tal sentido, conforme lo dejamos relatado. En consecuencia, la querrela no resulta ser temeraria o maliciosa, dado que la parte querellante ha articulado los hechos que a su juicio constituían motivo de persecución penal y ha producido las pruebas que hacen a su derecho dentro del derecho que le acuerdan las normas procesales, sin que en tal actividad se advierta la negligencia o temeridad que desvían en la instrumentación del proceso que según jurisprudencia constante de esta Sala Civil, son necesarias para la procedencia de una demanda de tal tipo.

Por otro lado, el hecho de existir condena en costas en el fuero penal (f. 158) obedece a que, bajo el Código de Procedimientos Penales de 1891, bajo el que se tramitó dicho proceso, las costas se aplicaban de acuerdo a la teoría objetiva, siendo siempre a cargo del acusador cuando el reo sea absuelto en sede penal; de acuerdo al art. 1016 de dicho cuerpo legal, en concordancia con el art. 485 del mismo cuerpo legal, que diferencia las costas de las demás responsabilidades procesales.

En consecuencia, se advierte que la condena en costas es puramente objetiva y sin referencia a la conducta procesal del querellante, que en el caso de autos, como lo hemos visto, no reviste la temeridad, malicia o grave negligencia que permita configurar la instrumentación del proceso penal y por ende el abuso del derecho a querellar, en los términos invariablemente sostenidos por la jurisprudencia de esta Sala Civil. De esta manera, y dejando a salvo el aspecto clave de que el demandado en estos autos ni siquiera fue el querellante, resulta palmario que la sentencia en recurso no se ajusta a derecho, por lo que, repetimos, debe ser revocada, debiendo quedar firme lo decidido en primera instancia.

En cuanto a las costas, las mismas se imponen a la perdedora en las tres instancias, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 192, 203 y 205 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Ministro Bajac Albertini, dijo: Luego de un meticuloso e integral estudio de los autos que ocupan mi atención y al voto emitido por el Señor Ministro César Antobio Garay, debo expresar mi ponencia coincidente en la opción escogida, consistente en confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 64 de fecha 1° de Junio de 2.011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 4ª Sala, y manifestar consideraciones al respecto.

En este juicio, las Sras. DOGNA MERCEDES AYALA DE SÁNCHEZ Y BLANCAAMELIA MARECOS DE BOGADO, por derecho propio y bajo patro-

cinio de abogado, promueven demanda en contra de la Sra. MARÍA CONCEPCIÓN ZÁRATE, por indemnización de daños y perjuicios, en base a acusaciones falsas vertidas contra las actoras, imputándolas falsamente la comisión del hechos punibles contra la libertad, amenazas, coacción, coacción grave, que supuestamente han cometido contra su entonces menor hija Celia Magali Concepción Caballero. Sometiéndolas injustamente aun tortuoso Juicios de casi 6 años de duración, que finalmente culmino con la ABSOLUCIÓN DE CULPA Y PENA de todos los querellados, conforme la S.D. N° 15 de fecha 10 de marzo de 2.005.

En Primera Instancia la juzgadora ha dictado la S.D. N° 1.031 de fecha 4 de diciembre de 2008 (F, 65/67 de autos), resolviendo: NO HACER LUGAR, a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por DIGNA AYALA DE SÁNCHEZ Y BLANCA MARECOS DE BOGADO contra la MARÍA CONCEPCIÓN ZÁRATE, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución; COSTAS, a la parte vencido; ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Que, en ese sentido tenemos que el citado Tribunal de Apelación, por Acuerdo y Sentencia N°64 de fecha 1° de junio del 2011 (F.81/84), resolvió: TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto; REVOCAR, con costas, la S.D. N° 1.031 de fecha 04 de diciembre de 2008, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y en consecuencia hace lugar a la presente acción indemnizatoria y condenar a la demandada a pagar a cada una de las actoras la suma de Guaraníes Diez millones (Gs. 10.000.000), con un interés del 2,5% mensual a partir de la notificación de la presente demanda, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

La parte demanda interpuso recursos de apelación y nulidad contra la resolución de Segunda Instancia, argumentando que: "...el Ac. y Sent. N° 64 de fecha 1 de junio de 2011, no se ajusta a derecho, pues en la misma se ha aplicado erróneamente lo dispuesto por los Arts. 1833, 1834, y 1835 del C.C., no se encuentran reunidos los presupuestos exigidos por los articulados referidos, la promoción de una querrela no constituye por si solo un acto ilícito, salvo que conlleve dolo o culpa del agente, que no es mi caso, si es cierto que reactuado ante hechos que afectaban a mi hija menor de edad que inclusive atento contra

su propia vida como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la querrela y de los que yo tenía conociendo a ser forzada a firmar un pagaré siendo menor de edad e inclusive posteriormente intimada al pago bajo la amenaza de una querrela criminal; por ello queda justificada mi conducta, no pudiendo ser la misma considerada como una acusación falsa o calumniosa, siendo pertinente y ajustado a derecho la estricta aplicación del Art. 1843 del C.C. que establece que los padres son los responsables de los daños causados por los hijos menores que habitan con ellos, estas personas en lugar de obligar a una menor a firmar un pagaré ante una escribana y luego intimar al pago bajo amenaza de promover una acción penal, debieron hablar con quienes somos sus padres para responder por los hechos de nuestra hija menor, tal como lo entendió la juzgadora de primera instancia. OPORTUNAMENTE, previo los tramites de rigor, dictar resolución revocando el Ac. y Sentencia N° 64 de fecha 1° de junio de 2011. Protesto COSTAS...”.

Por providencia de fecha 12 de octubre del 2011, se corrió traslado de expresión de agravios y al contestarlo la parte actora –Abog. Mario Rubén Alvarenga– manifestó que: “...Del análisis del documento obrante en el expediente penal (Fs. 22) se puede corroborar que dicho documento ni siquiera es un pagaré, sino una manifestación voluntaria, de compromiso de devolución a sus compañeras de curso del del dinero del cual ella era depositaria. Dice también la apelante que su hija fue intimada de pago de dicho documento bajo paercibimiento de querrela penal, pero nunca presentó ni exhibió siquiera la supuesta intimación, ni en el proceso penal ni en este juicio civil y el supuesto intento de suicidio fue solo el onteja de un teatro para tratar de fundamentar la querrela, pero que no fue probado durante los 6 años que durpo el proceso, por lo que la querrela fue desestimada y mis representadas consecuentemente fueron ab-sueltas. Las pruebas producidas por las querelladas en el Juicio penal, confirmaron que los hechos querellados no existieron, las personas que estuvieron presente el día de la reunión son testigos calificados que manifestaron en forma conteste y uniforme que la supuesta coacción y amenzada no existieron, porque el documento que se firmó fue un acto voluntario redactado a petición de la hija de la querellante para darle tranquilidad a sus compañeras de que el dinero iba a ser devuelto. Con esto se demostró que la querrela fue infundada, motivó por el cual fue rechazada, hecho que configura la existencia del daño moral y material reclamado, más aún considerando que durante 6 años las tuvo sometidas a la angustia e intranquilidad que produce en toda persona el hecho de afrontar

un proceso penal... El acuerdo y sentencia hoy apelado se encuentra ajustado a derecho conforme se desprende de los fundamentos jurídicos esgrimidos por los magistrado que la dictaron, por lo que desde ya solicito a esta Excma. Corte Suprema de Justicia la confirmación en todas sus parte, considerando que la apelante no ha cuestionado la cuantificación del daño ni la imposición de las costas resultas en el...”.

Que, pasando al estudio de la cuestión planteada, tenemos que las pretensiones versa principalmente sobre la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados, a los demandantes Blanca Amelia Marecos de Bogado y Digna Mercedes Ayala de Sánchez.

Pues bien, a los efectos de enfocar concretamente el conflicto, dirimiendo la controversia, se debe traer a colación los preceptos legales que rige la materia, teniendo que: Los artículos 1833. El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente, en concordancia con el Art.1834 los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieren causado un daño, o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención”.

De autos se desprende que, por cuerda separada, se halla agregado a fs. 123/128, el escrito de conclusión, presentado por la Sra. María Concepción Zarate, bajo patrocinio del Abogado Jorge Martínez Gines, solicitando dictar sentencia definitiva CONDENANDO a los señores DIGNA MERCEDES AYALA DE SÁNCHEZ, BLANCA DE BOGADO y EUSTAQUIO IRRÁZABAL, a cumplir la pena máxima dispuesto en los Arts. 120, 121 y122 del Código Penal, de conformidad a los fundamentos expuestos en el presente escrito de conclusión. Siguiendo con la lectura del expediente penal, tenemos que por S.D. N° 15 de fecha 10 de marzo de 2005, el Juzgado penal de Liquidación y Sentencia N° 5, a cargo de la Abog. María Luz Martínez Vázquez, resuelve: ABSOLVER DE CULPA Y PENA a los imputados DIGNA MERCEDES AYALA DE SÁNCHEZ, BLANCAAMELIA MARECOS DE BOGADOS y EUSTAQUIO WENCESLAO IRRÁZABAL, de conformidad al exordio de la presente sentencia con la expresa constancia de que la formación del presente proceso no afecta su buen nombre

y honor. Quedando firme y ejecutoriada la sentencia mencionada precedentemente.

“Sin embargo, es bueno aclarar que constituye daño moral toda lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona o los padecimientos físicos en que se traducen los perjuicios ocasionados por un evento, en fin la perturbación de una manera u otra, de la tranquilidad y el ritmo normal del damnificado” (Carlos Alberto Gersi. “Daño Moral y psicológico”. Ed. Astrea. Bs. A. 2000, Pag. 126 sgtes.).

Que, se ha declarado que el daño es todo dolor o sufrimiento que se padece por una lesión grave a los sentimientos más íntimos de la persona y que merecen protección legal porque se les reconoce un valor principalísimo en la existencia y desarrollo del individuo y de la sociedad.

Que, los hechos de que las hoy demandantes hayan sido absueltas de culpa y pena en un juicio penal demuestra la inexistencia de los delitos querrelados. Es indudable que la promoción de una acción penal genera en la persona afectada una preocupación, un estado de intranquilidad ante el temor de ver vulnerado uno de los bienes más preciados de toda persona, cual es la libertad.

Que, el derecho de las demandantes a ser resarcidas económicamente radica en el hecho de haber estado sometidas a un proceso del cual han sido absueltas de culpa y pena. Y el estar sometido a un proceso penal de por sí produce en toda persona un temor natural, un estado de intranquilidad, lo cual debe ser resarcido.

Por estos breves argumentos, la sentencia recurrida debe ser confirmada, con expresa imposición de costas a la perdedora. Es mi voto.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmando S.S.E.E. todo por Ante mí de que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR, el Acuerdo y Sentencia Número 64, fecha 1 de Junio del 2.011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

IMPONER Costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Actuario.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

PRIMERA SALA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 26

Cuestión debatida: *Si corresponde la condena a abonar sumas de dinero por incumplimiento de contrato.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. INCONGRUENCIA CITRAPETITA.

La regla que impone el principio de congruencia legislado en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 159, incs. “c” y “e”, del mismo cuerpo legal, consiste en que los órganos jurisdiccionales tienen el deber de pronunciarse respecto de todas las cuestiones propuestas o planteadas por las partes, que forman parte de la traba de la litis (Thema decidendum), constituyendo la omisión en el pronunciamiento un vicio de incongruencia citrapetita que tiene el efecto inexorable de provocar la nulidad de la resolución o sentencia dictada en esas condiciones.

Ahora bien, no en todos los casos se produce la incongruencia citrapetita cuando el juez omite aludir a la cuestión planteada en forma expresa en la parte dispositiva de la resolución. Si la defensa que ha sido opuesta como medio general de defensa es, por ejemplo, la de prescripción, o la de cosa juzgada, entonces resulta absolutamente necesario que el Juzgado se pronuncie expresamente en la parte dispositiva de la sentencia definitiva sobre dichas excepciones, caso contrario se produciría la nulidad por vicio de incongruencia citrapetita. Pero, si la excepción que ha sido opuesta como medio general de defensa es la *sine actione agit* por falta de legitimación *ad causam*, sea activa o pasiva, no resulta necesario que el órgano judicial se pronuncie respecto de dicha defensa en forma

expresa en la parte resolutive, por la sencilla razón de que la legitimación activa y pasiva constituye uno de los elementos indispensables para la admisión de las acciones en general, elemento que debe ser analizado siempre, incluso de oficio.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 17/04/13. “ADRIANO VERAPINEDA c/ SYNDNEY WEDDERHOFF s/ INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO”. (Ac. y Sent. N° 26).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte recurrente sostiene que la sentencia en grado de alzada es nula por cuanto que el Juzgado de Primera Instancia no se ha pronunciado en la parte dispositiva de la resolución recurrida sobre la excepción de falta de acción que había sido opuesta por los demandados como medio general de defensa al contestar la demanda, lo que constituye –agrega el nulificante– un vicio de incongruencia.

De autos surge que la parte demandada, al contestar la demanda, opuso como medio general de defensa la falta de acción (*sine actione agit*) por falta de legitimación activa y pasiva por los fundamentos expresados en el escrito de contestación. El Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia definitiva recurrida, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por el accionante y, en consecuencia, condenar a los demandados a abonar al actor la suma de Gs. 15.000.000, con los intereses del 1% desde la promoción de la presente demanda (véase la resolución aclaratoria de fs. 215).

La regla que impone el principio de congruencia legislado en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 159, incs. “c” y “e”, del mismo cuerpo legal, consiste en que los órganos jurisdiccionales tienen el deber de pronunciarse respecto de todas las cuestiones propuestas o planteadas por las partes, que forman parte de la traba de la litis (*Thema decidendum*),

constituyendo la omisión en el pronunciamiento un vicio de incongruencia citrapetita que tiene el efecto inexorable de provocar la nulidad de la resolución o sentencia dictada en esas condiciones.

Ahora bien, es necesario dejar bien en claro que no siempre, o no en todos los casos, se produce la incongruencia citrapetita cuando el juez omite aludir a la cuestión planteada en forma expresa en la parte dispositiva de la resolución. Es por ello por lo que debe efectuarse una distinción importante: si la defensa que ha sido opuesta como medio general de defensa es, por ejemplo, la de prescripción, o la de cosa juzgada, entonces resulta absolutamente necesario e imperioso que el Juzgado se pronuncie expresamente en la parte dispositiva de la sentencia definitiva sobre dichas excepciones, caso contrario se produciría indefectiblemente la nulidad por vicio de incongruencia citrapetita. Pero, si la excepción que ha sido opuesta como medio general de defensa es la sine actione agit por falta de legitimación ad causam, sea activa o pasiva, no resulta necesario que el órgano judicial se pronuncie respecto de dicha defensa en forma expresa en la parte resolutive por la sencilla razón de que la legitimación activa y pasiva constituye uno de los elementos indispensables para la admisión de las acciones en general, elemento que debe ser analizado siempre, necesariamente y en todos los casos, por los órganos jurisdiccionales de oficio, independientemente de que se haya opuesto o no la excepción. Tal es así que, por ejemplo, cuando el Juez hace lugar a la demanda simplemente, ello implica ya que ha considerado existente la legitimación activa o pasiva, porque, en caso contrario, tendría que desestimar la demanda, incluso de oficio, como se dijo. A la inversa, si el Juez rechaza la demanda promovida, ello significa que ha considerado que no concurre en dicho caso la legitimación ad causam, activa o pasiva. Y todo ello puede ocurrir, como de hecho ocurre con extremada frecuencia, sin que la parte demandada haya opuesto expresamente la excepción de falta de acción.

Así, pues, en ciertos casos específicos (cuando se oponen, como se dijo, las excepciones de prescripción, o cosa juzgada, o bien otras perentorias, como la transacción) el Juez debe pronunciarse expresamente acerca de la admisión o rechazo de tales defensas en la parte resolutive de la sentencia definitiva, para luego efectuar el estudio de la cuestión de fondo y, consecuentemente, dictar la resolución que en Derecho corresponda. Pero, cuando se opone como medio general de defensa la excepción de falta de acción por falta de legitimación activa o pasiva, tal pronunciamiento expreso (si bien puede ser efectuado, por

supuesto) no resulta necesario hasta el punto de que su omisión provoque la nulidad del fallo por incongruencia citrapetita porque la legitimación activa o pasiva no constituye una cuestión independiente y separada de la cuestión substancial o de fondo, sino que, como se dijo, constituye un elemento o condición indispensable para la admisión de las acciones en general que hace relación –precisamente– con la relación jurídica substancial: si hay legitimación activa y pasiva, corresponde hacer lugar a la demanda; en caso contrario, la demanda debe ser desestimada –INCLUSO DE OFICIO– por improcedente, independientemente de que se haya opuesto o no la defensa denominada “*sine actione agit*”.

En la especie, y como se ha anotado al principio, la parte demandada opuso al contestar la demanda la excepción de falta de acción por falta de legitimación activa y pasiva. Pues bien: conforme ha sido expuesto precedentemente, el Juzgado de Primera Instancia no tenía –en este caso particular– el deber o la obligación imperiosa de emitir un pronunciamiento específico y puntual acerca de la citada defensa por cuanto que el simple hecho de admitir la demanda (independientemente de que sea correcta la decisión) implica, y significa que se ha pronunciado sobre la *sine actione agit*, dictando, consecuentemente la resolución por la cual hizo lugar a la demanda. Si hipotéticamente el Juzgado hubiera rechazado la demanda sin aludir tampoco puntualmente a la falta de acción en la parte resolutive, tal comportamiento jurisdiccional importaría también que el Juzgado habría pronunciado decisión sobre la misma, consistente ésta (la decisión) en el rechazo de la demanda promovida.

Todo lo dicho es consecuencia de que, se reitera, la legitimación activa y pasiva cuando se opone como medio general de defensa no constituye (como lamentablemente se entiende con frecuencia) en una cuestión separada, independiente, o distinta de la cuestión de fondo o relación jurídica substancial, sino que, por el contrario es parte de ella: solamente si el accionante tiene legitimación activa y el demandado tiene legitimación pasiva puede admitirse la demanda; en caso contrario, no, análisis que debe ser siempre efectuado de oficio por el órgano judicial al sentenciar. Así, lo que ocurre con otras excepciones perentorias (cosa juzgada, prescripción, etc.), exigencia de pronunciamiento expreso en la parte resolutive, además de la cuestión substantiva o de fondo, no ocurre con la *sine actione agit* a causa de la naturaleza tan especial de este elemento condicionante de la admisibilidad de las acciones en general.

Por los fundamentos expresados, no corresponde—en este caso— declarar la nulidad de la sentencia recurrida por los argumentos del nulidicente. Como tampoco se advierten otros vicios procesales o de estructura que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el recurso de nulidad sea desestimado. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Del escrito de agravios presentado por el apelante surge que el mismo pretende la revocatoria de la sentencia del Juzgado fundado en que el actor no tiene suficiente legitimación activa para promover la presente demanda por cuanto que —según expresa- la reclamación dineraria debía ser formulada no solamente por el accionante (en forma individual o solitaria), sino en conjunto con todos los cedentes de las acciones o cuotas sociales que fueron cedidas y transferidas a los hoy demandados.

Es importante notar en el escrito de expresión de agravios dos aspectos: 1) que la fundamentación se centra, única y exclusivamente, en la falta de legitimación activa, lo cual pone de manifiesto —como se ha sostenido en la primera cuestión— que el requisito de la legitimación ad causam hace relación con la cuestión de fondo, o relación jurídica substancial; 2) que en esta instancia la parte apelante ya no hace referencia a la legitimación pasiva como lo había sostenido en la instancia inferior, limitando el agravio a la ausencia de legitimación en el accionante, conducta que no exonera al órgano judicial (en este caso de Alzada) de analizar, como se había apuntado anteriormente, de analizar tanto la legitimación pasiva como pasiva de oficio.

La cuestión sometida a la decisión de la Magistratura de Alzada queda resuelta con la lectura, análisis e interpretación de la cláusula contenida en el contrato de cesión y venta de las cuotas sociales de la Empresa de Transporte de Pasajeros San Augusto S.R.L. que efectuaron los cedentes (incluyendo el actor) a los demandados. De la citada escritura pública surge textualmente que, como consecuencia de la venta y cesión de las cuotas sociales de la empresa de transporte San Augusto S.R.L. se estipuló el monto de la operación en la suma total de Gs. 900.000.000. El cincuenta por ciento (Gs. 450.000.000) fue abonado en

ocasión de la suscripción del documento y el saldo, también de Gs. 450.000.000 “será abonado en 10 cuotas iguales, mensuales y consecutivas de Gs. 45.000.000 (cuarenta y cinco millones de guaraníes) cada una a ser distribuidas y entregadas a cada socio cedente dentro de los primeros días de cada mes contados a partir del 10 de enero del 2.002 a razón de Gs. 5.000.000 (guaraníes cinco millones) para cada uno de ellos...”.

La cláusula que ha sido transcripta textualmente resulta ambigua por cuanto que –en esto debe convenirse con la parte demandada- puede ser interpretada en el sentido de que los compradores y cesionarios, hoy demandados, tenían la obligación de entregar las cuotas de Gs. 45.000.000 cada una a todo el grupo de vendedores y cedentes, para que luego ellos (los cedentes y vendedores) distribuyan el monto total de cada cuota entre todos los cedentes a razón de Gs. 5.000.000 para cada uno. Pero, también puede perfectamente entenderse la citada cláusula en el sentido de que son los compradores y cesionarios (hoy demandados) quienes debían entregar la suma de Gs. 5.000.000 a cada uno de los cedentes. En la primera hipótesis, que es la que sostiene la parte demandada y apelante, el actor no tendría la legitimación activa por cuanto que dicha legitimación le correspondería no a él solo, sino a todo el grupo de cedentes en forma global. En la segunda hipótesis, que es la que sostiene el accionante, la legitimación activa para reclamar el cobro de las cuotas le correspondería individualmente a cada uno de los cedentes, manifestando el actor que solamente con él no cumplieron descontándosele de su parte el importe de una deuda que en realidad era de responsabilidad de la empresa como persona jurídica y no de él individualmente considerado.

La ambigüedad con que ha sido redactada la cláusula contractual no favorece precisamente a la posición asumida por la parte demandada y hoy apelante. Quienes tienen la obligación de efectuar el pago de las cuotas de Gs. 45.000.000 cada una a los vendedores son, sin duda, los compradores y cesionarios de las cuotas sociales (hoy demandados), pero desde el momento en que en dicha cláusula no se ha establecido en forma clara y expresa que la distribución de cada cuota debe ser efectuada internamente por los propios cedentes, a razón de Gs. 5.000.000 cada uno, no puede ser descalificado el segundo sentido que ha sido apuntado anteriormente en relación al significado de la cláusula contractual: que el pago de cada cuota de Gs. 45.000.000 debe ser efectuado, a razón de Gs. 5.000.000, por los deudores a cada acreedor cedente en forma individual.

A todo lo dicho debe agregarse que este segundo sentido es el que debe prevalecer porque, efectivamente, tal como afirmó el actor en el escrito inicial de demanda, se le descontó de lo que le correspondía percibir una suma de dinero a consecuencia de una demanda que había promovido la empresa de Seguros La Consolidada contra la Empresa de Transporte San Augusto S.R.L., conforme surge del documento que se encuentra agregado a fs. 109 de autos, que no ha sido suscripto por el accionante, y del informe de la misma empresa de transporte glosado a fs. 111. Sin embargo, si los demandados en este juicio tenían –como se indicó– la obligación de abonar las cuotas a cada uno de los cedentes en la proporción pactada, debían cumplir dicha obligación, sin perjuicio, en su caso, de promover contra el hoy demandante la acción de repetición si ella fuere pertinente. Pero, retener unilateralmente el importe que creían que se les debía reembolsar a la citada empresa de transporte no se compadece con el comportamiento legal de los negocios jurídicos.

Por los fundamentos expresados, se concluye que, en la especie, se halla probada tanto la legitimación activa como pasiva, razón por la cual corresponde que el Tribunal confirme la sentencia recurrida (que hace lugar a la demanda y condena a los demandados a abonar suma de dinero) por hallarse la misma ajustada a Derecho. En cuanto a las costas, esta Magistratura entiende que, dada la ambigüedad de la cláusula contractual antes analizada, la parte demandada tenía elementos razonables como para oponerse a la pretensión del actor por medio de la *sine actione agit* activa, razón por la cual dicho accesorio (las costas) debe ser impuesto en el orden causado, en ambas instancias, debiendo por ello revocarse la imposición de costas a la parte demandada que determina la resolución imponiéndolas en la forma señalada. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 26.

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:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

REVOCAR la sentencia en alzada en cuanto impone las costas a la parte demandada, debiendo imponerse dicho accesorio en el orden causado, en ambas instancias.

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

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

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

Cuestión Debatida: *Se recurre en apelación y nulidad contra el fallo que se resolvió no hacer lugar a la demanda que por indemnización de daño moral se promoviera alegando la vida tormentosa a la que fue sometida la accionante por parte del demandado durante varios años, señalando que eran de contenido falso tanto la demanda de restitución como la denuncia en sede penal por un supuesto hecho de hurto, donde fue sobreseída, sin embargo, la formulación de la denuncia no le había generado responsabilidades adicionales para el denunciante, por lo que se confirma la resolución recurrida.*

DENUNCIA. Desestimación.

Los antecedentes agregados demuestran que en las resoluciones dictadas en el fuero penal, el Juez se limitó a desestimar la denuncia por no constituir hecho punible, absteniéndose de calificarla como falsa o temeraria e imponiendo las costas en el orden causado, lo que indica que la formulación de la denuncia no generó responsabilidades adicionales para el denunciante.

DENUNCIA. Reparación de perjuicios.

La reparación de los perjuicios derivados de una denuncia sólo procede cuando quien la efectúo ha obrado con malicia, temeridad o, por lo menos, con ligereza culpable, podría el acusado ser absuelto y sin embargo, no haber incurrido el querellante o denunciante, en el delito de acusación calumniosa ni contraer responsabilidad civil, cuando la forma en que se presenten los hechos

que dan margen a la querrela, realmente autorizaban la opinión de la existencia del delito, y de no acreditarse las violaciones legales denunciadas ni el absurdo alegado, debe rechazarse la pretensión indemnizatoria.

HECHOS PUNIBLES. Reparación civil.

La persecución de los hechos punibles, subyace el interés de la sociedad, la que se encuentra directamente interesada en la investigación y represión de los delitos penales, y por tanto, para que el mecanismo reparador previsto en la ley civil pueda ponerse en marcha, es menester que el denunciante o querellante actúe con total desaprensión, en forma temeraria e imprudente, entendiéndose que debe responder por el daño causado cuando formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida.

COSTAS. Costas en el orden causado.

Al no formular objeciones al fallo en la jurisdicción penal ni pedir aclaratoria, la actora, ha admitido tácitamente que no existió falsedad o temeridad en la denuncia y la aceptación de las costas en el orden causado, refuerza la conclusión.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES.

No resulta coherente pretender obtener en sede civil una indemnización por supuestos daños morales causados por una denuncia desestimada, cuando el supuesto ofendido ha consentido la decisión del Juez de imponer las costas por su orden que solo podía darse en caso de que la denuncia no fuera falsa o temeraria, por lo que se resuelve confirmar la resolución apelada.

DENUNCIA. Responsabilidad.

La norma del art. 288 del C.P.P. es clara y no admite tergiversaciones, si el Juez en lo Penal no halló indicios de falsedad o temeridad en la denuncia, el denunciante no incurre en ningún tipo de responsabilidad, debiendo enfatizarse que el legislador utilizó las palabras “*no incurrirá en responsabilidad alguna*”, excluyendo toda posibilidad de generar alguna clase de responsabilidad.

DELITO DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA. Obligación de informar.

Cualquier ciudadano, tiene la obligación de informar al Ministerio Público cualquier hecho que a su criterio constituyera un delito de acción penal pública, de conformidad a lo dispuesto en el art. 286 del C.P.P., no pudiendo el cumplimiento de ese deber legal generar una responsabilidad, salvo cuando la denuncia fuere calificada como falsa o temeraria por el juez de la causa penal, situación no ocurrida para la procedencia de esta demanda indemnizatoria, correspondiendo por tanto confirmar la resolución recurrida.

RESTITUCIÓN DE MENORES. Indemnización por daños perjuicios. Daño moral.

La restitución de sus menores hijos, solicitado por parte del demandado – que en ese entonces se encontraban en poder de la madre–, sobre este punto es de señalar, que está legitimado para reclamar cualquier derecho sobre los menores como padre de los mismos, por ende, no existe culpa ni daño al entablar una demanda de restitución, siendo así, el pedido de indemnización por daños y perjuicios y daño moral no tiene justificación legal, por lo que no resta otra cosa que confirmar la sentencia recurrida, por ser lógica y justa.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 06/05/13. “LETICIA LILIANA FERNÁNDEZ CABRERA c/ MARIO ESTEBAN DE LA CRUZ MERSCH s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL” (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 recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, DR. MARCOS RIERA HUNTER Y DR. JUAN CARLOS PAREDES.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR A. PAIVA VALDOVINOS, DIJO: La parte actora no fundamentó el recurso y al no encontrarse vicios o defectos de forma en la resolución recurrida que ameriten la declaración de nulidad por parte de esta Alzada, corresponde declararlo desierto. ASÍ VOTO.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y DR. JUAN CARLOS PAREDES: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR A. PAIVA VALDOVINOS, DIJO: Que, con el fallo recurrido se resolvió: “...NO HACER LUGAR a la demanda que por indemnización de daño moral promueve la señora LETICIA LILIANA FERNÁNDEZ CABRERA contra el señor MARIO ESTEBAN DE LA CRUZ MERSCH, por los fundamentos expuestos en el exordio.; IMPONER las costas en el orden causado.; ANOTAR...”.

La parte actora se alza contra la sentencia dictada y fundamenta este recurso en el escrito de fs. 191/201. Argumenta distintas razones: Que su parte reclama indemnización por daños y perjuicios y daño moral, por la vida tormentosa a la que fue sometida por el demandado durante varios años y entre los que se encuentran la amenaza de que haría de su vida un tormento. Alega que, tanto la demanda de restitución como la denuncia en sede penal, donde fue sobreseída, demuestran la culpabilidad y el daño ocasionado por el demandado. Agrega la recurrente varias consideraciones respecto al tema en estudio y solicita la revocatoria, con costas del fallo impugnado.

Por su parte, los representantes convencionales del demandado, contestan el traslado de la apelante (fs. 205/216), en donde refutan las argumentaciones de la actora y solicitan la confirmatoria de la sentencia recurrida, con costas.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes en esta instancia, corresponde efectuar el análisis de los autos y de la sentencia recurrida a los efectos de resolver el tema sometido a consideración del Tribunal.

Para entender la cuestión planteada conviene hacer una breve síntesis de los hechos: La señora Leticia Liliana Fernández Cabrera se presenta a entablar demanda de indemnización de daños y perjuicio y daño moral al señor Mario Estaban de la Cruz Mersch, como consecuencia de una demanda en sede penal realizada por el demandado en contra de la actora por un supuesto hecho punible de hurto, según consta en las instrumentales acompañadas por la accionante. En dicha causa penal, la señora Fernández Cabrera fue sobreseída. Asimismo, utiliza como sustento de esta acción indemnizatoria, otra demanda iniciada por el señor Mario Estaban de la Cruz Mersch, solicitando la restitución de sus menores hijos.

En base a estos antecedentes, se itera, la actora promovió la presente demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios y daño moral, señalando que la denuncia era de contenido falso y tenía como objetivo causarle un daño moral, por lo que reclamó en total la suma de Gs. 500.000.000.

Respecto a la cuestión citada precedentemente, el Art. 286 del Código Procesal Penal que dispone: "...*OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR: Tendrán obligación de denunciar los hechos punibles de acción pública: 1.-); 2.-); 3.-) las personas que por disposición de la ley, de la autoridad, o por algún acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de los hechos punibles*

cometidos en perjuicio de éste o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones.

En todos los casos, la denuncia dejará de ser obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, o cuando los hechos fueron conocidos bajo secreto profesional”.

La situación planteada esta prevista en el art. 288 del Código Procesal Penal que dice: “...*El denunciante no será parte en el procedimiento y no incurrirá en responsabilidad alguna, salvo cuando las imputaciones sean falsas o la denuncia haya sido temeraria. Cuando el Juez califique a la denuncia como falsa o temeraria le impondrá al denunciante el pago de las costas”.*

Los antecedentes agregados al expediente, en especial las resoluciones dictadas en el fuero penal, demuestran que el Juez se limitó a desestimar la denuncia por no constituir hecho punible, absteniéndose de calificarla como falsa o temeraria e imponiendo las costas en el orden causado, lo que indica que la formulación de la denuncia no generó responsabilidades adicionales para el denunciante.

Que, básicamente, la reparación de los perjuicios derivados de una denuncia sólo procede cuando quien la efectuó ha obrado con malicia, temeridad o, por lo menos, con ligereza culpable. El acusado puede ser perfectamente absuelto y, sin embargo, no haber incurrido el querellante o denunciante, en el delito de acusación calumniosa ni contraer responsabilidad civil, cuando la forma en que se presenten los hechos que dan margen a la querrela, realmente autorizaban la opinión de la existencia del delito. De no acreditarse las violaciones legales denunciadas ni el absurdo alegado, deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria.

Que, en efecto, y en tal sentido, en supuestos como el que nos ocupa, una autorizada doctrina establece que no procede atribuir carácter falso o calumnioso a la denuncia o querrela si el querellante o denunciante, en su caso, abrigaban y tenían suficientes y fundados motivos para estimar como verosímil la imputación o lógica la sospecha, o si obraron en defensa de un interés perjudicado y sin saber la falsedad de la imputación. Se establece y se sostiene doctrinariamente: “*La falsedad de la imputación debe referirse, para que exista calumnia o acusación calumniosa, a los hechos en sí, y no a la calificación legal de los hechos...Salvo burda equivocación*” (Roberto Pecacha, “*Responsabilidad Civil*”).

por denuncias o querellas precipitadas e imprudentes” (J.A., 65, pp. 110ss, en nota). En dicha obra se enumeran los requisitos a conjugar para que pueda hablarse de acusación calumniosa: “...a) *Que se haya acreditado la inocencia del acusado, por la correspondiente absolución o sobreseimiento definitivo; b) Que haya existido dolo, malicia o intención de dañar; en el denunciante o querellante; c) Que el denunciante o querella haya conocido la falsedad de los hechos de que acusaron e imputaron*” (Pecach, op. cit., pp. 113-114).

No es ocioso mencionar o señalar que, en lo que respecta a la persecución de los hechos punibles, subyace el interés de la sociedad, la que se encuentra directamente interesada en la investigación y represión de los delitos penales. Por lo tanto, para que el mecanismo reparador previsto en la ley civil pueda ponerse en marcha, es menester que el denunciante o querellante actúe con total desaprensión, en forma temeraria e imprudente, entendiéndose que debe responder por el daño causado cuando formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida.

A lo expuesto se agrega que la actora tampoco formuló objeciones al fallo en la jurisdicción penal ni pidió aclaratoria, admitiendo tácitamente que no existió falsedad o temeridad en la denuncia y la aceptación de las costas en el orden causado, refuerza esa conclusión.

Por todo ello no resulta coherente pretender obtener en sede civil una indemnización por supuestos daños morales causados por una denuncia desestimada, cuando el supuesto ofendido ha consentido la decisión del juez de imponer las costas por su orden que solo podía darse en caso de que la denuncia no fuera falsa o temeraria. La norma del art. 288 del C.P.P. es clara y no admite tergiversaciones: Si el juez en lo Penal no halló indicios de falsedad o temeridad en la denuncia, el denunciante no incurre en ningún tipo de responsabilidad, debiendo enfatizarse que el legislador utilizó las palabras “*no incurrirá en responsabilidad alguna*”, excluyendo toda posibilidad de generar alguna clase de responsabilidad.

Por otra parte, el demandado, como cualquier ciudadano, tenía la obligación de informar al Ministerio Público cualquier hecho que a su criterio constituyera un delito de acción penal pública, de conformidad a lo dispuesto en el art. 286 del C.P.P., no pudiendo el cumplimiento de ese deber legal generar una responsabilidad, salvo cuando la denuncia fuere calificada como falsa o temeraria por el juez de la causa penal, situación no ocurrida para la procedencia de esta demanda indemnizatoria.

En el caso de autos, existe un fallo que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y si bien la responsabilidad civil pueden abarcar un ámbito mayor o diferente a la responsabilidad penal, en el caso le está vedado al Juez apartarse de la norma legal vigente que le indica que el denunciante “*no incurre en responsabilidad alguna*” salvo las excepciones establecidas en la misma ley, que en el caso no se dan.

En cuanto a los supuestos daños ocasionados por parte del demandado al solicitar la restitución de sus menores hijos –que en ese entonces se encontraban en poder de la madre–, sobre este punto es de señalar que al señor Mersch está legitimado para reclamar cualquier derecho sobre los menores como padre de los mismos, por ende, no existe culpa ni daño al entablar una demanda de restitución como lo pretende hacer valer la actora en esta causa.

Siendo así, el pedido de indemnización por daños y perjuicios y daño moral no tiene justificación legal, por lo que no resta otra cosa que confirmar la sentencia recurrida, por ser lógica y justa. En cuanto a las costas de esta instancia, las mismas deben ser soportadas por la apelante perdedora. ASÍ VOTO.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y DR. JUAN CARLOS PAREDES: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, el fallo apelado.

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

Magistrados: Oscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Juan Carlos Paredes.

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

Cuestión debatida: *Si corresponde hacer lugar a la acción de interdicto de retener la posesión y en consecuencia, condenar a la parte demandada al cese de los actos de turbación en relación al inmueble objeto de litis.*

INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN.

El interdicto de retener es la pretensión procesal mediante la cual quien ejerce la posesión o tenencia de una cosa mueble o inmueble, reclama el amparo judicial frente a actos que implican una perturbación potencial o efectiva de aquellas situaciones.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 22/05/13. “MODESTO PANIAGUA CATILLO c/ CÉSAR AURELIO MORÍNIGO y/o LA LORENA S.A. s/ INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN” (Ac. y Sent. N° 36).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la resolución recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, DIJO: El Abog. Jaime José Bestard, interpueso el recurso de nulidad pero no lo fundamentó.

Al no existir vicios en la forma y solemnidad de la Sentencia, conforme con el art. 404 del Código Procesal Civil, ni procesales, conforme con el artículo 113 del mismo cuerpo legal citado, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. ASÍ VOTO.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación también interpuesto. No obstante, tratándose de un mecanismo de impugna-

ción que es de orden público, el cual por lo demás, se encuentra contenido implícitamente en la apelación, corresponde que el mismo sea analizado del oficio por la Magistratura.

En tal sentido, se advierte que la sentencia dictada por el juez a-quo adolece de nulidad por haber sido pronunciada en violación del principio de congruencia que impone a los Jueces declarar íntegramente el derecho litigado en relación a todas las partes o justiciables que han intervenido en el proceso en dicha calidad. La demanda de interdicto ha sido promovida por la parte actora no solamente en relación a la firma La Lorena S.A., sino también respecto del Sr. César Aurelio Mármol Morínigo, quien, incluso, concurrió en autos a absolver posiciones, conforme surge de las constancias agregadas al expediente. Sin embargo, en la sentencia recurrida, el Juzgado se pronunció solamente respecto de la firma La Lorena S.A. sin hacer mención alguna al otro codemandado, respecto de quien debe, necesariamente, pronunciarse sentencia definitiva. La omisión (citrapetición) constituye, como se dijo, una infracción al principio de congruencia legislado en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, en concordancia con el artículo 159, incs. “c” y “e”, del mismo cuerpo legal, bajo pena de nulidad.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, DIJO: El Abog Jaime José Bestard, en representación de la firma LA LORENA S.A., se agravió contra la resolución apelada, fundado en que el a-quo ha omitido considerar pruebas fundamentales del proceso, tales como la absolución del señor Patrick Ryaux y del Ing. Mármol con las que se demuestran que la firma La Lorena S.A. ha continuado la posesión del inmueble objeto de interdicto en forma pacífica e ininterrumpida desde el año 2008, momento en que la adquirió de parte de los señores Patrick Landanger y Patrice Ryaux, quienes a su vez lo habían adquirido de los señores Louis Landanger y Renee Camus de Landager; la absolución del señor Modesto Paniagua que reconoció en la tercera posición que el alumbrado y otras mejoras fueron introducidas en los meses de octubre y noviembre del 2011, después del pedido de compra al INDERT ; la inspección judicial realizada en fecha 29 de marzo del 2012 con el que se comprobó que las pocas modificaciones realizadas afectaron una pequeña parte del inmueble y que fueron hechas después de diciembre del 2011, cuando ya se había decretado la prohibición de innovar, y las

fotografías adjuntadas a autos con las que también se comprueban que las mejoras eran recientes sostuvo, además, que el a-quo se equivocó a no dar valor probatorio al plano georeferenciado, que fuera elaborado por el ing Fernando Ferrari, puesto que se trata, no de un instrumento privado sujeto al reconocimiento dispuesto en el art. 307 del Código Procesal Civil, sino de un instrumento público que forma parte integral del título de propiedad. Finalmente, solicitó se revoque, con costas, la sentencia apelada.

El Abog. Elvis Espejo Alarcón, en representación de Modesto Paniagua Castillo, contestó el traslado que le fuera corrido por providencia de fecha 31 de octubre de 2012, manifestando que el apelante afirmó que el actor se encuentra en los inmuebles individualizados en la Escritura Pública N° 179 de fecha 17 de abril del 2008, pasado ante el escribano José María Zubizarreta, pero sin haber ofrecido ni producido algún tipo de prueba pericial tendiente a ubicar el título de propiedad dentro de la fracción ocupada por el actor, Mencionó además, que si la firma Lorena S.A. pretende hacer valer su título de propiedad, debió haber iniciado un juicio de reivindicación de la porción supuestamente ocupada. Por otra parte, mencionó que si bien es cierto que las mejoras fueron introducidas desde el año 2011, también es cierto que el señor Modesto Paniagua Catillo ha tenido la posesión del inmueble desde el año 2000 y desde dicha fecha se han realizado numerosos trabajos de limpieza, pastura, así como trabajos tendientes a dejar el inmueble en condiciones óptimas para dedicarse al trabajo de la agricultura y la ganadería. Por último, sostiene que las declaraciones de los testigos y las absoluciones de posiciones rendidas por los señores Cesar Aurelio Mármol y Patrick Ryaux, no hacen mérito para poder determinar realmente que el señor Modesto Paniagua se encontraba en una situación de invasión de inmueble o en una situación irregular. En consecuencia, petitionó la confirmación de la sentencia recurrida.

En primer lugar, cabe decir que el interdicto de retener es la pretensión procesal mediante la cual quien ejerce la posesión o tenencia de una cosa mueble o inmueble, reclama el amparo judicial frente a actos que implican una perturbación potencial o efectiva de aquellas situaciones.

Para que dicha pretensión proceda deben reunirse, conforme con el artículo 642 del Código Procesal Civil, los siguientes requisitos:

1) Que quien lo intentare se encuentre en la actual posesión de un bien, mueble o inmueble. Por tanto, el interdicto de retener no solo puede ser entabla-

do por el poseedor, cualquiera sea la naturaleza de la posesión, sino también por quien ejerce la tenencia fundado en un título como locación, la sublocación o comodato;

2) Que se haya tratado de inquietarlo en la posesión, por ciertos actos materiales. Estos actos materiales deben implicar una pretensión a la posesión o tenencia del bien, pero siempre que de ellos no resulte una exclusión absoluta del poseedor o tenedor, pues en tal hipótesis correspondería, no el interdicto de retener sino el de recobrar.

En lo que se refiere a la prueba de posesión, este magistrado es del parecer que la misma se halla plenamente acreditada, por lo argumentos que se exponen mas abajo.

En primer lugar, porque los testigos Joaquín Villa, José Marcelino Saldívar Lidimille, Cristóbal Natalio Flores Manrique y Concepción Barrios Argüello, al momento de contestar la 5ª pregunta, la cual dice: “diga el re testigo si sabe y le consta personalmente, si hace cuánto tiempo el Sr. Modesto Paniagua Catillo se encuentra en conteste y uniforme que el señor Modesto Paniagua Castillo se encuentra en posesión del bien objeto de interdicto desde hace mucho tiempo. Asimismo, dijeron que todas las mejoras tales como vivienda, pozo artesiano, alambradas, tajamares, árboles y pastos fueron introducidas por el señor Modesto Paniagua (6ª pregunta del interrogatorio).

En segundo lugar, porque la prueba de inspección ocular realizada por el Juzgado de Primera Instancia en fecha 29 de marzo del 2009, así como las fotografías tomadas en dicha ocasión, se ha constatado la existencia de mejoras hechas por el actor, tales como una casa pequeña de madera, alambradas, tala de árboles y limpieza del terreno.

Por su parte, la demandada, si bien sostuvo a lo largo de todo el proceso que tales mejoras son recientes, no la ha probado, dejando de lado así el principio de carga de la prueba. Por tanto, tal extremo no puede ni debe ser acogido, y en la hipótesis de que ello sea sí, esta Magistratura no puede soslayar la declaración de los testigos, quienes dijeron –se repite– que el señor Modesto Paniagua Castillo ha tenido la posesión del inmueble desde hace mucho tiempo y que, incluso, desde el año 2000, además de las mejoras precedentemente citadas, ha realizado numerosos trabajos de limpieza, así como los trabajos tendientes a dejar el inmueble en condiciones óptimas para dedicarse al trabajo de la agricultura y la ganadería.

Con respecto a los actos de perturbación de la posesión, cabe decir que las mismas constituyen, por ejemplo, el retiro de tranqueras, la destrucción de alambrados y cercos, la introducción al inmueble sin autorización, la mensura practicada por orden de autoridades judiciales o administrativas como acto preliminar para la atribución de derechos posesorios, entre otros.

En el caso en particular, la parte actora alega que el administrador de la Firma La Lorena S.A., señor Cesar Aurelio Mármol Morínigo, ingresó en el inmueble objeto de interdicto, manifestándole que haga abandono del mismo por cuanto que, de lo contrario, iban a ingresar a la fuerza. Si bien al momento de absolver posiciones, el señor Aurelio Marmol Morinigo niega haberse introducido en el inmueble con el fin de amenazar al señor Modesto Paniagua, reconoce que se ha introducido con el acompañamiento de tres personas para “conocer mejor la propiedad”.

Sabido es que dicho ingreso fue hecho con autorización alguna del ocupante. En este contexto y teniendo en cuenta las propias declaraciones del señor Aurelio Mármol Morínigo, quien expresamente dijo que entró al inmueble con el objetivo de “conocer mejor la propiedad”, con lo cual se dejó en descubierto la verdadera intención de la firma Lorena S.A., el cual fue estudiar el inmueble para, eventualmente, atribuirse derechos posesorios, es evidente que existe una amenaza hacia el ocupante, quien tiene, por tanto, todo el derecho considerable de considerar dicha conducta como un acto material de perturbación potencial de su posesión.

Respecto al co-demandado César Aurelio Mármol Morínigo, la decisión manifestada por el A-quo de excluirlo como demandado no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

Ahora bien, pese a haberse hecho esta mención sin embargo, el a-quo ha incurrido en una omisión involuntaria al no consignarlo en la parte resolutive por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida con el agregado que el señor César Aurelio Mármol Morínigo es excluido como demandado por los motivos expuestos en el considerando de la resolución recurrida.

Así las cosas, y habiendo se reunido los requisitos exigidos para la procedencia del interdicto de retener la posesión, la demanda debe ser acogida.

Por tanto, por los fundamentos expuestos, corresponde confirmar la sentencia apelada, debiendo imponer las costas a la perdidosa. ASÍ VOTO.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ:

Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión, se torna improcedente el estudio de la segunda cuestión planteada.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada, corresponde que, de acuerdo con el artículo 406 del CPC, se dicte la sentencia substitutiva en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas por el preopinante al tratar el mismo la apelación, se estima que la pretensión del accionante debe hallar acogida favorable por parte de la Magistratura por cuanto que de las constancias de los autos surge que ha logrado acreditar los extremos legislados en el artículo 642, del CPC para la admisión de esta acción especial y sumaria. En efecto, con las declaraciones de los testigos se acredita la posesión del actor respecto del predio que es objeto de posesión y también los actos de turbación por parte de la demandada en este juicio. Lo último surge claramente de lo relatado por el testigo Cristóbal Natalio Flores Manrique, quien a fs. 159 y 159, vlt., manifestó terminantemente que el codemandado en este juicio, Sr. César Aurelio Mármol, administrador de la firma codemandada, llegó al inmueble en cuestión “con montones de cosas como para instalarse como para ocupar el inmueble y me quiso sacar a la fuerza, me amenazó, llegó con tres personales más con armas y me quiso sacar a la fuerza y a mis personales que estaban conmigo...” (sic). Esta declaración concuerda con lo reconocido por el propio Sr. César Mármol quien, al absolver posiciones, manifestó que efectivamente se había constituido en el lugar de los hechos acompañado de varias personas de su confianza, aunque negando haber llegado al sitio con intención de amenazar o intimidar a nadie.

La posesión u ocupación real y efectiva por parte del actor en el predio, sumada a la declaración del testigo nombrado precedentemente, que atestigua la turbación, cumple con las exigencias legales para la admisión del interdicto de retener la posesión.

Por los fundamentos expresados, corresponde hacer lugar a la acción de interdicto promovida por el Sr. Modesto Paniagua Castillo contra César Aurelio Mármol y la firma La Lorena S.A. y, en consecuencia, condenar a la parte de-

JURISPRUDENCIA

mandada al cese de los actos de turbación en relación al inmueble objeto de litis, conforme el artículo 1.951 del C.C.. Las costas a la parte vencida. 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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Jaime José Bestard.

CONFIRMAR, la S.D. N° 161 de fecha 7 de agosto de 2.012, dictada por el Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral, Niñez y Adolescencia de Filadelfia, debiendo excluirse al Sr. César Aurelio Mármol Morínigo en calidad de demandado conforme lo expuesto en el considerando de la resolución.

IMPONER las costas a la parte perdidosa.

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

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

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 44

Cuestión Debatida: *La accionante promovió juicio ordinario por daños y perjuicios por responsabilidad contractual en el cual reclamó la suma de Gs. 29.654.185 en concepto de reparaciones y otros rubros derivados del contrato de locación presentado. La demandada se allanó parcialmente a la pretensión por la suma de Gs. 1.650.000 fundada en que ése y no otro es el monto de dinero que la actora le había reclamado en concepto de costos de reparación del inmueble. El Juzgado dictó la sentencia definitiva por la cual resolvió hacer lugar a la demanda promovida por la actora, pero no por la suma inicialmente reclamada, sino por la cantidad de Gs. 19.703.099, más los intereses del 1,5% desde la*

notificación de la demanda. La demandada interpuso recurso de nulidad y apelación solicitando se condene por ejercicio abusivo del derecho y litigante de mala fe a la accionante El Tribunal de Apelación resuelve confirmar la sentencia recurrida.

RECURSO DE NULIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Uno de los principios que deben ser rigurosamente observados por los órganos jurisdiccionales al fallar las causas sometidas a decisión es el Principio de Congruencia por el cual los Jueces y Tribunales tienen el deber de analizar en los fundamentos de las resoluciones respectivas todas y cada una de las cuestiones propuestas por las partes (THEMA DECIDENDUM) y, consiguientemente, como consecuencia de la exposición de razones jurídicas expresadas a través de un razonamiento formalmente correcto (lógico), resolver en la parte dispositiva de las sentencias todas y cada una de tales cuestiones propuestas. (Voto del Magistrado Marcos Riera Hunter, minoría).

RECURSO DE NULIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El principio de congruencia constituye una imposición que necesaria e indefectiblemente debe ser cumplida por los órganos jurisdiccionales tanto en la fundamentación de las resoluciones judiciales, como en la decisión o parte dispositiva de los mismos. (Voto del Magistrado Marcos Riera Hunter, minoría).

RECURSO DE NULIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

La infracción o violación del Principio de Congruencia provoca, según los casos, que la sentencia así pronunciada sea declarada nula por incongruencia citrapetita (que puede serlo en el considerando por omisión de tratamiento, o por omisión de pronunciamiento en la parte dispositiva), ultrapetita (que puede serlo por tratamiento excesivo en la fundamentación, o concesión excesiva en la decisión del fallo), y extrapetita (que puede serlo por analizar materia extraña en los fundamentos, o por pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de petición en la parte dispositiva). En cualesquiera de los casos la sentencia así dictada es nula por disponerlo imperativamente la ley procesal. (Voto del Magistrado Marcos Riera Hunter, minoría).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Corresponde declarar la nulidad de la sentencia en alzada, esto, debido a que en la misma se observa con claridad que existe una incongruencia del tipo “*citra petita*”, ya que el Juzgado, al haber hecho lugar a la demanda ordinaria

de indemnización de daños y perjuicios, condenó a la parte demandada al pago de la suma de Gs. 19.703.099 (suma inferior a la que ha sido objeto de pretensión por la actora), debió, de igual manera, haberse pronunciado respecto del rechazo de la demanda por la diferencia entre la suma mencionada y la que ha sido objeto de la pretensión de la demanda por parte de actora (Gs. 29.654.185), es decir, debió haberse pronunciado respecto del rechazo de la demanda por la suma de Gs. 9.951.086. Al no hacerlo, incurrió en una omisión de pronunciamiento completo e integral de la resolución, que importa violación del principio de congruencia de conformidad con el artículo 15, inc. “b”, del C.P.C., en concordancia con el artículo 159, incisos “c” y “e”, del mismo cuerpo legal. (Voto del Magistrado Marcos Riera Hunter, minoría)

RECURSO DE APELACIÓN. Expresión de agravios.

Del escrito de fundamentación del recurso de apelación, se concluye que la apelante no formulo ninguna crítica concreta contra el fallo en revisión, en torno al señalamiento de eventuales errores in iudicando, tal es así que el escrito presentado en alzada es una suerte de contestación de la posición sostenida por la actora, cuando en rigor debe contener críticas al razonamiento seguido por el A-quo. (Voto de la magistrada Valentina Núñez, de la mayoría).

CONTRATO DE LOCACIÓN. Responsabilidad.

La recurrente recibió el inmueble en perfecto estado, conforme reconocimiento en la absolución de posiciones, y habiendo asumido la responsabilidad de devolverlo en la misma forma conforme al contrato, por lo que la responsabilidad de la misma de abonar los gastos que se hubieren realizado, debidamente justificados: abarca la reparación de las goteras y los demás daños documentados como prueba anticipada, corresponde confirmar la sentencia. (Voto de la magistrada Valentina Núñez, de la mayoría).

EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS. MALA FE. Litigante de mala fe.

No media ninguno de los elementos que permitan la admisión de la petición de la recurrente sobre la declaración del ejercicio abusivo del derecho y la mala fe de la accionada, puesto que lo pretendido por la misma fue admitido en el fallo, aunque reduciéndose el monto pretendido, en un porcentaje que racionalmente impide admitir la configuración de los supuestos de los arts. 51 y 52 del C.P.C., procede la confirmación de la resolución apelada. (Voto de la magistrada Valentina Núñez, de la mayoría)

T. DE APELACIONES. C. y C. Primera Sala. 26/06/13. “NICASIO ACOSTA E HIJOS c/ MIRIAN FÁTIMA SEGOVIA VERA y OTROS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL”. (Ac. y Sent. N° 44).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la resolución recurrida?

¿En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DIJO: El recurrente fundó en forma promiscua el recurso de nulidad junto con el de apelación, empero, del análisis de dicha presentación no pueden extraerse críticas en torno a la validez formal del fallo que ameriten su atención a propósito del estudio de este recurso; y como no se observan vicios formales en el fallo en revisión que motiven la declaración de nulidad de oficio, corresponde declarar desierto este recurso. ASÍ VOTO.

ASU 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.

ASU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Independientemente de que la parte recurrente no haya fundado el recurso de nulidad, el Tribunal tiene el deber de analizar dicho recurso de oficio por aludir el mismo a cuestiones de orden público y, además, por hallarse contenido tácitamente en el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 405 del CPC.

En numerosos y reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido, sin variación, que uno de los principios que deben ser rigurosamente observados por los órganos jurisdiccionales al fallar las causas sometidas a decisión es el Principio de Congruencia por el cual los jueces y tribunales tienen el deber de analizar en los fundamentos de las resoluciones respectivas todas y cada una de las cuestiones propuestas por las partes (THEMA DECIDENDUM) y, consiguientemente, como consecuencia de la exposición de razo-

nes jurídicas expresadas a través de un razonamiento formalmente correcto (lógico), resolver en la parte dispositiva de las sentencias todas y cada una de tales cuestiones propuestas.

En efecto, el principio de congruencia constituye una imposición que necesaria e indefectiblemente debe ser cumplida por los órganos jurisdiccionales tanto en la fundamentación de las resoluciones judiciales, como en la decisión o parte dispositiva de los mismos. La infracción o violación del Principio de Congruencia provoca, según los casos, que la sentencia así pronunciada sea declarada nula por incongruencia citrapetita (que puede serlo en el considerando por omisión de tratamiento, o por omisión de pronunciamiento en la parte dispositiva), ultrapetita (que puede serlo por tratamiento excesivo en la fundamentación, o concesión excesiva en la decisión del fallo), y extrapetita (que puede serlo por analizar materia extraña en los fundamentos, o por pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de petición en la parte dispositiva). En cualesquiera de los casos la sentencia así dictada es nula por disponerlo imperativamente la ley procesal.

De las constancias de autos surge que la actora promovió contra la demandada juicio ordinario por daños y perjuicios por responsabilidad contractual en el cual reclamó la suma de Gs. 29.654.185 en concepto de reparaciones y otros rubros derivados del contrato de locación presentado. Al contestar la demanda, la parte demandada se allanó parcialmente a la pretensión por la suma de Gs. 1.650.000 fundada en que ése y no otro es el monto de dinero que la actora le había reclamado en concepto de costos de reparación del inmueble, conforme la verificación técnica efectuada por el Sr. Raúl Núñez. Tramitada la causa y producidas las pruebas, el Juzgado dictó la sentencia definitiva que se encuentra en grado de alzada ante el Tribunal por la cual resolvió hacer lugar a la demanda promovida por la actora, pero no por la suma inicialmente reclamada, sino por la cantidad de Gs. 19.703.099, más los intereses del 1,5% desde la notificación de la demanda.

En la especie, esta Magistratura es del criterio de que corresponde declarar la nulidad de la sentencia en alzada, esto, debido a que en la misma se observa con claridad que existe una incongruencia del tipo "*citra petita*", ya que el Juzgado, al haber hecho lugar a la demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios, condenó a la parte demandada al pago de la suma de Gs. 19.703.099 (suma inferior a la que ha sido objeto de pretensión por la actora), debió, de igual

manera, haberse pronunciado respecto del rechazo de la demanda por la diferencia entre la suma mencionada y la que ha sido objeto de la pretensión de la demanda por parte de actora (Gs. 29.654.185), es decir, debió haberse pronunciado respecto del rechazo de la demanda por la suma de Gs. 9.951.086. Al no hacerlo, incurrió en una omisión de pronunciamiento completo e integral de la resolución, que importa violación del principio de congruencia de conformidad con el artículo 15, inc. “b”, del C.P.C., en concordancia con el artículo 159, incisos “c” y “e”, del mismo cuerpo legal, en virtud de los cuales los Jueces tienen la obligación de analizar en los fundamentos de la resolución respectiva, todas y cada una de las cuestiones propuestas o planteadas por las partes litigantes y, además, pronunciarse en la parte dispositiva de la sentencia en forma expresa, positiva y precisa respecto de tales cuestiones propuestas, condenando, o absolviendo, de la demanda, o reconvenición, en su caso, en “todo o en parte”.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la Sentencia Definitiva N° 799 de fecha 30 de septiembre de 2.009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital. ASÍ VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DIJO: Con la S.D. N°: 799 del 30 de setiembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N° 01, resolvió: “HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Abg. Eugenio Jiménez R., en representación de la firma NICASIO ACOSTA E HIJOS S.A., contra las Sras. MIRIAN FÁTIMA SEGOVIA VERA y MARIA ESTHER VERA DE SEGOVIA, conforme a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución; y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de la suma de GUARANÍES DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS TRES MIL NOVENTA Y NUEVE (Gs. 19.703.099) más intereses (1,5%) desde la notificación de la demanda en el plazo de diez días hábiles de quedar firme la presente resolución. ANOTAR, registrar, notificar por cédula y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

La co-demandada, Mirian Fátima SEGOVIA VERA, por derecho propio y con patrocinio de abogado, expresó agravios contra el fallo apelado en los términos del escrito agregado a fojas 282/287. Al hacerlo formuló referencias en torno a los actos reglados y discrecionales, conceptualizó la figura del abuso de dere-

cho, citó normas del Código Civil, y, finalmente, refirió que el fallo es injusto en atención a que el presupuesto inicial para reparaciones fue ampliamente ensanchado al iniciarse esta demanda. Puntualmente, hace referencia a algunos rubros incurridos, por la accionante, en el total pretendido para la reparación del inmueble para concluir que el acometido de la actora es prácticamente la reconstrucción de su inmueble y no la mera reparación. Por lo demás, la apelante se remite a lo expuesto en su escrito de alegatos, y peticiona se atribuya a la parte actora la condición de litigante de mala fe y ejercicio abusivo de sus derechos.

El abogado Eugenio Jiménez, representante convencional de NICASIO ACOSTA e HIJOS S.A., contestó y controvertió los agravios expuestos por la apelante en los términos del escrito glosado a fojas 290/294 de autos, negando las afirmaciones de la recurrente.

Mediante el A.I. N°: 494, datado el 23 de agosto de 2010, este Tribunal declaró desiertos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Sra. María Esther VERA VDA. DE SEGOVIA.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia, se pasa al análisis de la resolución recurrida.

De la lectura del escrito de fundamentación de este recurso se puede concluir que la apelante no formuló ninguna crítica concreta contra el fallo en revisión, en torno al señalamiento de eventuales errores *in judicando*. Tal es así que el escrito presentado en Alzada es una suerte de contestación de la posición sostenida por la parte actora, cuando, en rigor, debería contener críticas al razonamiento seguido por la *A-quo*.

En efecto, vemos a fs. 283/285 que la recurrente se limita a reproducir cuestiones que fueran incluidas en los alegatos, dando un extenso detalle de documentos, cuestionamientos formulados en relación a la legitimación activa, transcripción de artículos del CC, en fin no existe una crítica razonada a los fundamentos esgrimidos pro la *A-quo* para resolver como lo hizo, que es el objetivo de los recursos conforme lo establece el art. 419 del CPC.

Empero, dando una interpretación laxa al artículo 419 citado, a los efectos de garantizar el control vertical de lo fallado, podrían admitirse ciertas críticas indirectas en torno al monto de la condena.

A priori, cabe indicar que la recurrente se allanó en este juicio, limitando su responsabilidad a la suma de Gs. 1.650.000.

Lo señalado, conjuntamente con el análisis de las posiciones de las partes y los elementos de prueba incorporados en estos autos, permiten admitir que la controversia se limita a la determinación de los rubros que componen la indemnización pretendida, puesto que no se negó la relación contractual y su incumplimiento, la existencia de daños, solo que limitado a una porción de lo reclamado y la relación de causalidad entre uno y otro elemento.

Pues bien, respecto al monto de la condena, lo que se expone gravita en torno a la desproporción entre el valor de la construcción y la reparación de la misma. Asimismo, se señala que, en principio, el costo de las reparaciones ascendía a Gs. 1.650.000., lo que denota el avieso ensanchamiento de los montos postulados en este juicio.

Al respecto, según el informe pericial generado en el marco de este juicio, el valor de la construcción es de Gs. 87.500.000. -vide fs. 213-, en tanto que el guarismo admitido para la reparación de la misma asciende a Gs. 19.703.099.

La simple confrontación de estas cifras constituye la respuesta a la crítica de la apelante y denota la inconsistencia de la misma. En tal sentido es dable señalar que la propia apelante a fs. 286 señala» que concluyentemente la actora incurrió en gastos útiles que no eran necesarios para dejar en el estado que se recibió el inmueble al momento de la locación, la misma mas bien la reconstruyó a nuevo y so pretexto de reembolso pretende repetirse los gastos suntuosos y por todo el inmueble», de manera que reconoce que se han realizado gastos útiles para dejar en el estado que se recibió el inmueble al momento de la locación.

Tampoco es sostenible la pretensión de reabrir en Alzada cuestiones que ya han quedado preclusas sin reclamación alguna en la instancia inferior, tales como cuestiones de legitimación activa.

Por otra parte, la interpretación dada por la demandada, hoy recurrente, a la nota que le fuera remitida en fecha 27 de enero de 2006 en la que se le emplazaba a realizar reparaciones relacionadas a la existencia de goteras, acompañadas de un detalle de las mismas y los costos estimativos de dichas reparaciones, de que esos son los únicos daños existentes en el inmueble al tiempo de abandonarlo, igualmente no es sostenible, por cuanto que dicho reclamo se efectuó cuando la misma se encontraba ocupando el inmueble, en pleno uso y goce del mismo, siendo en consecuencia su responsabilidad realizar los trabajos de mantenimiento respectivos. Mal podría confundirse eso con una supuesta verificación del estado del inmueble por abandono del mismo ya que la misma

reconoce haberse retirado en fecha 26 de marzo del 2006. De manera que la verificación realizada con posterioridad al abandono el inmueble adquiere relevancia por cuanto que en ese momento recién fueron verificadas las instalaciones a los efectos de determinar los daños sufridos con la ocupación. Esta verificación fue realizada en carácter de prueba anticipada teniendo la calidad de instrumento público y no habiendo sido cuestionada por la demandada tienen plena validez y hacen fe.

De lo que se ha venido señalando podemos concluir que la recurrente recibió el inmueble en perfecto estado conforme la misma lo reconociera en ocasión de la absolución de posiciones de fecha 6 de mayo de 2008 (fs.177) y habiendo asumido la responsabilidad de devolverlo en la misma forma conforme a lo estipulado en la cláusula Séptima y Undécima inciso d) resalta por consiguiente la responsabilidad de la misma de abonar los gastos que se hubieren realizado, debidamente justificados, para poner nuevamente el inmueble en las condiciones que lo recibiera.

Esa responsabilidad abarca la cobertura no solo de la reparación de las goteras, que le fuera reclamada cuando ocupaba aún el inmueble, sino también de los otros daños que se produjeron y que se hallan documentados en la prueba anticipada, por lo que obviamos su repetición. Por todo lo señalado, considero que corresponde confirmar lo resuelto sobre este punto.

En otro orden de ideas, la recurrente peticiona se declare el ejercicio abusivo de los derechos y la mala fe de la accionada.

Al respecto, en autos no median ninguno de los elementos que permitan la admisión de la petición de la co-demandada, puesto que lo pretendido por la misma fue admitido en el fallo, aunque reduciéndose el monto pretendido, en un porcentaje que racionalmente impide admitir la configuración de algunos de los supuesto previstos en los artículos 51 y 52 del Código Procesal Civil.

En suma, en función a las consideraciones expuestas, no cabe mas que confirmar el fallo en revisión en su totalidad, por hallarse ajustado a a derecho debiendo imponerse las costas generadas en esta Instancia, de conformidad a lo que dispone el artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, corresponde que las mismas sean soportadas por la recurrente. ASÍ VOTO.

ASU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: 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: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión planteada, se hace absolutamente innecesario el estudio de la segunda cuestión planteada.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada, corresponde que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, el Tribunal resuelva la cuestión de fondo y, en consecuencia, dicte la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de nulidad.

De las constancias de estos autos surge que el abogado Eugenio Jiménez R., en representación de la firma NICASIO ACOSTA E HIJOS S.A., se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia a fin de promover juicio de indemnización de daños y perjuicios contra las señoras Mirian Fátima Segovia Vera y María Esther Vera de Segovia, fundado en que por contrato de fecha 31 de julio de 2001, su representada cedió en locación a la Sra. Mirian Fátima Segovia Vera un inmueble de su propiedad, individualizado con la Cta. Cte. Ctrial. N° 10-0533-18, ubicado en la calle Juan E. O'Leary N° 1.710 esquina Francisco Dupuis, de esta Capital, y en que dicho inmueble ha sido entregado a la arrendataria en perfectas condiciones. Asimismo, continúa manifestando en su escrito de promoción de la demanda que, al momento de retomar la posesión inmediata del inmueble, su representada ha constatado que la locataria, quien ha abandonado el referido inmueble, lo dejó en estado ruinoso, en visible contraste con las condiciones que presentaba cuando recibió el inmueble. Manifiesta también que, los graves deterioros causados de ninguna manera pueden ser imputados a la acción del tiempo o al uso normal. Ahora bien, según expresa el mencionado profesional, el costo de las reparaciones por los deterioros causados al inmueble de su representada, totaliza la suma de Gs. 28.101.920, así también, solicita el monto en concepto de facturas pendientes de pago que dejó la inquilina: Gs. 624.265 en concepto de energía eléctrica; y Gs. 178.000 en concepto de agua corriente. Por último, solicita el costo de la diligencia realizada en concepto de prueba anticipada, el cual asciende a la suma de Gs. 750.000. Consecuentemente, demanda por la cantidad total de Gs. 29.654.185 en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En la contestación de la demanda (fs. 68/69) la abogada Malvina Cháves, en representación de la codemandada Sra. Mirian Fátima Segovia, manifestó que no es cierto que su representada abandonó la casa alquilada y que, lo cierto es

que, cuando la misma la alquiló, dicha casa ya estaba con bastantes deterioros por los años de uso. Asimismo, manifestó que el demandante ha enviado a su representada una nota especificando las reparaciones a realizar, de acuerdo al presupuesto del Sr. Raúl Núñez de fecha 27 de marzo de 2006, presupuesto éste que no sobrepasa la suma de Gs. 1.650.000, suma a la cual su representada se allana, rechazando categóricamente la suma de Gs. 29.000.000.

De la contestación de la abogada Malvina Cháves, en representación de la Sra. Mirian Fátima Segovia, se dispuso el traslado correspondiente a la parte actora, que lo evacuó conforme los términos del escrito de fs. 89/92.

A fs. 73 obra el A.I. N° 160 de fecha 6 marzo de 2.007, por el cual el Juzgado dio por decaído el derecho que tenía la señora María Esther Vera de Segovia de contestar la demanda.

Por providencia del 21 de septiembre del 2007 (fs. 92, vlt.a.) el Juzgado dispuso la apertura de la causa a prueba, produciéndose las probanzas señaladas en los informes actuariales de fs. 206 y 225 de estos autos, ordenándose, consecuentemente, se entreguen los autos a las partes para que aleguen de bien probado. Por escritos de fs. 239/245 y 228/235, las partes actora y demandada, respectivamente, presentaron sus alegatos finales, los cuales fueron agregados al expediente por providencias de fechas 5 de marzo de 2.009 y 20 de marzo de 2.009, llamándose seguidamente “autos para sentencia” en virtud a la última de las providencias citadas, que se encuentra firme.

La cuestión planteada en autos se clarifica sensiblemente si se tiene en cuenta la cronología en que se sucedieron los hechos y acontecimientos más relevantes para la causa:

1) En fecha 18 de enero del 2006 se efectuó la verificación del estado del inmueble que había sido locado, además de la determinación del presupuesto, por parte del Sr. Raúl Núñez, que estimó la reparación en la suma de Gs. 1.650.000. Así surge del documento de fs. 61 de autos, instrumento reconocido por la parte demandante expresamente al contestar el traslado a fs. 89, ocasión en que manifestó que efectivamente se había encomendado al citado Sr. R. Núñez la verificación del estado del inmueble en cuestión.

2) En fecha 27 de enero del 2006 la parte actora remitió a la demandada una nota en la cual se puso a conocimiento de la demandada la verificación efectuada por el Maestro Mayor de Obras, Sr. Raúl Núñez, personal autorizado por la accionante a dicho efecto, le remitió copia del resultado de la verificación y del

presupuesto (Gs. 1.650.000) y, finalmente, le otorgó “un plazo de 30 días para realizar dichas reparaciones, transcurrido el plazo se realizara una nueva verificación...”. La nota se encuentra agregada a fs. 59 y 60 de autos y también ha sido expresamente reconocida por la actora a fs. 89.

3) En el mes de marzo del 2006, concretamente a fines del mismo, la parte demandada desocupó el inmueble que había sido objeto de locación. Este extremo ha sido admitido expresamente por la parte al absolver posiciones y, específicamente, al contestar afirmativamente a la primera posición del pliego presentado en la cual se afirmó textualmente “Diga como es verdad que la Sra. Miriam Fátima Segovia Vera salió definitivamente del inmueble (Departamento) que alquilaba ubicado en O’Leary N° 1710 esq. Dupuis, a fines de marzo del año 2006” (fs. 161, 162).

4) En fecha 28 de junio del 2006 se realizó el reconocimiento judicial del inmueble en cuestión como prueba anticipada, conforme surge del expediente respectivo agregado por cuerda a estos autos principales.

5) En los meses de agosto y noviembre la parte actora realizó gastos en concepto de reparaciones, conforme surge de los comprobantes presentados por la accionante en estos autos.

6) En fecha 24 de noviembre del 2006 se promovió la presente demanda de daños y perjuicios por responsabilidad contractual.

Como puede advertirse de la cronología desarrollada, la única reclamación efectuada por la actora a la demandada en concepto de reparaciones en el inmueble que había sido objeto de locación es la que corresponde a la verificación cumplida por su propio autorizado a dicho efecto, el Maestro Mayor de Obras, Sr. Raúl Núñez, quien, además, determinó el presupuesto total en la suma de Gs. 1.650.000, precisamente la suma de dinero a la cual se ha allanado expresamente la parte demandada al contestar la demanda.

Se puede presumir con entera razonabilidad que un profesional como el que ha sido designado para efectuar la verificación del estado general del inmueble hubiera advertido o notado todo otro deterioro en el mismo y, en tal supuesto, lo hubiera incorporado en su verificación técnica con la determinación de los costos de reparación. Si así no ocurrió, pues entonces no podría pretenderse cargar a la parte demandada con el costo de reparaciones que al tiempo de la verificación del Sr. R. Núñez no fueron consignadas. La nota de fecha 27 de enero del 2006 que la actora remitió a la demandada es muy clara en sus térmi-

nos: no solamente le comunicó el resultado de la verificación efectuada por su propio comisionado técnico (Raúl Núñez) y le notificó del presupuesto de reparación (Gs. 1.650.000), sino que, incluso, le otorgó un plazo de 30 días para que se efectúen los trabajos correspondientes. No existe ninguna otra reclamación, ni se alude a ningún otro monto que el que ha sido mencionado.

Sobre el punto se podría señalar a modo de objeción que entre la fecha de la verificación técnica (18 de enero del 2006) y la fecha de salida de la demandada del inmueble (fines de marzo del 2006) han transcurrido aproximadamente dos meses, lapso en el cual han podido producirse otros deterioros. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos aspectos que no permiten sostener la objeción que ha sido formulada en forma hipotética:

1) La parte actora, en su nota del 27 de enero del 2006, manifestó a la demandada que le otorgaba un plazo de 30 días para efectuar las reparaciones, transcurrido el cual se realizaría una “nueva verificación”. Pero, esta segunda verificación nunca fue realizada a fin de comprobar si la demandada realizó o no las reparaciones que le fueron exigidas y, al propio tiempo, para verificar, en su caso, si además de los defectos o vicios encontrados en la verificación del Sr. R. Núñez, se produjeron otras nuevas imputables a la entonces locataria. Al no realizarse esta segunda verificación permanece como único referente el contenido de verificación efectuada en fecha 18 de enero del 2006 por el maestro R. Núñez.

2) Por otra parte, resulta difícil admitir que en un espacio de tiempo relativamente corto (aproximadamente dos meses) el inmueble pueda deteriorarse de una manera alarmante hasta el punto de exigir reparaciones por valor de varios millones de guaraníes. En este punto solamente pueden levantarse conjeturas: o tales vicios ya existían cuando el Sr. Núñez hizo la verificación, y el Maestro no los notó o por algún motivo obvió consignarlos en el presupuesto, o bien simplemente no existían, o existían pero no con la gravedad con que reclama la actora, o se produjeron después de la salida de la demandada del Departamento. No debe olvidarse, al respecto, que el reconocimiento judicial que se cumplió con posterioridad en carácter de prueba anticipada se realizó el 28 de junio del 2006, es decir, tres meses después de la salida de la demandada del inmueble entonces locado.

De cualquier manera, lo cierto y lo concreto radica en que el reclamo de la parte actora a la demandada se limitó, sobre la base de una verificación técnica

encomendada por ella misma, a lo especificado y presupuestado en los documentos agregados a fs. 59/61 de autos en los cuales el reclamo dinerario se limita a la suma de Gs. 1.650.000. Toda otra pretensión adicional no podría ser admitida judicialmente por razones antes anotadas que no permiten atribuir fehacientemente responsabilidad de la parte demandada a dicho respecto. Tampoco puede pasarse por alto, como un elemento ilustrativo, la circunstancia de que en el escrito inicial de demanda la parte demandante reclamó la suma de Gs. 29.654.185, pero terminó conformándose con la de Gs. 19.703.099 que ha sido la condena del Juzgado de Primera Instancia, cuya confirmación solicitó en esta instancia de Alzada.

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

1) Hacer lugar parcialmente, con costas, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y, en consecuencia, condenar a la parte demandada a abonar a la actora la suma de Gs. 1.650.000, con los intereses legales, en concepto de resarcimiento.

2) Rechazar parcialmente, con costas, la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual por la suma Gs. 28.004.185.
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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 44.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución, la S.D. N°: 799 del 30 de setiembre de 2009, emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N° 01.
3. RECHAZAR el pedido de declaración de litigante de mala fe y ejercicio abusivo de los derechos, formulado por la recurrente, por las razones expuestas en el considerando de esta resolución.

4. IMPONER las costas de esta Instancia a la recurrente.
 5. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
- Magistrados: Valentina Núñez González, Oscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter.
Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 52

Cuestión Debatida: *La accionante que ha adquirido la propiedad de dos terceras partes de un inmueble, en condominio con otras personas, al asistir al inmueble verifica que se encuentra ocupado por persona autorizada por uno de los propietarios; interpone interdicto de recobrar; el cual el juzgado de primera instancia hace lugar; posteriormente se interpone recurso de nulidad y apelación. El Tribunal de Apelación resuelve revocar la sentencia de primera instancia que hace lugar al interdicto, por no cumplir con los requisitos requeridos por el art. 646 del Código Procesal Civil.*

POSESIÓN. Tenencia

La posesión a la cual alude la disposición del art. 646 del Código Procesal Civil no es necesariamente la posesión con ánimo dómini, es decir, la posesión con ánimo de someter la cosa a un derecho de propiedad, sino que puede consistir en la posesión entendida como mera tenencia (ocupación material o física del inmueble).

INTERDICTO DE RECOBRAR. DESALOJO.

En el interdicto de recobrar (al igual que en el desalojo) no pueden debatirse cuestiones vinculadas con la propiedad o la posesión con ánimo dómini, ni con el derecho a la propiedad, o a la posesión del bien en cuestión.

INTERDICTO DE RECOBRAR. Procedencia

La accionante no ha tenido la posesión física del inmueble respecto del cual (en realidad una parte o fracción, que ni siquiera ha sido claramente deslindada o determinada) se ha promovido el interdicto de recobrar la posesión (no la posesión con ánimo de dueño, sino la posesión entendida como tenencia o mera ocupación del terreno), por tanto, este extremo no ha sido acreditado por la accionante, razón por la cual, al no concurrir una de las exigencias determina-

das por art. 646 del Código Procesal Civil, como condición necesaria (no meramente suficiente), la pretensión de la demandante ya no puede hallar acogida favorable por parte de la Magistratura, corresponde la revocación de la sentencia que hace lugar a al interdicto de recobrar.

INTERDICTO DE RECOBRAR. Procedencia

Lo sostenido, afirmado y admitido por la accionante en el escrito inicial de demanda (que hace plena prueba en su contra) pone en evidencia que la misma nunca ocupó ni poseyó físicamente el inmueble en cuestión, sino que luego de adquirirlo en condominio se constituyó en el lugar para encontrarse con la ocupación por parte del citado codemandado, corresponde la revocación de la sentencia recurrida que dispone hacer lugar al interdicto de recobrar la posesión.

INTERDICTO DE RECOBRAR. Procedencia

La pretensión de la recurrente no es la restitución de todo el predio identificado como tal, sino de una parte del mismo—que no ha sido deslindado siquiera mínimamente—conduce a la inevitable conclusión de que el interdicto promovido deviene por completo improcedente, procede la revocación de la resolución recurrida que hace lugar al interdicto de recobrar.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 31/07/13. “ANDRESA OCAMPOS DE BENÍTEZ c/ MÓNICA MARÍN Y FRANCISCO ALVARENGA GODOY s/ INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESIÓN”. (Ac. y Sent. N° 52).

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; el Magistrado DR. MARCOS RIERA HUNTER, VALENTIN ANÚÑEZ GONZÁLEZ y DR. LINNEO INSFRÁN SALDÍVAR.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad para solicitar únicamente la revocatoria de la sentencia recurrida. Por tal motivo, no existiendo por lo demás, vicios o defectos en la sentencia en alzada que imponga al Tribunal el deber de declarar la nulidad de

oficio, corresponde que se tenga al recurrente por desistido del recurso de nulidad. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. LINNEO INSFRÁN SALDÍVAR DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos surge que la actora promovió interdicto de recobrar la posesión contra los demandados fundada en que luego de adquirir las dos terceras partes del predio de sus anteriores propietarios (quedando, en consecuencia, como condómina con otro propietario) concurrió en noviembre del 2004 al sitio a fin de observarlo en compañía de familiares y amigos, ocasión en que pudo constatar que el inmueble se encontraba ocupado en parte por una persona de nombre Francisco Alvarenga Godoy quien manifestó que se hallaba en el lugar por autorización de la Sra. Mónica Marín quien le había encargado el cuidado de una jauría constituida por aproximadamente 70 a 100 perros. Señala la accionante que ante la ocupación o invasión ilegítima del inmueble cuya identificación realiza en el escrito de demanda, se halla en condiciones de hacer valer sus derechos de propietaria y poseedora a fin de “recuperar sus derechos de posesión del inmueble” (fs.21, vlta.), solicitando, finalmente, que se dicte oportunamente la sentencia definitiva mandando restituir el inmueble a la actora y el lanzamiento de los intrusos.

Conforme la disposición del artículo 646 del CPC, la procedencia del interdicto de recobrar la posesión queda supeditada a la concurrencia de dos requisitos o condiciones necesarias: 1) Que quien intente o promueva el juicio de interdicto hubiere tenido la posesión actual del bien mueble o inmueble y 2) Que el mismo hubiere sido despojado total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad.

En cuanto al requisito de la posesión, cabe señalar muy especialmente que el tipo de posesión a la cual alude la disposición del Código Procesal Civil no es necesariamente la posesión con *ánimus dómini*, es decir, la posesión con ánimo de someter la cosa a un derecho de propiedad, sino que puede consistir en la posesión entendida como mera tenencia (ocupación material o física del inmueble). Ello es así por cuanto que, como es sabido, en esta clase de juicios (al igual que en el desalojo) no pueden debatirse cuestiones vinculadas con la propiedad

o la posesión con *ánimus dómuni*, ni con el derecho a la propiedad, o a la posesión del bien en cuestión.

En la especie, surge a todas luces que la parte actora no ha probado su condición de poseedora del inmueble que es objeto del litigio. Es decir, no ha probado que ha ejercido en el predio respectivo la posesión material o la ocupación del mismo, ni directamente ni por interpósita persona. La actora, conforme refiere en el escrito de demanda, manifiesta que luego de adquirir las dos terceras partes del inmueble, concurrió al lugar de ubicación para observarlo en compañía de otras personas, oportunidad en la cual pudo advertir que en el terreno se encontraba el codemandado, el Sr. Francisco Alvarenga Godoy quien le informó que se encontraba por autorización de la codemandada, Mónica Marín. Lo sostenido, afirmado y admitido por la accionante en el escrito inicial de demanda (que hace plena prueba en su contra) pone en evidencia que la misma nunca ocupó ni poseyó físicamente el inmueble en cuestión, sino que luego de adquirirlo en condominio se constituyó en el lugar para encontrarse con la ocupación por parte del citado codemandado.

Por otra parte, tampoco puede pretender haber tenido la posesión del predio sobre la base de las escrituras de transferencias acompañadas con la demanda por cuanto que del texto de las mismas se desprende que a la actora se le han transferido los “derechos de propiedad y posesión”. Pero, una cosa es la posesión en sentido fáctico, que es la exigencia del Código Procesal Civil (posesión como ocupación o tenencia del inmueble; véase Guillermo A. Borda, “Manual de Derechos Reales”, Ed. Perrot, Bs. Aires, 1989, pág. 123), y otra muy distinta es el derecho a la posesión. En la presente causa lo único que tiene que ser objeto de discusión o debate es si la accionante ha tenido o no la posesión física del inmueble respecto del cual (en realidad una parte o fracción, que ni siquiera ha sido claramente deslindada o determinada) se ha promovido el interdicto de recobrar la posesión (no la posesión con ánimo de dueño, sino la posesión entendida como tenencia o mera ocupación del terreno). Precisamente, este extremo, se reitera, no ha sido acreditado por la accionante, razón por la cual, al no concurrir una de las exigencias determinadas por la ley procesal como condición necesaria (no meramente suficiente), la pretensión de la demandante ya no puede hallar acogida favorable por parte de la Magistratura.

Obviamente, al no acreditarse la posesión, tampoco puede pretenderse probar la desposesión por medio de violencia o clandestinidad. Nadie puede ser

desposeído o despojado de una posesión que nunca ha tenido. Además, la accionante no refiere en el escrito inicial de demanda, en absoluto, ningún hecho o comportamiento atribuido a los demandados de los cuales pudiera inferirse que en la especie, ha existido ni violencia ni clandestinidad. Como refiere Borda en la obra antes citada, “la posesión es clandestina cuando los actos de toma de posesión fueron ocultos o se tomaron en ausencia del poseedor o adoptando precauciones para sustraerla al conocimiento de la persona que tenía derecho a oponerse” (autor citado, op. cit., pag. 122). Pero, en el caso que se estudia, no pudo haber habido clandestinidad por cuanto que cuando la actora concurrió al lugar para verificar el inmueble, que adquirió en condominio pero que nunca poseyó, ya se encontró con la presencia del codemandado Francisco Alvarenga Godoy quien, según sus propias manifestaciones, se hallaba encargado de una jauría de casi cien perros con construcciones para resguardo de los mismos, siendo difícil de admitir que en tales circunstancias se haya podido consumir un ingreso clandestino en el predio.

Todo ello, sumado al extremo de que la actora no pretende la restitución de todo el predio identificado como tal, sino de una parte del mismo —que no ha sido deslindado siquiera mínimamente— conduce a la inevitable conclusión de que el interdicto promovido deviene por completo improcedente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia apelada (que hace lugar al interdicto de recobrar la posesión) por no hallarse la misma ajustada a Derecho. **ASÍ VOTO.**

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. LINNEO INSFRÁN SALDÍVAR DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 52

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el **TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;**

RESUELVE:

TENER al recurrente por desistido del recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la sentencia apelada.
ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Linneo Ynsfrán Saldivar.

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 62

Cuestión Debatida: *El recurrente interpuso acción de habeas data, a fin de subsanar los datos sobre sus antecedentes policiales en los cuales figura una causa inexistente. El Juzgado de Primera Instancia no hizo lugar e interpuso recurso de nulidad y apelación contra la resolución, y el Tribunal de Apelación en el estudio de la misma verificó la efectiva existencia del error incurrido en los registros de la Policía Nacional, por lo que revocó la resolución de primera instancia, haciendo lugar a la garantía constitucional, ordenando la corrección del prontuario del accionante.*

HÁBEAS DATA. Procedencia. Antecedentes Policiales.

El accionante estuvo procesado en juicio abierto por evasión impositiva, el mismo se finiquitó con el sobreseimiento del actor, cuestión que fue comunicada a la Policía Nacional, sin embargo, a pesar de la comunicación, no fue suprimida y ello porque no coinciden el número de expediente que le fuera abierto por evasión y el que figuraba en los registros de la dependencia policial, señalado que ambas son la misma causa y que difieren en el número por un error del personal de la Policía Nacional, por lo que se revoca la resolución recurrida y se hace lugar a la garantía constitucional del hábeas data, ordenándose la supresión del dato que era erróneo.

HÁBEAS DATA. Procedencia. Antecedentes Policiales.

Existiendo coincidencia de datos (salvo el número de causa) y no contando con otro proceso cuya numeración coincida con el que figura en el certificado de la Policía Nacional, es posible concluir que la alegación de la existencia de un error en los registros de la Policía Nacional es verdadera, por ello ante el error demostrado en los registros de la Policía y teniendo competencia para disponer la eliminación del antecedente, corresponde hacer lugar a la acción de hábeas data y, por tanto, corresponde la revocación del fallo apelado.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 30/08/13. “RICARDO AUGUSTO GIMÉNEZ BENÍTEZ S/ HÁBEAS DATA”. (Ac. y Sent. N° 62).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por otra parte, no se observan vicios en la forma o solemnidad de la sentencia que obliguen al Tribunal a anular de oficio la misma. En estas condiciones, corresponde declarar desierto el recurso. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJERON: Manifiestan que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: En la Sentencia en alzada el Juez a-quo resolvió: “Rechazar la demanda de Habeas Data promovida por el señor Ricardo Augusto Giménez Benítez contra la comandancia de la Policía Nacional, por resultar la misma improcedente. Imponer las costas a la actora...”.

Contra la misma se alza el recurrente cuyos agravios se expresan a fs. 18/22 de autos, señalando como fundamento la errónea apreciación del A-quo de los hechos expuestos por su parte en la demanda y ello resulta de los supuestos errores al exponer en el considerando las incidencias que rodearon al caso. Agrega que la cuestión se circunscribe a la existencia de una causa penal que fue extinguida y comunicada, pero que no fue cumplida, dado que en los registros de la Policía figura otro número de expediente, el cual no existiría. Afirma que ambas causas, la que figura en los antecedentes policiales y la de la copia del oficio remitido a la Policía obrante a fs. 4 de autos, son las mismas y que por un error del personal administrativo de la Policía al procesar los datos de su causa

se consignó otro número de causa y no el que le correspondía a su caso. Por último, señala que el Aquo omitió dar cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 135 de la Constitución Nacional, dado que el mismo era competente para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo referido, cuando estén dados todos los recaudos para ello, cuestiones, que señala ha realizado plenamente.

Se ha corrido traslado a la Policía Nacional, no habiendo contestado el plazo de ley, por lo que este Tribunal en A.I. N° 226 de fecha 11 de abril de 2013, resolvió dar por decaído el derecho de contestar el traslado.

Analizadas las constancias de autos como asimismo las manifestaciones de las partes, se tiene que el presente recurso de apelación versa sobre la procedencia de la acción de habeas data.

En ese sentido se tiene que la parte actora ha iniciado acción de hábeas data, fundado en que en sus antecedentes policiales figura una causa penal inexistente. Que si bien es cierto estuvo procesado en juicio abierto por evasión impositiva, la misma ha finiquitado con el sobreseimiento del actor (resolución de fs. 3), cuestión que fue comunicada a la Policía Nacional y que, sin embargo, a pesar de la comunicación, no fue suprimida y ello porque no coinciden el número de expediente que le fuera abierto por evasión y el que figuraba en los registros de la dependencia policial, señalado que ambas son la misma causa y que diferían en el número por un error del personal de la Policía Nacional y que ante esta situación solicitaba el hábeas data, para que el juez interviniente suprimiera el dato que era erróneo.

Así la cuestión, el recurrente sostiene que existía una sola causa y que por error involuntario del personal administrativo, se habría generado una suerte de dos expedientes. A los efectos de esclarecer el derecho de la partes este Tribunal ha dispuesto, por A.I. N° 433 de fecha 25 de junio de 2013, como medida ordenatoria se oficie a la sección de Antecedentes Penales para que remita informe sobre los antecedentes penales del Sr. Ricardo Augusto Giménez Benítez. Dicho informe fue agregado a fs. 29 de autos en el que se puede constatar que el Sr. Ricardo Augusto Giménez Benítez no cuenta con antecedentes penales. Con ello se demuestra que el actor no tiene otra causa abierta y que comparando todos los datos entre el oficio N° 830 de fs. 4 y el certificado de antecedentes de la Policía Nacional de fs. 6 de autos, es posible constatar que coinciden en todos los datos, salvo en el número de expediente. Entonces, existiendo coincidencia de datos (salvo el número de causa y no contando con otro proceso cuya

numeración coincida con el que figura en el certificado de la Policía Nacional, es posible concluir que la alegación de la existencia de un error en los registros de la Policía Nacional es verdadera. Es por ello que ante el error demostrado en los registros de la Policía y teniendo competencia para disponer la eliminación del antecedente, correspondía hacer lugar a la acción de habeas data y por tanto, corresponde la revocación del fallo apelado. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJERON: Manifiestan que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 62.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR la Sentencia Definitiva N° 268 de fecha 16 de mayo de 2012, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, en el sentido de hacer lugar al Habeas Data solicitado por el Sr. Ricardo Augusto Giménez Benítez y, en consecuencia, disponer la rectificación de los antecedentes del mismo en el prontuario de la Policía Nacional.

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

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

Ante mí: Martín Ademen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 63

Cuestión Debatida: *Se solicita la declaración de nulidad de la sentencia que hace lugar, con costas, a la demanda ordinaria que por cumplimiento de contrato, alegando la violación del Art. 15 incs. a) y b) del CPC, la falta de*

cumplimiento de la notificación por cédula de la presente demanda, y apela cuestionando la existencia del contrato objeto de la demanda y la no apertura de la causa a prueba, que en alzada se analiza y resuelve confirmar la resolución recurrida por carecer de críticas razonadas.

RECURSO DE NULIDAD. Principios generales.

La argumentación de la nulidicente resulta confusa, ya que por un lado señala que no se ha notificado por cédula la providencia que ordena el traslado de la demanda, pero por otro lado señala, que a la notificación solo se han acompañado 11 fojas, y no toda la documentación presentada por la actora al promover la demanda, pero aun en el supuesto que lo expuesto fuese cierto, debe tenerse en cuenta, que se trata de actuaciones procesales, las cuales deben ser cuestionadas en la instancia en que se produjeron y por medio del incidente de nulidad y no del recurso y no existiendo ningún tipo de vicio o violación de formas y solemnidades de la ley, que conforme a los Arts. 113 y 404, justificarían una declaración oficiosa de la nulidad, el recurso, debe ser desestimado.

CONTRATO. Existencia del contrato.

La falta de remisión del contrato al apelante, dicha falencia, si fuese cierta, debió reclamarse en instancia previa y por la vía incidental, o por la especificada en el Art. 107 del CPC, y su reclamo en esta instancia resulta improcedente, sin embargo, al contestar la demanda se ha reconocido por la demandada en forma expresa, la existencia del mismo.

PRUEBA. Apertura de la causa a prueba.

La decisión de no abrir la causa a prueba, la cual debió ser cuestionada en instancia previa, pero al no haberlo hecho, consintió el trámite, debe tenerse en cuenta, que se trata de actuaciones procesales, las cuales deben ser cuestionadas en la instancia en que se produjeron y por medio del incidente de nulidad y dicha circunstancia no puede servir de fundamento, por lo que corresponde el rechazo del recurso de apelación.

RECURSO DE APELACIÓN. Requisitos.

Los argumentos expuestos por la apelante, que no contienen una crítica razonada contra los fundamentos de su resolución, y la falta de cumplimiento de los requisitos del Art. 419 del CPC, razón por la cual el recurso bien puede ser declarado desierto.

CONTRATO. Existencia del contrato. Contenido.

Trabada así la litis, en atención a lo dispuesto en el Art. 715 del CC, que el contrato es ley entre las partes, corresponde remitirnos al contenido del mismo,

cuya existencia ha sido admitida por ambas partes en sus respectivos escritos de promoción y contestación de la demanda, pues se tiene que las partes coinciden en cuanto al objeto del contrato, compraventa de vehículo, y el precio de venta, así como la modalidad de pago, una entrega y el saldo en pagos mensuales.

CONTRATO. Contrato de compra-venta. Objeto del contrato. Cláusulas.

El estado del vehículo, objeto de compra-venta, la compradora aceptó recibirlo en el estado en que se encontraba, y asumiendo todas las responsabilidades civiles y penales derivadas de su uso, desde la fecha del contrato, según cláusulas 1ª y 5ª del contrato, y del examen del mismo, surge entonces que la obligación del vendedor se limitó a la entrega del automóvil, y el compromiso de otorgar la transferencia por escritura pública, una vez que se haya abonado en su totalidad el precio del automóvil, no existiendo condición alguna que subordine el pago de cuotas al buen funcionamiento del automotor transferido, por lo que este argumento no es atendible,

CONTRATO. Cumplimiento de contrato.

La defensa opuesta por la demandada, de *exceptio de non adiplenti*, no procede, puesto que no existe obligación pendiente a cargo del vendedor-actor, de la presente demanda de cumplimiento de contrato, por el contrario, es ella la que admite que no se halla al día en el pago de las cuotas, por lo que le demanda planteada, que busca justamente el cumplimiento del acuerdo, en base al Art. 725 del CC, debe hallar acogida favorablemente, tal como lo resolvió la A-quo, por lo que la sentencia en alzada, debe ser confirmada, con costas a la perdedora en ambas instancias.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 30/08/13. “MARCOS ANTONIO QUIROZASTIGARRAGA c/ ROSSANA BEATRIZ COLMÁN CARBALLO s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”. (Ac. y Sent. N°63).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El recurrente solicita la declaración de nulidad de la sentencia en estudio, alegando la violación del Art. 15 inc. a y b del CPC, por parte del juzgado. Señala que no se ha dado nunca cumplimiento a lo dispuesto por la providencia de fecha 31 de julio de 2009, obrante a fs. 24 de autos, por la cual se ordeno la notificación por cedula de la presente demanda. Agrega que, según consta a fs. 27 de autos, al momento de notificarse la demanda, según acta del ujier notificador, solo se adjuntaron 11 fs., copias para traslado, y pese a ello el Juzgado, que tenía el deber de cerciorarse de la veracidad de lo actuado, ha dictado sentencia.

En primer término, se advierte que la argumentación de la nulidicente resulta confusa, ya que por un lado señala que no se ha notificado por cedula la providencia que ordena el traslado de la demanda, pero por otro lado señala, que a la notificación solo se han acompañado 11 fojas, y no toda la documentación presentada por la actora al promover la demanda.

Aun en el supuesto que lo expuesto fuese cierto, debe tenerse en cuenta, que se trata de actuaciones procesales, las cuales deben ser cuestionadas en la instancia en que se produjeron y por medio del incidente de nulidad y no del recurso.

Además, como la demandada, se ha presentado a contestar la demanda, en el escrito de fs. 28/30, sin cuestionar ningún aspecto de la notificación de fs. 27, ni invocar el Art. 107 del CPC, no existe indefensión, y se ha dejado precluir la etapa para reclamar la falta de copias para traslado, en el caso que efectivamente no se hayan acompañado todas ellas.

En consecuencia, al no advertirse en la sentencia recurrida ningún tipo de vicio o violación de formas y solemnidades de la ley, que conforme a los Arts. 113 y 404, justificarían una declaración oficiosa de la nulidad, este recurso, debe ser desestimado. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTIN ANÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Por la sentencia apelada, la jueza de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, del Sexto turno, RESOLVIÓ:

“...I) HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda ordinaria que por cumplimiento de contrato promueve MARCOS ANTONIO QUIROZ ASTIGARRAGA contra ROSSANA BEATRIZ COLMÁN CARBALLO, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia intimar a la parte demandada para que en el perentorio término de diez días de ejecutoriada a presente resolución pague al actor la suma de DÓLARES AMERICANOS DOS MIL CIEN (US\$ 2.100,00) más intereses y costos del juicio...”.

Contra la citada resolución, expresa sus agravios la parte demandada, en el escrito de fs. 50 y sgtes., en el cual al referirse al recurso de apelación, sostienen que la A-quo erradamente y de manera arbitraria ha hecho lugar a la demanda de cumplimiento de contrato, cuando que dicho contrato jurídicamente no existe, ya que a su parte nunca se le ha acercado copia alguna del referido contrato. Agrega que tampoco se ha acreditado que no se hayan abonado las cuotas, ni que exista la evidencia de la mora. Agrega que nunca se le ha reclamado ni verbal ni telefónicamente o por escrito, y que los pagarés presentados por sí solos no prueban lo afirmado arbitrariamente por el Juzgado. Alega además violación del principio de congruencia, respecto a la decisión del A-quo de no abrir a prueba la causa, por no haberse ofrecido otras pruebas que las acompañadas en los escritos de promoción y contestación de la demanda, arguyendo que en la jurisdicción de Justicia Letrada por disposición del art. 689 del CPC, las pruebas deben ser acompañadas y ofrecidas al momento de promover o contestar la demanda.

En lo tocante a la supuesta falta de remisión del contrato al apelante, se reitera lo señalado al tratar la nulidad, dicha falencia, si fuese cierta, debió reclamarse en instancia previa y por la vía incidental, o por la especificada en el Art. 107 del CPC, y su reclamo en esta instancia resulta improcedente. Sin embargo, cabe señalar que al contestar la demanda (fs. 28) se ha reconocido por la demandada en forma expresa, la existencia del mismo.

Y lo mismo se puede afirmar respecto a la decisión de no abrir la causa a prueba, la cual debió ser cuestionada en instancia previa, pero al no haberlo hecho, consintió el trámite, y dicha circunstancia tampoco puede servir de fundamento al presente recurso.

Se tiene entonces que los argumentos expuestos por la apelante no contienen una crítica razonada a los argumentos expuestos por la A-quo al momento de exponer los fundamentos de su resolución, razón por la cual el recurso bien

puede ser declarado desierto, ya que el escrito presentado por la apelante no reúne los requisitos del Art. 419 del CPC. Pero al solo efecto de no agotar en un rechazo formal el recurso, se examina brevemente el fondo de la causa.

Del análisis de las constancias se tiene que el actor ha promovido la presente demanda a objeto de obtener el cumplimiento del contrato suscrito con la demandada, cuya copia rola a fs. 3 de autos. De conformidad a los términos del mencionado contrato, el actor vendió a la demandada un automóvil marca Nissan tipo pulsar, modelo del año 1996, en la suma de U\$S 6.000,00, habiendo la compradora abonado en el acto al suma de U\$S 3.300,00, y comprometiéndose a abonar el saldo de U\$S 2.700,00, en nueve cuotas iguales de 300,00 Dólares Americanos cada una, con vencimiento el día 5 de cada mes, principiando el 5 de 2007. De acuerdo a los términos de la demanda, fs. 17, al momento de la promoción de la demanda se hallaban vencidas desde la tercera cuota en adelante, por lo que el valor de las siete cuotas impagas, U\$S 2.100,00 es el monto que viene a reclamarse, acompañándose además, los pagarés suscritos por la demandada.

Al contestar la demanda, a fs. 28 de autos, la accionada reconoce haberse materializado el acuerdo sobre la compraventa del automóvil individualizado en la demanda, así como el precio final, y el cumplimiento de los pagos parciales, en la medida de su posibilidad, negando sin embargo haber recibido intimaciones o llamados requiriendo el pago de cuotas atrasadas por parte del demandante. Agrega que a partir del mes de octubre del año 2007, comunica al actor que el vehículo objeto de compraventa tenía serios desperfectos mecánicos, cuya reparación requerirá suma millonaria, le reclamó además la regularización de la inscripción en el registro de automotores del vehículo, recibiendo la respuesta de que los papeles estaba en poder de la escribana. Por las razones expresadas, afirma la demanda, **QUE SE NIEGA ROTUNDAMENTE AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, ALEGANDO QUE EL ACTOR NO HA CUMPLIDO SU PARTE, POR LO QUE OPONE LA EXCEPTIO DE NON ADIPLIETI CONTRACTUS.** Además de solicitar la modificación equitativa del contrato conforme a los arts. 671 y 672 del CPC.

Trabada así la litis, en atención a lo dispuesto en el Art. 715 del CC, que el contrato es ley entre las partes, corresponde remitirnos al contenido del mismo, cuya existencia ha sido admitida por ambas partes en sus respectivos escritos de promoción y contestación de la demanda.

En ese sentido, se tiene que las partes coinciden en cuanto al objeto del contrato, compraventa de vehículo, automóvil marca Nissan tipo pulsar, y el precio de venta, así como la modalidad de pago, una entrega de 3.000,00 dólares americanos, y el saldo de U\$S 2.700,00 en cuotas de 300,00 dólares americanos mensuales.

Coinciden también que no se han abonado en su totalidad las cuotas, el actor sostiene que se le adeudan siete cuotas, presentando los pagarés respectivos, en tanto que la demandada no individualiza cuántas cuotas fueron abonadas, y cuántas aún restan, por lo que se debe tomar por cierto lo afirmado por el actor, siendo el cumplimiento requerido, el pago de las siete cuotas restantes, U\$S 2.100,00, que se constituye entonces en el monto inicial de la demanda.

En cuanto a la escrituración, el vendedor se obliga a otorgar la escritura de transferencia, una vez cancelado el precio. Cláusula SEXTA.

En cuanto al estado del vehículo, la compradora aceptó recibirlo en el estado en que se encontraba, y asumiendo todas las responsabilidades civiles y penales derivadas de su uso, desde la fecha del contrato, cláusulas 1ª y 5ª del contrato.

Del examen del contrato, surge entonces que la obligación del vendedor, se limitó a la entrega del automóvil, y el compromiso de otorgar la transferencia por escritura pública, una vez que se haya abonado en su totalidad el precio del automóvil.

No existe en el contrato condición alguna que subordine el pago de cuotas al buen funcionamiento del automotor transferido, por lo que este argumento no es atendible.

Por la razón expuesta la defensa opuesta por la demandada, de exceptio de non adimplenti, no procede, puesto que no existe obligación pendiente a cargo del vendedor-actor, de la presente demanda.

Por el contrario, es ella la que admite que no se halla al día en el pago de las cuotas, por lo que la demanda planteada, que busca justamente el cumplimiento del acuerdo, en base al Art. 725 del CC, debe hallar acogida favorablemente, tal como lo resolvió la A-quo, por lo que la sentencia en alzada, debe ser confirmada, con costas a la perdedora en ambas instancias.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva confirmar la citada resolución en todos sus puntos. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS VALENTIN ANÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJERON: Manifiestan que se adhieren al

voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 63.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

NO HACER lugar al recurso de nulidad.

CONFIRMAR con costas, la S.D. N° 759 del 10 de agosto de 2010, en todas sus partes, conforme a las consideraciones expuestas en el considerando de la presente resolución.

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

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Nuñez Gonzalez, Marcos Riera Hunter

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

Cuestión debatida: *Si procede hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato del actor (obligación de abonar suma de dinero) o hacer lugar a la demanda reconvenional del demandado, también, por cumplimiento de contrato (obligación de hacer escritura pública).*

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

El comprador, demandado-reconviniendo en autos, no probó haber requerido el cumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública en el plano metaprosesal, para lo cual hubiese bastado una simple nota o telegrama colacionado dirigido al vendedor, aquí accionante. Sin embargo, al reconvenirse esta demanda se configuró la petición del otorgamiento de la escritura pública traslativa del dominio, con lo que se debe entender que la condición contractual – solicitud del comprador– fue cumplida en el plano procesal. Además, ambas

partes no sojuzgaron la validez formal del contrato de compraventa, ni el negocio jurídico que el mismo instrumenta, resumiéndose la controversia en disquisiciones con respecto a quien debe cumplir con su obligación en primer término. (Voto en mayoría de Oscar Paiva Vadovinos y Valentina Núñez González).

Desde el momento en que el actor probó haber cumplido con su prestación estipulada contractualmente y el demandado no probó haber cumplido la obligación de abonar el saldo del precio de compraventa, al no ser procedente tampoco la *exceptio de non adimpleti contractus*, la demanda de cumplimiento de contrato del actor debe hallar acogida favorable por parte de la Magistratura de Alzada. En cuanto a la demanda reconventional del demandado, también, por cumplimiento de contrato (obligación de hacer escritura pública), la pretensión deviene por completo improcedente. (Voto en minoría de Marcos Riera Hunter).

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 23/09/13. “MIGUEL ANGEL CARDOZO Y. c/ OSVALDO CRISPÍN PÉREZ VALLEJOS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS”. (Ac. y Sent. N°71).

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

CUESTIONES:

¿Han sido correctamente concedidos los recursos?

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, Y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Corresponde, antes que nada, que el Tribunal, antes de efectuar el análisis de fundabilidad de los recursos, realice el análisis de admisibilidad de los mismos a fin de determinar si los mismos han sido correctamente concedidos. Ellos es así por dos razones: 1) porque el análisis de admisibilidad constituye una cuestión distinta y previa al análisis de fundabilidad y no puede confundirse con ésta; 2) porque no es posible que la Magistratura de Alzada revise por vía de recursos decisiones que son irrecurribles, o se encuentran firmes, o, en su caso, no agravan a la parte recurrente. Así como el interés es la medida de la acción, el agravio lo es de los recursos ante la Alzada.

En este sentido, se advierte que la parte recurrente es el demandado y reconviniendo a quien no agravia la decisión del Juzgado Letrado de desestimar por improcedente la demanda de daños y perjuicios que había sido promovida por la parte actora quien había promovido, además, la demanda por cumplimiento de contrato (acumulada a la otra pretensión). La determinación del Juzgado de hacer lugar a la demanda de cumplimiento de contrato del actor y de rechazar la reconvención del accionado, también por cumplimiento de contrato, sí agravia al demandado, pero no el rechazo de la acción resarcitoria de daños del accionante. El Juzgado, al conceder los recursos, no discriminó qué parte de la decisión judicial agravia al recurrente y, como normalmente ocurre en casi todos los Juzgados inferiores, que no atienden en nada el acto de otorgamiento de los recursos, concedió estos mecanismos recursivos (apelación y nulidad) contra toda la sentencia definitiva en alzada sin distinción o discriminación alguna.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos por la parte demandada y recurrente contra el apartado segundo de la sentencia en alzada, en cuanto rechaza la demanda de daños y perjuicios promovida por el actor contra el demandado, debiendo analizar los recursos únicamente respecto de los apartados primero, tercero, y cuarto de la misma resolución. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que no estiman necesario expedirse al respecto de la primera cuestión planteada.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El demandado, Osvaldo Crispin Pérez Vallejos, por derechos propios y bajo patrocinio de abogado, fundó el recurso de nulidad diciendo que la A-quo al dictar la sentencia impugnada incurrió en el vicio de incongruencia externa, puesto que falló sobre un punto no propuesto por las partes.

Para el recurrente, la incongruencia consistió en admitir un allanamiento condicionado –haciéndose lugar parcialmente a esta demanda–, sin que la condición se haya cumplido.

Del análisis de las constancias en autos se advierte que, con el fallo en revisión, se hizo lugar a la demanda, parcialmente, por considerarse que los elementos fácticos y jurídicos que sostenían la pretensión del actor sustentaban

la procedencia de su acción; más no por el allanamiento condicionado del demandado-reconviniente.

De esta puntualización se puede concluir que el vicio invalidante alegado por el recurrente –incongruencia externa– no resulta consistente para privar al fallo de los efectos jurídicos que le son propios.

Por otro lado, no se observan vicios formales en la sentencia en revisión que motiven la declaración de nulidad de oficio, por lo que corresponde no hacer lugar al recurso de nulidad. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Sostiene el recurrente que la sentencia en alzada es nula por haberse violado las solemnidades que prescriben las leyes. Concretamente, señala que el Juzgado ha resuelto cuestiones que no han sido planteadas por las partes (incongruencia) porque a pesar de que se ha allanado (y el actor rechazó el allanamiento) se ha admitido parcialmente dicho allanamiento no pudiendo hacerlo porque no puede salirse de lo planteado en autos.

El pedido de nulidad debe ser rechazado por la Magistratura por notoriamente improcedente. No existe en la especie nulidad por incongruencia de ninguna clase. Promovida la demanda de cumplimiento de contrato por el actor, el demandado en realidad no formuló ningún allanamiento, como entiende. Lo que hizo es oponer contra la pretensión del accionante la exceptio de non adimpleti contractus por los fundamentos expresados en el escrito respectivo y solicitar en el petitorio el rechazo de la acción promovida por el accionante. El allanamiento, así calificado por el demandado y recurrente, no constituye tal porque de acuerdo con la ley el allanamiento debe ser incondicionado, oportuno, total y efectivo (art. 198, inc. “b”, CPC); sin embargo, en el caso, el demandado había manifestado que se allanaba “en forma parcial y condicionada al cumplimiento de contrato, la principal pretensión de la actora, toda vez que la vendedora cumpla con la prestación pendiente y realice la escritura translativa de dominio del vehículo del contrato, mi parte abonará la cuota pendiente” (fs. 12). En otras palabras: lo que sostuvo el demandado fue que si la parte actora (vendedora del vehículo) le otorgaba la escritura translativa de dominio, entonces abonaría la cuota pendiente, pero si no se le otorgaba dicha transferencia, no.

Esto, en rigor, no constituye allanamiento dado el carácter manifiestamente condicionado como el mismo recurrente lo calificó. Precisamente, por no ser un verdadero y auténtico allanamiento es que el accionado opuso la excepción de non adimpleti contractus al contestar la demanda y, además, solicitó en el petitorio el rechazo de la acción de cumplimiento de contrato.

En la sentencia que se analiza, el Juzgado Letrado, por tanto, se pronunció correctamente respecto de todas las cuestiones que han sido sometidas a decisión judicial: hizo lugar a la acción de cumplimiento de contrato del actor, rechazó la acción de resarcimiento de daños del mismo accionante, se pronunció sobre las costas, y, finalmente, rechazó la acción reconvenzional de cumplimiento de contrato promovida por la parte demandada, con costas. El pronunciamiento fue completo sin incurrir en incongruencia citrapetita, ultrapetita, ni extrapetita.

Corresponde, por ende, desestimar la nulidad por improcedente. ASÍ VOTO.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Con la S.D. N° 262 del 13 de marzo de 2008, dictada por la Jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, Secretaría N°: 4, se resolvió: “HACER LUGAR, a la presente demanda que por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO promueve “MIGUEL ÁNGEL CARDOZO Y. c/ OSVALDO CRISPÍN PÉREZ VALLEJOS” y en consecuencia condenar al demandado a abonar al actor la suma de GUARANÍES OCHO MILLONES (Gs. 8.000.000), ejecutoriada que fuera esta resolución. NO HACER LUGAR, a la demanda de daños y perjuicios promovida igualmente por el actor contra el demandado. IMPONER las costas, por su orden en ambas acciones. NO HACER LUGAR, con costas a la demanda reconvenzional promovida por OSVALDO CRISPÍN PÉREZ VALLEJOS c/ MIGUEL ÁNGEL CARDOZO por cumplimiento de contrato. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Exema. Corte Suprema de Justicia”.

El apelante, Osvaldo Crispín Pérez Vallejos, criticó el fallo argumentando que el otorgamiento de la escritura pública traslativa del dominio es una obligación impuesta por la ley, por lo que su parte no podría ser constreñida al cumplimiento de la obligación a su cargo sin que la adversa otorgue la escritura pública. Para el apelante, este argumento no fue atendido por la A-quo con lo que se dio lugar a un fallo injusto que, para el mismo, debe ser revocado en esta Instancia.

El actor y reconvenido, Miguel Ángel Cardozo Yakisich, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, se presentó ante este Tribunal a contestar y controvertir los agravios esgrimidos por su contraparte. En lo medular sostuvo que el comprador nunca exigió la formalización de compraventa por escritura pública, situación que torna improcedente su reclamo. Por lo demás, el contestatario reitera los argumentos expuestos en la instancia inferior y solicita la confirmación del fallo en revisión.

Se debe precisar, antes de entrar al análisis de la cuestión sustancial elevada a revisión ante el Tribunal, que el objeto del recurso quedó circunscripto al análisis de la justicia de lo resuelto con respecto al saldo impago por el comprador y la demanda reconvenional, quedando fuera del ámbito de estudio—por no haber sido materia de recurso— el crédito indemnizatorio pretendido por el actor.

En estas condiciones, teniendo a la vista las constancias de autos, se procede al estudio de la justicia de lo resuelto con la sentencia definitiva en revisión.

La mora debitoris—demora en el cumplimiento de una obligación— se configura al tiempo en que el obligado se muestra renuente al cumplimiento de la prestación a su cargo en tiempo y forma. En ciertas circunstancias, la exigibilidad de la obligación requiere una intimación previa o el cumplimiento de ciertas condiciones. Es decir, la mora no siempre se produce ipso iure.

El negocio jurídico, que dio lugar a las acciones planteadas en esta demanda, fue instrumentado en el contrato privado suscrito por las partes en fecha 13 de octubre de 2005. En la cláusula cuarta de este instrumento se previó que: “la escritura traslativa de dominio del vehículo marca TOYOTA HILUX será formalizada a favor del señor OSVALDO CRISPÍN PÉREZ VALLEJOS, libre de todo gravamen y cuando el mismo lo solicite,...”. Esta cláusula fue consensuada por los contratantes y por lo tanto obliga a las partes como la ley misma, por lo dispuesto en el artículo 715 del C.C.

En tales circunstancias surge con claridad nítida que la obligación de escriturar, latente en el contrato, se torna exigible mediante el requerimiento del comprador, que, en este caso, constituye la condición de exigibilidad de dicha obligación.

El comprador, demandado-reconviniente en autos, no probó haber requerido el cumplimiento de esta obligación en el plano metaprocesal, para lo cual hubiese bastado una simple nota o telegrama colacionado dirigido al vendedor, aquí accionante.

Sin embargo, al reconvenirse esta demanda se configuró la petición del otorgamiento de la escritura pública traslativa del dominio, con lo que se debe entender que la condición contractual –solicitud del comprador– fue cumplida en el plano procesal. Además, ambas partes no sojuzgaron la validez formal del contrato de compraventa, ni el negocio jurídico que el mismo instrumenta, resumiéndose la controversia en disquisiciones con respecto a quien debe cumplir con su obligación en primer término.

En estas condiciones, habiéndose admitido la validez del contrato presentado a ejecución y observándose la petición de escriturar en esta demanda, por parte del comprador, corresponde la admisión de la demanda reconvenional y la confirmación de la acreencia planteada por el actor, puesto que las partes admitieron que ambas prestaciones se encuentran insatisfechas.

Con respecto a las costas, por la demanda reconvenional, se debe señalar que el reconvenido no dio razones para que la obligación de otorgar escritura pública sea judicializada. Esto es así, puesto que no se advierte que el mismo se haya mostrado renuente al cumplimiento de esta obligación, tal cual quedó expuesto en párrafos precedentes. Por esta razón, las costas, con respecto a la demanda reconvenional, debe ser impuesta en el orden causado. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LA MAGISTRADA VALENTIN ANUÑEZ GONZALEZ DIJO: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

ALA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Corresponde, inicialmente, declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en relación al aparatado tercero de la sentencia recurrida en cuanto impone las costas en el orden causado en la acción de daños y perjuicios promovida por la parte demandada, desestimada por el Juzgado Letrado. Desde el momento en que la parte demandada solicitó al contestar la demanda el rechazo de tal pretensión, cosa que ocurrió en el caso en estudio, podía en esta instancia, eventualmente, cuestionar por vía de apelación la imposición de las costas en el orden causado para que dicho accesorio sea impuesto con costas al accionante. Pero, como en esta instancia no dio cumplimiento al artículo 419 del CPC en esta materia, corresponde que el recurso de apelación sea declarado desierto por falta de fundamentación.

En cuanto a lo que queda pendiente de estudio, esta Magistratura no comparte el criterio del preopinante en tanto sostiene que queda “fuera del ámbito

de estudio –por no haber sido materia de recurso– el crédito indemnizatorio pretendido por el actor”. Tampoco comparte el criterio de que el Tribunal debe pronunciarse únicamente respecto del apartado cuarto de la sentencia recurrida (que rechaza la demanda reconvenzional de cumplimiento de contrato promovida por el demandado). Todo lo contrario: las cuestiones que han sido propuestas al Tribunal como consecuencia de los recursos interpuestos por el demandado guardan relación con la pretensión de la actora de cumplimiento de contrato y también con la pretensión reconvenzional de la demandada por incumplimiento de contrato, la primera admitida y la segunda desestimada. Lo dicho resulta muy claro si se lee el petitorio del recurrente a fs. 67 de autos que dice: “Revoque dicha sentencia, haciendo lugar a la defensa planteada vía excepción, rechazándose la demanda de cobro por su total extemporaneidad, hasta que se otorgue la escritura pública a mi favor, haciéndose lugar a la reconvencción planteada, todo con costas que protesto”. Por ende, el Tribunal debe analizar todas las decisiones pronunciadas en la sentencia definitiva recurrida, salvo la que guarda relación con la desestimación de la demanda del actor por daños y perjuicios y su imposición de costas en el orden causado.

De las constancias autos surge que las partes hoy en litigio habían suscripto el contrato cuyo testimonio se encuentra agregado a fs. 4, por el cual el actor vendió por instrumento privado el vehículo que se identifica en tal documento al hoy demandado y reconviniendo por el precio total de Gs. 39.000.000, estableciéndose las modalidades de pago. Refiere el actor que el vehículo de su propiedad fue entregado al demandado y que éste abonó parte del precio estipulado, quedando pendiente la suma de Gs. 8.000.000, causa por la cual, a pesar del telegrama colacionado de fs. 5, tuvo que plantear, precisamente, esta demanda de cumplimiento de contrato. El demandado, al contestar la demanda, reconoció expresamente que había suscrito el señalado contrato con el actor (por ende, también reconoció que recibió el vehículo en cuestión, tal como se estipula en el documento contractual) y también reconoció que adeuda al actor la suma de Gs. 8.000.000 en concepto de saldo del precio, pero manifestó que no llegó a cumplir totalmente la obligación porque el accionante no le había otorgado la escritura translativa de dominio del vehículo objeto del contrato, razón por la cual opuso como defensa la exceptio de non adimpleti contractus.

La posición asumida por el demandado resulta inadmisibles e insostenible jurídicamente. En el contrato suscripto por las partes se estipuló claramente

que el vehículo le fue entregado al comprador, lo que significa que el actor cumplió totalmente con la obligación contractual en tal sentido. No puede, por ello, el demandado sostener que el accionante no cumplió con la prestación impuestale en el instrumento contractual.

Lo relativo a la escritura de transferencia, que se encuentra pendiente de realización, no puede constituir motivo suficiente para fundar la *exceptio de non adimpleti contractus* por cuanto que en la cláusula cuarta del contrato no se estableció en modo alguno obligación o carga del vendedor de otorgar la escritura de transferencia dentro de un plazo determinado, sino, como dice textualmente la cláusula, “la escritura translativa será formalizada a favor del señor Osvaldo Crispín Pérez Vallejos, libre de todo gravamen, y cuando el mismo lo solicite”. Los términos de la cláusula cuarta son demostrativos de que el actor y vendedor del vehículo no tenían ninguna obligación especial respecto de la escritura translativa de dominio del vehículo objeto del contrato, salvo la de otorgarla cuando el comprador lo solicite, es decir, en cualquier momento, comportamiento que, obviamente, dependía de que el interesado (el comprador) efectuara el pedido de transferencia al accionante, cosa que nunca ocurrió. No existen en autos constancias de que el demandado haya solicitado, intimado, o urgido al actor la transferencia del vehículo por escritura pública. Al no existir tal pedimento, no puede, entonces, sostenerse que el vendedor no cumplió una obligación contractual. La cuestión es clara: el actor no transfirió todavía el vehículo al demandado simplemente porque éste (el comprador) no le solicitó la suscripción de la escritura translativa de dominio. Si le hubiera solicitado (documentadamente) y el actor no le hubiera transferido inmediatamente, entonces sí este hubiera incumplido una obligación contractual y hubiera tenido sustento la defensa denominada *exceptio de non adimpleti contractus*. Pero, los hechos no ocurrieron así.

Desde el momento en que el actor probó haber cumplido con su prestación estipulada contractualmente y el demandado no probó haber cumplido la obligación de abonar el saldo del precio de compraventa, al no ser procedente tampoco la *exceptio de non adimpleti contractus*, la demanda de cumplimiento de contrato del actor debe hallar acogida favorable por parte de la Magistratura de Alzada.

En cuanto a la demanda reconvenzional del demandado, también, por cumplimiento de contrato (obligación de hacer escritura pública), la pretensión deviene por completo improcedente.

Como se dijo anteriormente, el otorgamiento de la escritura pública por parte del actor y vendedor a favor del demandado y comprador del vehículo estaba supeditada a que el comprador solicitara dicha escrituración al vendedor, para que éste le otorgara “cuando el mismo los solicite” (clausula cuarta del contrato de fs. 4). Pero, esta solicitud nunca se llegó a verificar. Al menos el demandado no ha probado dicho extremo, necesario para poder fundar válidamente la pretensión formulada por la vía reconvenicional. No puede el demandado promover demanda contra el actor por cumplimiento de contrato si la prestación a cargo del vendedor (otorgar la escritura pública traslativa de dominio) estaba supeditada a que el demandado le solicitara previamente tal transferencia, lo que indica que la prestación del actor se encontraba sujeta a una condición (obligación condicional) que nunca se llegó a cumplir. Como también se dijo, si el demandado hubiera pedido al actor la citada transferencia, intimado, o interpelado de alguna forma, y el accionante no hubiera otorgado la transferencia, entonces si le habría cumplido la condición contractual y, consiguientemente, el actor habría tenido que cumplir con la obligación de transferir. Pero, al no cumplirse dicha condición (solicitud de transferencia) la obligación condicional no puede ser exigida por hallarse pendiente la condición.

Sobre el punto, no se comparte el criterio del preopinante en cuanto sostiene que si bien el demandado y reconviniendo no probó haber requerido la transferencia en el “plano metaprocesal”, al requerirse la demanda la petición de escritura pública se configuró en el “plano procesal”. Una demanda con pretensión de condena (como la que ha sido planteada por el demandado y reconviniendo) solamente puede ser admitida cuando ANTES DE LA PROMOCIÓN DE LA MISMA se encuentran reunidas las condiciones de su admisión. Mal podría admitirse una demanda de esa naturaleza si las condiciones de su admisión concurren CON MOTIVO DE LA DEMANDA MISMA. Ello sería como decir que el litigante, antes de promover la demanda no tiene derecho, pero si tiene derecho luego de promover la demanda o pretensión. El derecho (substantivo o de fondo) que sustenta a la pretensión debe hallarse configurado antes de iniciar la demanda y no después de ella, o con motivo de ella. Suponer lo contrario importaría invertir los supuestos legales con el agravante de admitir una demanda improcedente, con costas al demandado (en este caso el actor), quien sin justificación alguna tendría que pagar los gastos y honorarios a causa de una pretensión que antes de la promoción de la acción era improcedente, pero se volvió procedente luego de la promoción de aquella.

Es por ello por lo que si el demandado y reconviniendo no intimó ni solicitó al actor que le otorgue la escrituración del vehículo objeto del contrato (condición para que naciera la obligación del actor de transferir), no puede pretender ello ahora con motivo de la acción reconvenzional que, por las razones expresadas, deviene improcedente.

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

1) Declarar mal concedidos los recursos interpuestos en relación al apartado segundo de la sentencia recurrida.

2) Desestimar el recurso de nulidad del demandado y reconviniendo.

3) Declara desierto el recurso de apelación en relación al apartado tercero de la sentencia en alzada en cuanto resuelve imponer las costas en el orden causado en la acción de daños y perjuicios promovida por la parte actora.

4) Confirmar, con costas, el apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto resuelve hacer lugar a la demanda del accionante por cumplimiento de contrato y condena al demandado a abonar al actor la suma de dinero de Gs. 8.000.000.

5) Confirmar, con costas, el apartado cuarto de la sentencia apelada en cuanto resuelve rechazar con costas la demanda reconvenzional de cumplimiento de contrato promovida por el demandado contra el accionante. 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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de nulidad.

REVOCAR el cuarto apartado de la S.D.N° 262 del 13 de marzo de 2.008, dictada por la Jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, Secretaría N° 4, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución. En consecuencia, HACER LUGAR a la demanda reconvenzional planteada por Osvaldo Crispin Pérez Vallejos contra Miguel Ángel Cardozo Yakisich, disponiendo que el actor – reconviniendo otorgue la escritura pública traslativa de dominio del rodado litigioso a favor del demandado – reconviniendo.

te, en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada esta resolución, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, lo hará el Juez en su nombre y representación. IMPONER las costas de la demanda reconventional en el orden causado.

IMPONER las costas de esta Instancia en forma proporcional.

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

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

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 72

Cuestión debatida: *Si procede una demanada por indemnización de daños y perjuicios provocados por una medida cautelar.*

MEDIDA CAUTELAR. RESPONSABILIDAD.

Se ha probado que el embargo decretado contra la firma hoy actora fue posteriormente revocado por el Tribunal de Apelación; pero, no se han acreditado las exigencias del artículo 702 del Código Procesal Civil y tampoco se han probado los daños que la parte accionante dice haber sufrido como consecuencia del referido embargo. Es por ello por lo que la pretensión resarcitoria no resulta admisible en Derecho.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 24/09/13. “WISHIMPEX S.R.L. c/ ANÍBAL ROBERTO FIGUEREDO MIERES s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL”. (ACUERDO Y SENTENCIA N° 72).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

¿En caso contrario, es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. MARCOS RIERA HUNTER, DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación. En consecuencia, no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en la sentencia en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea declarado desierto. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos surge que la parte actora promovió contra la demandada juicio ordinario de indemnización de daños y perjuicios fundada en los siguientes argumentos:

1.) Que la parte demandada había promovido contra la firma hoy accionante un juicio ordinario de cumplimiento de contrato y resarcimiento de daños en el cual había obtenido una medida cautelar (embargo) que, como consecuencia de los recursos interpuestos, fue revocada por el Tribunal de Apelación.

2.) Que, según refiere, la citada medida cautelar de embargo fue solicitada con abuso y mala fe del entonces demandante, hoy demandado en este juicio.

3.) Que, agrega, que a causa de la citada medida cautelar de embargo que se había trabado sobre fondos depositados en entidades bancarias no pudo (el actor) disponer de dicho capital, razón por la cual se vio imposibilitado de ejecutar varias operaciones, se vio privado de adquirir mercaderías, incumplió con una cartera de clientes, tuvo que abonar honorarios profesionales para lograr la revocatoria de la medida cautelar de embargo en la Alzada, sufrió daño a su imagen ante las entidades bancarias con dificultad para acceder a créditos. Asimismo, señala que a causa del daño a la imagen moral varios clientes fueron a comerciar con otras importadoras, se obstaculizó la obtención de nuevas carteras, varias entidades bancarias y financieras se negaron a operar con la empresa y también varios clientes dejaron de comerciar con ella. No se pudieron realizar varias operaciones comerciales de interés para la empresa y, por último, se ha obligado a los accionistas a desprenderse de bienes patrimoniales personales a fin de evitar que la empresa vaya a la quiebra.

4.) Que, por todo ello reclama (la actora) en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios la suma de Gs. 5.000.000 en concepto de reembolso de los

honorarios que tuvo que pagar a un abogado para obtener la revocatoria de la medida cautelar; Gs.8.050.692 por el tiempo y capital que tuvo que invertir en la recuperación de carteras de clientes; Gs. 58.850.000 en concepto de lucro cesante porque no pudo, a causa del embargo de mercaderías, vender las mismas dejando de ganar la suma precedentemente mencionada; Gs.50.099.308 en concepto de intereses legales.

Conforme la doctrina relacionada con la materia que es objeto de tratamiento (indemnización de daños y perjuicios provocados por una medida cautelar) se reconocen dos criterios completamente distintos: el criterio objetivo y el criterio subjetivo.

Conforme el primero (objetivo) los daños y perjuicios ocasionados por una medida cautelar deben ser resarcidos cuando dicha medida ha sido decretada indebidamente, es decir, cuando no correspondía tal decreto desde el punto de vista jurídico, independientemente de cualquiera otra situación o circunstancia. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se levanta la medida cautelar por haberse rechazado o desestimado el juicio principal en el cual la medida había sido decretada, o bien cuando se declara la caducidad de la instancia principal, o bien cuando se declara la caducidad de la propia medida cautelar, o bien cuando se ha trabajado la medida cautelar (embargo) sobre bienes que no son embargables, o bien cuando cesan las circunstancias que motivaron o determinaron la medida cautelar.

Conforme el criterio subjetivo los daños y perjuicios ocasionados por una medida cautelar deben ser objeto de resarcimiento en aquellos casos en que la medida ha sido levantada por excesiva o vejatoria, o cuando la misma ha sido solicitada con abuso por parte del interesado en la misma.

A criterio de esta Magistratura, el Código Procesal incorpora el criterio objetivo antes señalado conforme lo dispuesto en el artículo 693, inc. "c", del Código Procesal Civil y también el criterio subjetivo en el artículo 702 del mismo cuerpo procesal que textualmente dice: "Cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se substanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario".

En la especie, y conforme surge de las constancias de autos, se ha probado que la parte demandada, en el juicio ordinario promovido anteriormente contra

la parte hoy actora, había obtenido una medida cautelar de embargo que, posteriormente, fue objeto de revocatoria por el Tribunal de Apelación por no reunir los requisitos formales para su dictamiento. Pero, la circunstancia de que tal medida haya sido revocada por el Tribunal de Alzada en aquella oportunidad no significa, al menos no necesariamente, que la parte que solicitó y obtuvo dicha medida cautelar tenga la obligación de abonar por daños y perjuicios. En efecto, no surge que hubiesen concurrido en tal caso las exigencias del artículo 702 del CPC en el sentido de que la medida cautelar hubiera sido levantada por abuso o exceso en el derecho del requirente. Conforme la resolución del Tribunal, la medida cautelar de embargo fue revocada y levantada porque no concurrieron requisitos formales para su decreto, concretamente porque la firma que figuraba en el acta de responsabilidad no era legible y, además, porque dicha acta no fue suscripta por el actuario judicial, vale decir, por cuestiones formales. Por otra parte, tampoco ha recaído ninguna resolución judicial por la cual se hubiera resuelto condena alguna en concepto de daños y perjuicios a fin de poder cuantificar el daño posteriormente por la vía del proceso de conocimiento sumario. Debe recordarse que, conforme el régimen legal del CPC, tratándose del criterio subjetivo, consistente en el exceso, abuso, o desproporción en la obtención de la medida cautelar, la materia se rige por la norma del artículo 702 del CPC.

Por otra parte, resulta claro que en ningún caso puede proceder condena alguna por resarcimiento de daños y perjuicios si no se prueba que la parte afectada por la medida cautelar excesiva, abusiva, o extorsiva ha sufrido daños como consecuencia de ella.

En el caso en estudio, no se han probado los daños cuya reparación pretende la parte accionante. La accionante, en el escrito de demanda, no indicó ni especificó cuáles son las operaciones comerciales que dejó de ejecutar por causa del embargo trabado, ni cómo ni que medida incumplió con la cartera de clientes (que tampoco fueron identificados), ni cuáles son las mercaderías (su naturaleza, cantidad, precio) de las cuales se vió privado de adquirir, ni quiénes son los clientes que, a causa del daño moral sufrido, fueron a comerciar con otras importadoras, ni cómo ni en qué medida se ha obstaculizado la obtención de nuevas carteras de clientes, ni cuáles son las entidades bancarias o financieras que se negaron a operar con la empresa accionante, ni cuáles son los clientes que luego del embargo se negaron a comercial con ella, ni cuáles son las operaciones

comerciales de interés para la empresa que no se han podido realizar, ni quiénes son los accionistas que tuvieron que desprenderse de sus bienes personales para impedir que la empresa fuese a la quiebra, ni qué bienes en concreto... Nada de ello fue especificado en el escrito inicial de demanda, de tal modo que tampoco se ha podido producir prueba sobre extremos no alegados ni especificados.

La parte actora solamente ofreció como pruebas de su parte las documentales acompañadas con el escrito de demanda, particularmente las piezas procesales del expediente ordinario promovido por el hoy demandado contra el hoy accionante, constancias que no prueban los extremos sostenidos en la demanda. Otra prueba ofrecida y producida fue la absolución de posiciones del demandado, pero que en nada aporta para acreditar los daños que hubiera podido sufrir la accionante como consecuencia del embargo que, según señala, le ha afectado muy sensiblemente en sus intereses y su imagen moral. De la lectura del pliego de posiciones de fs. 122 se puede apreciar que las ponencias contenidas en dicho pliego no guardan relación con los daños presuntamente sufridos. Solamente la última posición (13) estaba orientada a dicho objetivo, pero dicha posición no fue dirigida por el Juzgado al absolvente por no constituir hecho personal del mismo. Finalmente, la última prueba ofrecida por el accionante es la prueba de informes al Banco Regional y el Banco Itaú a fin de que dichas entidades informen si las cuentas corrientes de la firma actora han sido embargadas por el oficial de justicia interviniente. Pero, del hecho de que se hayan embargado cuentas corrientes no se sigue que tales embargos hayan ocasionado los daños sostenidos por la parte actora en la demanda, daños que, como se ha señalado, resultan inespecíficos a causa de la omisión de datos y elementos de juicio que resultan necesarios para que, previa producción de la prueba pertinente, pueda concluirse que real y efectivamente la actora ha resultado perjudicada a causa del embargo obtenido por la otra parte que luego fue revocado por el Tribunal de Apelación.

Las sumas reclamadas por la actora en concepto de resarcimiento no resultan, por tanto, admisibles. En cuanto concierne a la suma de Gs. 5.000.000 que tuvo que haber abonado en concepto de honorarios profesionales se comparte el criterio del Juez a-quo en el sentido de que el recibo o comprobante correspondiente resulta muy amplio y no puede ser atribuido específicamente a la actuación profesional que concluyó con la revocatoria de la medida cautelar. Reparos parecidos pueden formularse respecto de los otros rubros. No se ha probado en

qué carteras de clientes se ha tenido que invertir la suma de Gs. 8.050.692 para su recuperación. Tampoco qué tipo, clase, o cantidad de mercaderías no se ha podido vender generando un lucro cesante de Gs. 50.099.308. El daño moral, en este caso, no puede presumirse, porque no existen indicios o elementos de juicio que permitan entender que la medida cautelar haya sido difundida o publicitada al punto de probar la huida de clientes (por lo demás, no identificados), ni cuáles son las entidades bancarias o de crédito que se negaron a comerciar con ella a causa del embargo trabado. Si bien el daño moral no puede ser probado en forma directa, sino en forma indirecta o por presunciones basadas en indicios, en el caso, se reitera, no existen elementos que permitan suponer o presumir que la accionante haya sufrido daño en su imagen a causa del embargo que posteriormente se revocó.

En esta instancia de Alzada manifiesta el recurrente que el solo hecho de que la empresa no pueda disponer durante siete meses de un lote de mercaderías implica un daño de por sí (300 cajas de productos, otras 150, por otro lado, y otras 150 además). Sin embargo, aparte de que tales cajas de productos no han sido identificadas en cuanto su contenido, clase, o calidad, tampoco en el escrito de demanda se ha efectuado la afirmación señalada en instancia del Tribunal. En el escrito de demanda solamente se hizo alusión a que el embargo en cuestión había sido trabado sobre “un lote de mercaderías de propiedad de la firma WISHIMPEX S.A. consistentes en productos varios y cuyo valor estimado es de Gs. 58.850.000”. Pero, no se han identificado a tales mercaderías, ni se ha efectuado en autos ningún justiprecio pericial en cuanto al valor de las mismas.

En síntesis, en la especie, se ha probado que el embargo decretado contra la firma hoy actora fue posteriormente revocado por el Tribunal de Apelación, Cuarta Sala. Pero, no se han acreditado las exigencias del artículo 702 del CPC y tampoco se han probado los daños que la parte accionante dice haber sufrido como consecuencia del referido embargo. Es por ello por lo que la pretensión resarcitoria no resulta admisible en Derecho.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia apelada (que rechaza la demanda) por hallarse la misma ajustada a Derecho. ASÍ VOTO.

ASU TURNO LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 72.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR con costas, la sentencia apelada.

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

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

Ante mí: Martín Admen Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 75

Cuestión Debatida: *La accionante que estaba en unión de hecho y que obtuvo el reconocimiento del matrimonio aparente con el deudor en juicio de ejecución hipotecaria interpone acción autónoma de nulidad con el fin de proteger el bien inmueble objeto de ejecución hipotecaria, argumentando sus derechos que como bien ganancial le corresponde. El juzgado de primera instancia rechaza tal pretensión y la accionante recurre en nulidad y apelación para lograr la procedencia de lo solicitado. El Tribunal de Apelación confirma la sentencia de primera instancia en razón de que no se da el presupuesto de estado de indefensión de la solicitante, en primer lugar porque el bien objeto de litigio fue hipotecado por el deudor ejecutado cuando estaba soltero; así como la misma teniendo conocimiento del juicio supra mencionado no realizó actos para impedir el resultado que con esta acción pretende revertir.*

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Requisitos. Procedencia

La acción autónoma de nulidad es un recurso expedito para quien se encuentre en estado de indefensión respecto a lo resuelto en una sentencia; y en el caso que se plantea no se configura tal estado, dado que la actora tenía conoci-

miento del juicio de ejecución hipotecaria y no esbozó justificación alguna que le haya impedido intervenir en el mismo a los efectos de evitar el resultado que pretende revertir con esta demanda. (Voto de la magistrada Valentina Núñez González, que es de la mayoría)

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Estado de indefensión.

La accionante indiscutiblemente estaba en pleno conocimiento de la tramitación de la ejecución hipotecaria, por lo que si decidió no intervenir, en su oportunidad, mal podría tal *omisión voluntaria* configurar un estado de indefensión, por tanto procede la confirmación de la sentencia de primera instancia que rechaza la acción de inconstitucionalidad planteada. (Voto de la magistrada Valentina Núñez González, que es de la mayoría).

UNIÓN DE HECHO. MATRIMONIO APARENTE. Reconocimiento.

El matrimonio aparente, para que surta sus efectos legales, debe ser reconocido por un juez de Primera Instancia como consecuencia de la tramitación de un juicio, por tanto la información sumaria de testigos no puede suplir este trámite puesto que se trata del estado civil de una persona. (Voto de la magistrada Valentina Núñez González, que es de la mayoría).

UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento. Efectos *ex nunc*

Respecto a terceros, el reconocimiento de la unión de hecho tiene efecto *ex nunc*, no pudiendo alterarse actos jurídicos realizados por cada cónyuge antes de la inscripción de la respectiva sentencia en los Registros Públicos, admitir lo contrario importaría un avieso desprecio hacia los conceptos jurídicos más elementales, y, por lo demás, generaría un caos jurídico sin precedentes. (Voto de la magistrada Valentina Núñez González, que es de la mayoría).

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia.

La actora carece de legitimación en torno al derecho debatido en el juicio cuya eficacia pretende privar con la acción autónoma de nulidad, y, además, quedó demostrado que la misma no se encontraba en estado de indefensión, razones que ameritan, sobradamente, la confirmación de la sentencia recurrida que rechaza dicha acción. (Voto de la magistrada Valentina Núñez González, que es de la mayoría).

UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento Efectos.

La sentencia definitiva que reconoció la unión de hecho tiene efectos retroactivos en relación a los bienes que se han adquirido en ese espacio de tiempo, sostener lo contrario sería incurrir en una total y absoluta negación de la natu-

raleza de la sentencia como la que ha sido dictada, que, precisamente por su finalidad, tiene que tener, necesariamente, efectos retroactivos, es decir, ex – tunc, cuyo sustento legal es el 84 de la Ley N° 1/92 “De Reforma Parcial del Código Civil”.

UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento. Efectos.

Respecto de los terceros, la sentencia definitiva de reconocimiento de la unión de hecho no tiene ni puede tener efectos ex – tunc, sino efectos ex – nunc, posteriores al pronunciamiento de la sentencia definitiva y de su inscripción en el registro público respectivo, caso contrario, se afectaría la validez de actos jurídicos realizados con terceros que de buena fe contrataron con uno de los unidos de hecho respecto de bienes que, en ese momento (antes del juicio de reconocimiento de matrimonio aparente y del dictamiento de la sentencia definitiva) no tenían la condición de gananciales (de la unión de hecho), sino condición de bien propio de la persona (soltera) que en tal estado civil contrató con dichos terceros.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia.

El deudor, gozando del estado civil soltero (antes de la iniciación del juicio de reconocimiento de la unión de hecho), adquirió el inmueble sobre el cual pretende derechos la accionante, y sobre el cual, también como soltero otorgó la hipoteca a favor de la ejecutante, con posterioridad, promovió contra el hipotecante la ejecución hipotecaria obteniendo sentencia favorable, todo esto ocurrió antes de que la hoy actora promoviera el juicio de reconocimiento de la unión de hecho, posteriormente la ejecutante se adjudicó el inmueble en la subasta judicial y, por último, se dictó la sentencia definitiva en el juicio de reconocimiento de matrimonio aparente o concubinato entre la accionante y el deudor demandado, por lo que la acción autónoma de nulidad se rechaza por improcedente, confirmándose la sentencia de primera instancia.

ACTOS PROCESALES. Nulidad.

Para que pueda declararse jurídicamente la nulidad de actuaciones procesales de un proceso, o de una parte de un proceso, debe existir un vicio que tenga la capacidad de provocar la nulidad. Es decir, el vicio debe existir primero, como causa eficiente de la nulidad procesal, y como consecuencia de tal vicio derivarse la nulidad o invalidación de las actuaciones procesales, no puede suceder lo contrario.

ACTOS PROCESALES. Nulidad.

No puede configurarse el vicio de nulidad después de cumplidas actuaciones procesales normales y conforme a Derecho, ello sería como sostener que inicialmente el proceso era perfectamente válido por ajustarse a las reglas del debido proceso legal, pero luego, como consecuencia de un hecho que acaeció con posterioridad, apareció un vicio procesal que tiene efectos invalidantes hacia el pasado.

ACTOS PROCESALES. Nulidad.

Para que un vicio procesal pueda anular actuaciones procesales es necesario que primero se haya configurado el vicio como tal y que éste desate sus consecuencias en relación a las actuaciones posteriores, no al revés.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia. Estado de indefensión.

Desde el momento en que la relación procesal se ha trabado correctamente en el juicio ejecutivo hipotecario promovido por la ejecutante y el deudor, no habiéndose configurado un vicio de indefensión que al tiempo de dicho proceso ejecutivo afectara el derecho de defensa de ningún tercero, la pretensión de la hoy demandante no puede hallar acogida favorable por parte de la Magistratura, por lo que la acción autónoma de nulidad, pretensión promovida por la misma debe ser desestimada, por improcedente, por tanto se confirma la sentencia de primera instancia.

T. DE APEL. C. y C. 30/09/13. “OLGA CECILIA MORÍNIGO ALVARENGA c/ LOS AUTOS CARATULADOS: CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS c/ JORGE SAÚL SOSA GAVILÁN s/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.” (Ac. y Sent. N° 75).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la resolución recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: La recurrente impugnó la validez formal del fallo en revisión sosteniendo que el mismo incumple con las previsiones del artículo 149 del Código Procesal Civil, en cuanto atañe a la relación veraz de los hechos sometidos a juzgamiento y la correcta aplicación del derecho. Agrega que con el fallo en revisión se vulneró el debido proceso y el derecho de propiedad; y que, además, es un fallo arbitrario. Todo lo expuesto en torno al recurso de nulidad gravita en estos señalamientos y se funda en un hecho específico, cual es: el desprecio por el valor probatorio de una resolución emanada de un Juzgado de Paz –incorporada en este juicio como prueba instrumental–, mediante el cual se admite una información sumaria de testigos con la que se refiere que la misma y el Sr. Jorge Sosa Gavilán viven en concubinato desde el año 1983.

Al respecto, el artículo 149 del Código Procesal Civil hace referencia a la ampliación de los plazos en razón de la distancia, por lo que no resulta comprensible en que medida esta norma podría tornar nulo al fallo sojuzgado.

En lo que atañe a los demás señalamientos, como podrá notarse de la lectura del escrito de fundamentación de este recurso, todas las críticas se circunscriben al hecho de que el *A-quo* no consideró, para fallar como lo hizo, la información sumaria de testigos que fuera tramitada ante un Juzgado de Paz.

En respuesta a esta crítica, basta con referir que el artículo 159, inc c), del Código Procesal Civil faculta al magistrado a la omisión de las argumentaciones que considera inconducentes para el juzgamiento.

Entonces, si el *A-quo* no consideró conducente, para resolver este conflicto, la información sumaria de testigos, o determinadas pruebas instrumentales, con las que, en definitiva, se pretendía sostener una argumentación específica, no por ello el fallo se encuentra conminado de nulidad.

Cabe apuntar que las omisiones, a los efectos de que se configure un fallo arbitrario, deben resultar determinantes para el caso.

En este sentido, al analizar las argumentaciones con las que se sostuvo el fallo se advierte nítido que, con independencia a la información sumaria de testigos, lo relevante para el *A-quo* radicó en la inoponibilidad a terceros de la unión de hecho antes de que así sea declarada e inscripta en los Registros Públicos, entre otros argumentos. Podría no compartirse este parecer, empero, lo que resulta claro es que no se resolvió la cuestión planteada arbitrariamente o en abierta omisión de determinadas pruebas, como lo postula la nulidicente.

Pues bien, en las condiciones apuntadas; y como no se advierten vicios formales en el fallo en revisión que ameriten su declaración de nulidad de oficio; corresponde rechazar el recurso de nulidad.

A SU TURNO LOS MAGISTRADO DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER DIJERON: Manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Con la S.D. N°: 679 del 14 de setiembre de 2.011, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de la Capital, Secretaría N°: 14, resolvió: “RECHAZAR la acción autónoma de nulidad promovida por la señora OLGA CECILIA MORÍNIGO ALVARENGA contra las resoluciones y actuaciones dictadas y realizadas en el juicio caratulado: “CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS DE BANCOS Y AFINES C/ JORGE SAÚL SOSA GAVILÁN s/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA. IMPONER las costas a la parte perdidosa. ANOTAR, registrar, notificar por cédula, y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.” (SIC).

Olga Cecilia MORÍNIGO ALVARENGA, por derechos propios y bajo patrocinio de abogado, a fojas 136/146 de autos, expresó agravios contra el fallo en recurso. La misma, luego de formular extensas referencias en torno al régimen de la comunidad de gananciales y su incidencia en este juicio en particular, señaló que el caso que se plantea, contrariamente a cuanto sostuvo el *A-quo*, cumple con todos los requisitos exigidos para su admisión. En lo sustancial, la misma puso de resalto que el inmueble gravado con el derecho real de hipoteca pertenecía a la comunidad de gananciales, lo que se comprueba con la información sumaria de testigos que fuera admitida ante un Juzgado de Paz. Agrega que, posteriormente, en fecha 20 de julio de 1.996, la misma contrajo matrimonio con el Sr. Jorge Sosa, hechos que no fueron debidamente apreciados por el *A-quo* para resolver esta demanda. Por lo demás, la recurrente pone de resalto que la misma quedó en estado de indefensión respecto a la ejecución seguida por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines contra el Sr. Sosa. Con estos argumentos peticiona la revocación del fallo en revisión.

El abogado Osvaldo E. FERREIRA PRIETO, representante convencional de la CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS DE BAN-

COS Y AFINES, contestó y controvertió los agravios expuestos por la recurrente en los términos del escrito que rola a fojas 147/152 de estos autos.

Con el resumen de las actuaciones practicadas en esta Instancia, se pasa al estudio de la justicia de lo fallado.

Auscultado el fallo en revisión, se observa que, entre otras razones, esta demanda fue rechazada por el conocimiento que tenía la actora, Olga Cecilia Morinigo Alvarenga, del juicio de ejecución hipotecaria seguida por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines contra el Sr. José Saúl Sosa Gavilán.

Tal es así que durante la tramitación del juicio de ejecución hipotecaria, la actora inició una demanda pretendiendo el reconocimiento de su matrimonio aparente y la disolución de la comunidad conyugal, "*aclarando*", en dicha ocasión, que: "*no responde por la obligación contraída individualmente por el demandado ante la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios*" (SIC).

En estas condiciones, resulta incuestionable que la misma estaba en pleno conocimiento de la tramitación de la citada ejecución, por lo que si decidió no intervenir, en su oportunidad, mal podría tal *omisión voluntaria* configurar un estado de indefensión.

Como es sabido, por expresa disposición del artículo 409 del Código Procesal Civil, la acción autónoma de nulidad es un recurso expedito para quien se encuentre en estado de indefensión respecto a lo resuelto en una sentencia; y en el caso que se plantea no se configura tal estado, dado que la actora tenía conocimiento del juicio de ejecución hipotecaria y no esbozó justificación alguna que le haya impedido intervenir en el mismo a los efectos de evitar el resultado que pretende revertir con esta demanda.

En esta Instancia de Revisión, contra estas incisivas consideraciones, ya vertidas en el fallo apelado, la apelante guardó silencio, no ofreciendo a este Tribunal elementos que permitan atisbar siquiera un error *in iudicando* en tales conclusiones.

Siendo así, con independencia a la tesis que formuló la apelante en esta Instancia, el fallo en revisión resulta justo y lógico, dado que la acción autónoma de nulidad no podría ser admitida ante la orfandad de uno de sus requisitos esenciales, cual es: la indefensión.

Ahora bien, incluso pasando por alto las consideraciones antes expuestas,

el caso que se plantea no ofrece elementos que puedan sustentar la revocación de la sentencia en recurso.

Esto es así, dado que la información sumaria de testigos, tramitada ante un Juzgado de Paz, no resulta oponible a terceros, como lo pretende la actora, por su naturaleza y los efectos de dicho fallo.

Esto es así, puesto que el matrimonio aparente, para que surta sus efectos legales, debe ser reconocido por un Juez de Primera Instancia como consecuencia de la tramitación de un juicio. Sin dudas, una información sumaria de testigos no puede suplir este trámite puesto que se trata del estado civil de una persona.

Además, como se expuso en el fallo sojuzgado, respecto a terceros, el reconocimiento de la unión de hecho tiene efecto *ex nunc*, no pudiendo alterarse actos jurídicos realizados por cada cónyuge antes de la inscripción de la respectiva sentencia en los Registros Públicos. Admitir lo contrario importaría un avieso desprecio hacia los conceptos jurídicos más elementales, y, por lo demás, generaría un caos jurídico sin precedentes.

En otro orden de ideas, la recurrente hace alusión a un certificado de matrimonio.

Efectivamente, el mismo fue glosado a fojas 17 de autos y con el mismo se constata que el 20 de julio de 1996 Jorge Saúl Sosa Gavilán y Olga Cecilia Morínigo Alvarenga contrajeron matrimonio.

Lo primero que cabe referir respecto al citado instrumento es que con el mismo se denota que la compra del inmueble con el que se garantizó el crédito ejecutado por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines fue adquirido antes de la celebración del matrimonio, específicamente el 20 de marzo de 1996. Lo que denota que es correcta la consignación del estado civil del comprador. Esto es: soltero. Vide fs. 13.

La segunda consideración que corresponde formular es que dicho certificado torna inexplicable el posterior juicio de reconocimiento de matrimonio aparente, iniciado el 03 de mayo de 2.002, durante la tramitación de juicio de ejecución hipotecaria.

En suma, analizados los agravios expuestos por la recurrente, a la luz de lo resuelto en el fallo en revisión, puede concluirse que la actora carece de legitimación en torno al derecho debatido en el juicio cuya eficacia pretende privar con esta acción, y, además, quedó demostrado que la misma no se encontraba en

estado de indefensión, razones que ameritan, sobradamente, la confirmación de la sentencia recurrida. Respecto a las costas generadas en esta Instancia, de conformidad al artículo 203 inc. a) del Código Procesal Civil, corresponde que las mismas sean soportadas por la recurrente. ASÍ VOTO.

ASU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de autos surge que la accionante promovió acción autónoma de nulidad para obtener la invalidación de todas las actuaciones procesales y resoluciones dictadas en su consecuencia en el juicio ejecutivo promovida por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios contra el Sr. Jorge Sosa sobre ejecución hipotecaria, proceso en el cual llegó a subastarse un inmueble que, cuando fue adquirido por el Sr. Sosa, era un bien propio del mismo (por ser soltero a la sazón). Dicho inmueble con posterioridad fue considerado por la actora de este juicio como ganancial por haberse dictado —después de iniciado el juicio ejecutivo referido— sentencia definitiva en la cual se reconoció el matrimonio aparente o concubinato entre la hoy demandante y el codemandado, Sr. Jorge Sosa, entre los años 1983 y 1996, período que comprende precisamente la compra efectuada por el Sr. Sosa del inmueble antes señalado. Refiere la accionante que, al reconocerse el matrimonio o concubinato en ese período, ella debió haber tenido participación no solamente en la suscripción de la hipoteca otorgada por el Sr. Sosa a favor de la Caja de Jubilaciones de Empleados Bancarios, sino que también debió haber tenido participación en el juicio ejecutivo hipotecario promovido por dicha institución contra el deudor hipotecante, por ser propietaria del 50% del inmueble en cuestión. Como ello no ha ocurrido, promueve la presente acción autónoma de nulidad a fin de obtener la declaración de nulidad del proceso y las resoluciones consiguientes pronunciadas en el mismo.

La situación que se plantea en este caso particular resulta ilustrada cuando se analiza la cronología de los acontecimientos relacionados con el caso:

—En fecha 11 de marzo de 1996 el Sr. Jorge Sosa adquirió el inmueble que posteriormente fue objeto de hipoteca y demanda ejecutiva, con subasta judicial. Conforme la escritura correspondiente el comprador era, a la sazón, de estado civil soltero, por lo que el inmueble adquirido ingresó a su patrimonio personal como bien propio del mismo.

–En fecha 20 de julio de 1996 el citado Sr. Jorge Sosa suscribió una hipoteca a favor de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios a fin de garantizar un préstamo conforme las cláusulas del contrato hipotecario. La escritura indica que al tiempo de la firma era todavía soltero.

–En fecha 20 de julio de 1996, obviamente después de la hipoteca, el Sr. Jorge Sosa contrajo matrimonio con la hoy demandante, Sr. Olga Cecilia Morínigo.

–En el mes de febrero del año 2002 la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios promovió contra el Sr. Jorge Sosa juicio ejecutivo hipotecario.

–En el mes de mayo del mismo año 2002 la Sra. Olga Cecilia promovió contra su esposo, el Sr. Jorge Sosa, juicio de reconocimiento de matrimonio aparente (unión de hecho o concubinato) alegando que han tenido vida en común entre los años 1983 y 1996.

–En fecha 5 de agosto del 2003 el Juzgado competente dictó la sentencia definitiva por la cual se reconoció el matrimonio aparente entre ambas personas durante tal periodo (1983/1996).

–En el mes de octubre del 2003 la hoy actora promovió el presente juicio de acción autónoma de nulidad por los fundamentos antes referidos.

La cuestión que se plantea como interrogante es si la sentencia definitiva por la cual se reconoció el matrimonio aparente o unión de hecho de Jorge Sosa y Olga Cecilia Morínigo entre los años 1983 y 1996 tiene efectos retroactivos en relación al inmueble adquirido por el Sr. Sosa en el año 1996 y si, como consecuencia de ello, tiene la virtualidad para afectar de nulidad las actuaciones procesales del juicio ejecutivo hipotecario promovido por la Caja de Jubilaciones y Empleados Bancarios contra el Sr. Jorge Sosa.

Como se puede apreciar, la interrogante tiene dos aspectos fundamentales: 1) el eventual efecto retroactivo de la sentencia definitiva que reconoce la unión de hecho entre dichas personas en relación a los bienes adquiridos durante el período antes señalado, y 2) el eventual efecto retroactivo que virtualmente podría tener dicha sentencia definitiva en relación a la validez de los actos procesales cumplidos en el citado juicio ejecutivo hipotecario.

En cuanto a lo primero, no se tiene ninguna duda que la sentencia definitiva que reconoció la unión de hecho entre los Sres. Jorge Sosa y Olga Cecilia Morínigo en el período de tiempo que transcurrió entre el año 1983 y el año 1996

tiene efectos retroactivos en relación a los bienes que se han adquirido en ese espacio de tiempo. Sostener lo contrario sería incurrir en una total y absoluta negación de la naturaleza de la sentencia como la que ha sido dictada, que, precisamente por su finalidad, tiene que tener, necesariamente, efectos retroactivos, es decir, EX-TUNC. Este criterio encuentra su sustento legal en lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley No. 1/92 de Reforma del Código Civil, que establece que la unión de hecho crea entre los concubinos una comunidad de gananciales “que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte, debiendo en los dos casos DISTRIBUIRSE LOS GANANCIALES ENTRE LOS CONCUBINOS, o entre el sobreviviente y los herederos del otro, por mitades”. Para que pueda ejecutarse la sentencia judicial que reconoce la unión de hecho, la resolución debe tener, por tanto, efectos retroactivos, caso contrario no podría darse cumplimiento a la norma legal antes citada que impone distribuir los bienes gananciales (es decir los adquiridos durante la unión de hecho) por mitades entre los convivientes o concubinos, o, en su caso, entre el sobreviviente y los herederos del otro.

Ahora bien: conforme la Ley civil dicho efecto retroactivo o ex-tunc tiene aplicación solamente entre los concubinos personalmente, y no se extiende respecto de terceros, consiguientemente, no puede afectar los actos jurídicos que los concubinos hubieran podido realizar individualmente en relación a los bienes adquiridos como propios durante el concubinato y que luego, por los efectos de la sentencia definitiva de reconocimiento del matrimonio aparente, adquirieron la condición de gananciales de la comunidad de hecho. Respecto de los terceros, la sentencia definitiva de reconocimiento de la unión de hecho no tiene ni puede tener efectos ex – tunc, sino efectos ex-nunc, posteriores al pronunciamiento de la sentencia definitiva y de su inscripción en el registro público respectivo. Caso contrario, se afectaría la validez de actos jurídicos realizados con terceros que de buena fe contrataron con uno de los unidos de hecho respecto de bienes que, en ese momento (antes del juicio de reconocimiento de matrimonio aparente y del dictamiento de la sentencia definitiva) no tenían la condición de gananciales (de la unión de hecho), sino condición de bien propio de la persona (soltera) que en tal estado civil contrató con dichos terceros.

Este es, precisamente, el caso en el cual el Sr. Jorge Sosa, soltero en el año 1996 (antes de la iniciación del juicio de reconocimiento de la unión de hecho) adquirió el inmueble sobre el cual pretende derechos la accionante, y sobre el

cual, también en el año 1996, el Sr. Jorge Sosa –como soltero– otorgó la hipoteca a favor de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios que, con posterioridad, promovió contra el hipotecante la ejecución hipotecaria obteniendo sentencia favorable. Todo esto ocurrió antes de que la hoy actora promoviera el juicio de reconocimiento de la unión de hecho. Luego, en fecha 22 de agosto del 2002, la ejecutante se adjudicó el inmueble en la subasta judicial y, por último, en fecha 5 de agosto del 2003, se dictó la sentencia definitiva en el juicio de reconocimiento de matrimonio aparente o concubinato entre el Sr. Jorge Sosa y la Sra. Olga Cecilia Morinigo, reconociéndose la unión concubiniaria o de hecho entre ambas personas.

Resulta claro, por tanto, que cuando se promovió y se tramitó el juicio hipotecario contra el Sr. Jorge Sosa no existía ningún vicio que pudiera provocar la invalidación de tales actuaciones ni de las resoluciones que han sido dictadas en su consecuencia. A la sazón, la parte ejecutante no tenía por qué incluir en la ejecución a la Sra. Olga Cecilia Morinigo, hoy actora de este juicio de acción autónoma de nulidad, porque la misma no tenía ningún derecho sobre ese inmueble. El reconocimiento de la unión de hecho con el Sr. Sosa, que se produjo con motivo del juicio respectivo y de la sentencia consiguiente, después de la sentencia en la ejecución hipotecaria y después de la subasta, no tiene el efecto retroactivo (Ex – tunc) que la accionante pretende, lo que significa que dicha ejecución hipotecaria no puede ser invalidada por medio de esta acción autónoma por no existir vicio alguno que pudiera fundar tal declaración de nulidad.

Para mayor claridad: para que pueda declararse jurídicamente la nulidad de actuaciones procesales de un proceso, o de una parte de un proceso, debe existir un vicio que tenga la capacidad de provocar la nulidad. Es decir, el vicio debe existir primero, como causa eficiente de la nulidad procesal, y como consecuencia de tal vicio derivarse la nulidad o invalidación de las actuaciones procesales. No puede suceder lo contrario. No puede configurarse el vicio de nulidad después de cumplidas actuaciones procesales normales y conforme a Derecho. Ello sería como sostener que inicialmente el proceso era perfectamente válido por ajustarse a las reglas del debido proceso legal, pero luego, como consecuencia de un hecho que acaeció con posterioridad, apareció un vicio procesal que tiene efectos invalidantes hacia el pasado. Para que un vicio procesal pueda anular actuaciones procesales es necesario que primero se haya configurado el vicio como tal y que éste desate sus consecuencias en relación a las actuaciones posteriores. No al revés.

Desde el momento en que la relación procesal se ha trabado correctamente en el juicio ejecutivo hipotecario promovido por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios y el Sr. Jorge Sosa, no habiéndose configurado a la sazón un vicio de indefensión que al tiempo de dicho proceso ejecutivo afectara el derecho de defensa de ningún tercero, la pretensión de la hoy demandante no puede hallar acogida favorable por parte de la Magistratura, por lo que la pretensión promovida por la misma debe ser desestimada, por improcedente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia recurrida (que rechaza la acción autónoma de nulidad) por hallarse dicha resolución 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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 75.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. RECHAZAR el recurso de nulidad, por los argumentos expuestos en el considerando de esta resolución.

2. CONFIRMAR, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución, la S.D. N° 679 del 14 de setiembre de 2011, emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de la Capital, Secretaría N°: 14.

3. IMPONER las costas de esta Instancia a la recurrente.

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

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

Ante mí: Martín Ademn Gertopán, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 91

Cuestión debatida: *Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la Sentencia de Primera Instancia que resolvió rechazar la excepción de incumplimiento de contrato opuesta por el demandado, rechazó la demanda reconventional de resolución de contrato por incumplimiento, promovida por el demandado, hizo lugar a la demanda ordinaria por cobro de guaraníes con garantía hipotecaria, imponiendo las costas de este juicio al demandado y reconviniente, y analizando en Alzada la tesis del recurrente, que debería ser acogida, sin embargo, es interesadamente formalista y se confronta con la teoría de los actos propios, resultando claro que la sentencia en revisión debe ser confirmada en todos sus puntos, puesto que los argumentos esgrimidos por el demandado se circunscriben a una sola arista del conflicto, justamente, la que se encuentra en abierto conflicto con todos los demás elementos de convicción que el caso ofrece.*

NULIDAD. Validez formal de la sentencia. Errores en el procedimiento.

Al impugnar la validez formal del fallo en revisión, el recurrente expuso una serie de argumentos, muchos de los cuales, en realidad, no guardan ninguna relación con los aspectos formales del fallo, pues, el recurso de nulidad está dado para el control de los aspectos formales del fallo, son los errores *in procedendo* los que se analizan en esta ocasión, no así los errores *in iudicando*, propios del recurso de apelación.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Nulidad de sentencia.

El argumento del recurrente que se incurrió en una incongruencia externa como fundamentación del recurso de nulidad, es que el Juez “comenzó a hablar de un “vocablo” QUE NO FUE UTILIZADO POR NINGUNA DE LAS PARTES”, al analizar este señalamiento, así como a otros símiles al mismo, se aclara que en una sentencia no se incurre en el vicio de incongruencia cuando se expone un razonamiento jurídico autóctono del Juez, y mucho menos, cuando el juzgador utiliza “vocablos” no referidos por las partes, esto es así por la vigencia del principio *iura novit curiae*, que es lo se consigna en la frase *da mihi factum, dabo tibi ius*, pues, basta la referencia fáctica y los límites establecidos por la pretensión para que el magistrado realice su tarea intelectual.

NULIDAD. Validez formal de la sentencia. Errores en el procedimiento.

La cuestión, que podría significar una crítica formal al fallo, es la forma en que se analizó la excepción planteada por el demandado, sin embargo, se observa que en la sentencia recurrida se estudió la excepción de incumplimiento del contrato, la crítica con respecto al orden en que fue abordado este argumento, sin dudas, no puede motivar la declaración de nulidad del fallo en revisión, y no observándose vicios formales en el fallo en revisión, que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde rechazar el recurso de nulidad.

CRÉDITO. Refinanciación de deuda.

La tesis del demandado es interesadamente formalista y se confronta con la teoría de los actos propios y toda la evidencia que el caso presenta, debe coincidirse con el recurrente con respecto a la ausencia de novación de su obligación, puesto que ésta no se presume y tampoco se la consignó en la escritura analizada, sin embargo, resulta claro que, luego de reiteradas insistencias de esperas y refinanciación, la demandante acordó refinanciar la deuda insoluble del demandado, la modalidad asumida se advierte en la nota, con la que la parte actora le comunica al demandado que se aceptó su propuesta de un nuevo préstamo, que *será retenido* por el acreedor, explicándose así el finiquito, por la cancelación de la deuda, de los juicios anteriores; y también arroja luz con respecto a la falta de desembolso del segundo crédito, puesto que el importe del mismo quedó retenido como pago del primer crédito, y en estas condiciones, resulta incuestionable que estamos ante una deuda refinanciada, aunque la misma presente la apariencia de dos créditos distintos.

CRÉDITO. Refinanciación de deuda.

Al justificarse la autorización para la suscripción de la escritura pública, se transcribe el Acta con la que se autorizó la refinanciación, pues bien, en el mismo contrato—escritura pública—se consignó que el crédito estaba autorizado como una refinanciación; y, como colofón, el demandado amortizó algunas cuotas de esta segunda obligación refinanciada, lo que torna, por la teoría de los actos propios, absolutamente inadmisibles la defensa del demandado, no cabe más que concluir que la sentencia en revisión es justa y lógica, por lo que la misma debe ser confirmada, soportando las costas el recurrente, de conformidad al artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil.

JUICIO ORDINARIO. Cobro ordinario. Caducidad.

El presente juicio ordinario que fue promovido por la hoy accionante, como refinanciación de la deuda anterior instrumentada en una Escritura que, había sustentado la promoción de dos ejecuciones hipotecarias que, respectivamente, dieron lugar al dictamiento de sentencias definitivas que dio por finiquitado a uno de los juicios y la que admitió (con allanamiento de la actora las excepciones de pago y cosa juzgada), pues bien: si la primera sentencia se dictó en el año 2002 y la segunda en el año 2005, resulta claro que el juicio es posterior al cual hace referencia el artículo 471 del Código Procesal Civil, y el plazo de sesenta días transcurrió y venció con exceso cuando se promovió, en el año 2006, el presente juicio ordinario de cobro de guaraníes. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter).

CADUCIDAD. Declaración de oficio.

La figura de la caducidad a la cual hace referencia el artículo 471 del CPC no puede ser confundida con la de la de la prescripción, en modo alguno, si bien ambas extinguen por completo la pretensión, la caducidad debe ser declarada de oficio por el órgano judicial y sus plazos son procesales, en tanto que la prescripción debe ser opuesta por la parte afectada, siendo sus plazos de naturaleza civil. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter).

JUICIO ORDINARIO. Caducidad.

La pretensión de la actora por medio de la presente vía ordinaria que se ha extinguido por haberse operado la caducidad de la acción ordinaria pertinente (artículo 471 del CPC), debiendo por ello, ser desestimada por improcedente. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter).

DEMANDA RECONVENCIONAL. Nulidad. Resolución del contrato hipotecario.

La demanda reconvenicional por nulidad y resolución del contrato hipotecario promovida, según la cláusula primera del referido contrato (escritura pública), el mismo queda sin efecto si la hipoteca no se inscribió en la Dirección de los Registros Públicos en el plazo establecido, sin embargo, la pretensión reconvenicional no puede acogerse favorablemente: 1) porque las figuras de la nulidad y de resolución judicial son incompatibles; 2) porque, en la especie, no se advierten vicios de nulidad en la escritura, los cuales tampoco han sido alegados por la parte demandada y reconviniente; 3) porque, en cuanto concierne a la resolución, no se puede pretender resolver un contrato que por imperio de la misma cláusula contractual ya se ha extinguido perdiendo validez. Por tales razones,

la demanda reconvenional debe ser desestimada por la Magistratura por improcedente. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter).

SENTENCIA. Sentencia revocatoria.

Corresponde que los apartados primero y tercero de la sentencia recurrida por los cuales se resolvió rechazar la excepción de incumplimiento de contrato y hacer lugar a la demanda ordinaria promovida por la parte actora, sean revocados, y la revocatoria de los mismos no implica admitir la citada excepción que, como medio general de defensa, forma parte de la cuestión de fondo que, precisamente, por la caducidad prevista en el artículo 471 del CPC, tampoco puede ser analizada y resuelta a favor de la demandada.

COSTAS. Costas a la perdidosa.

Al revocar la sentencia del juicio ordinario promovido por la actora al demandado, corresponde imponer las costas a la parte actora, así también dicho accesorio en esta Alzada, en relación a la demanda promovida y no admitida por improcedente, y a la parte demandada, en relación a la demanda reconvenional tampoco acogida en Segunda Instancia.

T. DE APEL. C. y C. Primera Sala. 13/11/13. “ASOCIACIÓN DE MUTUALIDAD NOTARIAL c/ RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ s/ COBRO DE GUARANÍES ORDINARIO”. (Ac. y Sent. N° 91).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la resolución 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, el Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y el Dr. MARCOS RIERA HUNTER.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ dijo: El recurrente, al impugnar la validez formal del fallo en revisión, expuso una serie de argumentos, muchos de los cuales, en realidad, no guardan ninguna relación con los aspectos formales del fallo.

Cabe aclarar, que el recurso de nulidad está dado para el control de los aspectos formales del fallo. Son los errores *in procedendo* los que se analizan en esta ocasión, no así los errores *in judicando*, propios del recurso de apelación.

Pues bien, aclarada, someramente, la naturaleza del recurso de nulidad, se advierte que el recurrente sostuvo que: (1) la sentencia es nula porque se funda en una escritura nula; (2) el juez, al analizar el caso omitió las argumentaciones de las partes y “comenzó a hablar de un ‘vocablo’ QUE NO FUE UTILIZADO POR NINGUNA DE LAS PARTES” (sic) (vide fs.471); (3) el *A-quo* desnaturalizó un contrato, dándole un sentido distinto al acordado por las partes, al aceptar la teoría de la existencia de una novación, la que no fue acordada por las partes; (4) en el fallo no se advirtió que no existió novación o refinanciación de una deuda, sino que, por el contrario, el crédito reclamado es una nueva operación, respecto a la cual nunca se produjo el desembolso por parte del actor; (5) el juez no analizó, debidamente, la excepción planteada por el mismo; (6) para resolverse este caso, no se tuvieron en cuenta dos sentencias definitivas firmes y ejecutoriadas, que denota que la deuda anterior fue cancelada, y que la reclamada se trata de una nueva operación.

Con el simple resumen de la extensa fundamentación del recurso de nulidad, puede advertirse que lo expuesto por el recurrente no tiene ninguna relación con la validez formal del fallo en revisión.

Quizá, el único argumento afín con lo que constituye materia de este recurso es el argumento resumido en el segundo punto.

En efecto, el recurrente, básicamente, alegó que se incurrió en una incongruencia externa al tiempo en que señalaba que el juez “comenzó a hablar de un ‘vocablo’ QUE NO FUE UTILIZADO POR NINGUNA DE LAS PARTES” (transcripción literal).

En respuesta a este señalamiento, así como a otros símiles al mismo, corresponde aclarar que en una sentencia no se incurre en el vicio de incongruencia cuando se expone un razonamiento jurídico autóctono del juez, y mucho menos, cuando el juzgador utiliza “vocablos” no referidos por las partes.

Esto es así por la vigencia del principio *iura novit curiae*, que es lo se consigna en la frase *da mihi factum, dabo tibi ius*. Siendo así, basta la referencia fáctica y los límites establecidos por la pretensión para que el magistrado realice su tarea intelectual.

La otra cuestión, que eventualmente podría significar una crítica formal al fallo, es la forma en que se analizó la excepción planteada por el demandado.

Con relación a este punto, se observa que en la sentencia recurrida se estudió la excepción de incumplimiento del contrato. La crítica con respecto al

orden en que fue abordado este argumento, sin dudas, no puede motivar la declaración de nulidad del fallo en revisión.

Pues bien, con respecto a los demás argumentos expuestos por el recurrente, resta referir que los mismos señalan un eventual error en el juzgamiento, por lo que no pueden ser atendidos en esta ocasión.

Finalmente, como no se observan vicios formales en el fallo en revisión, que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde rechazar el recurso de nulidad. ASÍ VOTO.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Con la S.D. N° 191 del 09 de mayo de 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, Secretaría N° 11, resolvió: *"I.) RECHAZAR la excepción de incumplimiento de contrato, opuesta por el señor RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ. II.) RECHAZAR la demanda reconventional de resolución de contrato por incumplimiento, promovida por el señor RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ contra la ASOCIACIÓN DE MUTUALIDAD NOTARIAL. III.) HACER LUGAR a la demanda ordinaria por cobro de guaraníes con garantía hipotecaria, promovida por la ASOCIACIÓN DE MUTUALIDAD NOTARIAL contra el señor RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ y, en consecuencia, condenar a éste a pagar en el plazo de cinco días de quedar firme esta sentencia, el importe equivalente al capital adeudado que asciende a la suma de GUARANÍES OCHENTA MILLONES, OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL, SESENTA Y SEIS (G. 80.884.066), más intereses, costos y costas del juicio. IV.-) IMPONER las costas de este juicio al demandado y reconviniendo, RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ. V.) NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la excelentísima Corte Suprema de Justicia".*

La abogada NORMA BEATRIZ ESCOBAR DE CACACE, representante convencional de RUBÉN EMIGDIO OCAMPO RAMÍREZ, fundó el recurso de apelación en los términos del escrito glosado a fs. 468/489. Al hacerlo sostuvo, en lo sustancial, que el fallo en revisión es injusto por las siguientes razones: (I) el A-quo se menospreció, sin razones valederas, la cláusula primera de la Escritu-

ra Pública N° 62 del 10 de noviembre de 2000, en la que se aclara que la suma de dinero dada en préstamo sería entregada con posterioridad a la inscripción de la misma. Para el recurrente, resulta categórico que el actor no probó la entrega del dinero que reclama en estos autos, por lo que la excepción de *nom adimpleti contractus* no podía ser rechazada; (2) el Juez no apreció correctamente la prueba pericial, puesto que todos los informes denotan que no consta en los balances del actor el desembolso de la suma de Gs. 60.000.000, que se reclama con este juicio. Asimismo, pone de resalto que el perito propuesto por el mismo aclaró que, conforme al estudio realizado, el caso planteado no se trata de una refinanciación, sino de una nueva operación de crédito, y los dos peritos restantes evadieron la respuesta a este punto; y (3) para el juez sentenciante, tampoco tuvo valor las dos sentencias definitivas con las que se acredita que la deuda anterior fue cancelada. Con estos argumentos se solicita la revocación del fallo en revisión.

A fojas 491/494 de autos, la abogada IBELISE MARIA BARRIOS, representante convencional de la parte actora, contestó y controvirtió los agravios expuestos por el recurrente. Al hacerlo, luego de señalar algunas cuestiones puntuales en torno al caso, puso de resalto que con la prueba pericial se acreditó que el deudor nunca pagó la obligación refinanciada, y que además, el hecho de que el mismo, luego del finiquito de los dos juicios, efectuó pago de cuotas del crédito refinanciado denota, sin lugar a equívocos, que esta demanda deviene procedente. El escrito resumido culmina solicitándose la confirmación del fallo en revisión.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia, se pasa al análisis de la justicia del fallo.

Con esta demanda, el actor pretende el reconocimiento de un crédito. Dice el mismo que el crédito primigenio fue formalizado en la Escritura Pública N° 69 del 16 de marzo de 1998, autorizada por la N.P. Ana A. Soler, y que luego de demandas y negociaciones de refinanciación la deuda fue novada.

El demandado, por su parte, alega que el mismo efectuó dos operaciones de préstamo con la actora, completamente distintas entre sí, habiendo sido cancelado el primero, y no consumado el segundo. Asimismo, pone de resalto que la actora no demostró haberle entregado la suma reclamada.

Tal como están plantadas las cosas, sin dudas, si ceñimos el análisis del caso a la cláusula primera de la Escritura Pública N° 62 del 10 de noviembre de

2000, autorizada por la escribana pública Elvira Elisabet Paredes, la tesis del demandado debería ser acogida.

Esto es así, puesto que en la misma se convino que el importe total del préstamo será entregado al deudor, una vez que la citada escritura esté inscrita en los Registros Públicos, lo que debería acontecer en el plazo de 30 días, *so pena* de que la operación quede sin efectos jurídicos. Esta condición no fue cumplida en el plazo establecido, por lo que, cabe suponer que el dinero dado en préstamo no le fue entregado al deudor. Además, con la prueba pericial quedó evidenciado que el actor nunca desembolsó el importe del préstamo consignado en la mentada escritura.

Por otro lado, como lo señaló el demandado, las sentencias definitivas recaídas en los juicios de ejecución iniciados por el actor contra el demandado, antes de la firma de la escritura pública N° 62, dan cuenta de que la primera obligación quedó cancelada.

Sin embargo, pese a todo lo señalado, resulta claro que la sentencia en revisión debe ser confirmada en todos sus puntos, puesto que los argumentos esgrimidos por el demandado se circunscriben a una sola arista del conflicto, justamente, la que se encuentra en abierto conflicto con todos los demás elementos de convicción que el caso ofrece.

Sin dudas, la tesis del demandado es interesadamente formalista y se confronta con la teoría de los actos propios y toda la evidencia que el caso presenta.

En principio, debe coincidirse con el recurrente con respecto a la ausencia de novación de su obligación, puesto que ésta no se presume y tampoco se la consignó en la escritura analizada.

Sin embargo, resulta claro que, luego de reiteradas insistencias de esperas y refinanciación, la Asociación de Mutualidad Notarial acordó refinanciar la deuda insoluble del demandado.

La modalidad asumida se advierte en la nota glosada a fojas 59 de autos, con la que la parte actora le comunica al demandado que se aceptó su propuesta de un nuevo préstamo de Gs. 60.000.000., que *será retenido* por el acreedor. Esta nota coincide con la orden de escrituración de la operación agregada a fojas 50.

No caben dudas de que esto explica el finiquito, por la cancelación de la deuda, de los juicios iniciados contra Rubén Emigdio Ocampo; y también arroja luz con respecto a la falta de desembolso del segundo crédito, puesto que el importe del mismo quedó retenido como pago del primer crédito.

En estas condiciones, resulta incuestionable que estamos ante una deuda refinanciada, aunque la misma presente la apariencia de dos créditos distintos.

En la misma escritura que el demandado invoca, en defensa de su tesis, se advierte este hecho.

En efecto, al justificarse la autorización para la suscripción de la escritura pública N° 62 del 10 de noviembre de 2000, se transcribe el Acta N° 1.242 con la que se autorizó la refinanciación.

El artículo 708 del Código Civil, aplicado por el *A-quo*, establece un imperativo en materia de interpretación de contratos al referir: *“Al interpretarse el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes de deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato”*.

Pues bien, en el mismo contrato –escritura pública– se consignó que el crédito estaba autorizado como una refinanciación; y, como colofón, el demandado amortizó algunas cuotas de esta segunda obligación refinanciada, lo que torna, por la teoría de los actos propios, absolutamente inadmisibles la defensa del demandado.

En suma, con las numerosas misivas remitidas por el demandado a la actora, la interpretación holística del contrato, y el análisis de la conducta posterior del demandado-contratante, no cabe más que concluir que la sentencia en revisión es justa y lógica, por lo que la misma debe ser confirmada. Las costas deberán ser soportadas por el recurrente, de conformidad al artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil. ASÍ VOTO.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: Manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos, y de los expedientes a la vista del Tribunal, se desprende que inicialmente la parte actora había promovido contra la demandada una ejecución hipotecaria con base en la Escritura Pública N° 69/98. En esta primera ejecución, conforme constancias de los propios autos, consta que la accionante solicitó el finiquito del juicio promovido por haberse abonado íntegramente la deuda reclamada, dictándose, en consecuencia, la S.D. N° 35 del 19 de febrero del 2002, por la cual se

dispuso el finiquito y el archivamiento de tales autos ejecutivos. Con posterioridad, la misma parte actora promovió contra la parte demandada otra ejecución hipotecaria, también con base en la referida Escritura Pública N° 69/98. En esta segunda ejecución hipotecaria la parte demandada opuso excepción de pago total y cosa juzgada, defensas a las cuales se allanó expresamente la parte actora, dictándose, en consecuencia, la S.D. N° 85 del 26 de septiembre del 2005 por la cual, por los fundamentos expresados por el Juzgado, entre los cuales se mencionó el allanamiento, se admitieron tales defensas. Finalmente, en fecha 11 de diciembre del 2006, la misma parte actora promovió nuevamente contra la parte demandada la presente demanda ordinaria de cobro de guaraníes con base en la Escritura Pública N° 62/2000 señalando expresamente en el escrito inicial que la deuda que se reclama en este juicio ordinario constituye una refinanciación de la deuda anterior instrumentada en la Escritura N° 69/98.

Resulta muy claro que el presente juicio ordinario promovido por la hoy accionante constituye el juicio posterior al cual hace referencia el artículo 471 del Código Procesal Civil. No puede entenderse de otra manera por cuanto que la propia parte actora manifestó expresamente que la reclamación en este juicio ordinario constituye una refinanciación de la deuda anterior instrumentada en la Escritura N° 69/98 que, como se indicó anteriormente, había sustentado la promoción de dos ejecuciones hipotecarias que, respectivamente, dieron lugar al dictamiento de las sentencias definitivas N°s 35/2002 y 85/20005.

Conforme los antecedentes que han sido relacionados, corresponde de señalar que se ha operado la caducidad de la acción ordinaria legislada como juicio posterior (al ejecutivo) en el artículo 471 del CPC. En efecto, la citada disposición expresa: “Cualquiera fuere la sentencia que recayere en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrá promover el juicio de conocimiento ordinario que corresponda, dentro del plazo de sesenta días, contado desde la notificación de la sentencia firme de remate”. La norma procesal transcripta es aplicable al caso en estudio por cuanto que, como se dijo, no caben dudas de que la pretensión que la accionante formula a través de este juicio ordinario se relaciona con las pretensiones ejecutivas anteriormente promovidas con base en la ya referida Escritura Pública No. 69/98 porque, se reitera, la actora había sostenido en el escrito inicial que la deuda que se reclama (en este juicio ordinario) es una refinanciación de la deuda anterior instrumentada en la escritura N° 69/98. La “deuda anterior”, como se dijo, dio lugar a dos juicios ejecutivos: el primero

finiquitado por sentencia N° 35/2002, por haberse pagado totalmente la deuda, conforme manifestación de la actora en tal juicio; el segunda, por sentencia N° 85/2005, que admitió (con allanamiento de la actora las excepciones de pago y cosa juzgada).

Pues bien: si la primera sentencia se dictó en el año 2002 y la segunda en el año 2005, resulta claro que el plazo de sesenta días transcurrió y venció con exceso cuando se promovió, en el año 2006, el presente juicio ordinario de cobro de guaraníes. La figura de la caducidad a la cual hace referencia el artículo 471 del CPC no puede ser confundida con la de la de la prescripción, en modo alguno. Si bien ambas extinguen por completo la pretensión, la caducidad debe ser declara de oficio por el órgano judicial y sus plazos son procesales, en tanto que la prescripción debe ser opuesta por la parta afectada, siendo sus plazos de naturaleza civil.

Los fundamentos expresados conducen a la conclusión de que la pretensión de la actora por medio de la presente vía ordinaria se ha extinguido por haberse operado la caducidad de la acción ordinaria pertinente, debiendo, por ello, ser desestimada por el Tribunal por improcedente.

Por otra parte, la reconvencción promovida por la parte demandada no puede tampoco tener mejor suerte. La parte accionada promovió contra la actora demanda reconvenccional por nulidad y resolución del contrato hipotecario según escritura pública N° 62/2000 fundada en que, según la cláusula primera del referido contrato, el mismo queda sin efecto si la hipoteca no se inscribe en la Dirección de los Registros Públicos dentro del plazo de treinta días de la suscripción, que es precisamente lo que ocurrió. En efecto, la escritura en cuestión es de fecha 19 de noviembre del 2000, en tanto que la registración de la misma es de fecha 29 de julio del 2005.

Sin embargo, la pretensión reconvenccional de la demandada no puede acogerse favorablemente por los siguientes fundamentos: 1) porque las figuras de la nulidad y de resolución judicial son incompatibles. Si la escritura es nula no puede ser resuelta judicialmente, porque tal figura (la resolución) presupone una relación contractual válida; 2) porque, en la especie, no se advierten vicios de nulidad en la escritura N° 62/2000, los cuales tampoco han sido alegados por la parte demandada y reconviniente. La misma solamente fundó su pretensión en la cláusula primera de la citada escritura, que no implica vicio de nulidad en modo alguno; 3) porque, en cuanto concierne a la resolución, no se puede preten-

der resolver un contrato que por imperio de la misma cláusula contractual ya se ha extinguido perdiendo validez. Solamente se puede pretender resolver un contrato válido por incumplimiento de una de las partes, pero si el instrumento contractual ha perdido validez y se ha extinguido por imperio de la citada cláusula primera (libremente estipulada por las partes contratantes), la resolución judicial del mismo carece de sentido o finalidad jurídica.

Por tales razones, la demanda reconvenzional debe ser desestimada por la Magistratura por improcedente.

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

1) Revocar los apartados primero y tercero de la sentencia recurrida (por los cuales se resuelve rechazar la excepción de incumplimiento de contrato y hacer lugar a la demanda ordinaria promovida por la parte actora) aclarándose que la revocatoria del apartado primero no implica admitir la citada excepción que, como medio general de defensa, forma parte de la cuestión de fondo que, precisamente, por la caducidad prevista en el artículo 471 del CPC, tampoco puede ser analizada y resuelta a favor de la demandada.

2) Confirmar el apartado segundo de la sentencia en recurso (por el cual se resuelve rechazar la demanda reconvenzional).

3) Revocar el apartado cuarto de la sentencia en alzada (que impone las costas del juicio ordinario promovido por la actora al demandado) imponiéndose dicho accesorio a la parte actora.

4) Imponer las costas en esta Alzada a la parte actora, en relación a la demanda promovida y no admitida por improcedente, y también a la parte demandada, en relación a la demanda reconvenzional tampoco acogida en Segunda Instancia. 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.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 91.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución, la S.D. N° 191 del 09 de mayo de 2011 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, Secretaría N° 11.

IMPONER las costas al recurrente.

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

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

Ante mí: Viviana Cabrera S., Actuaría.

* * *

SEGUNDA SALA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 34

Cuestión Debatida: *La viuda del sereno nocturno que fallece por homicidio en hora y en el campamento de la empresa donde prestaba servicios contra la firma, por resolución del juzgado de primera instancia hace lugar a la misma y condena a pagar a la demandada en concepto de daños y perjuicios. La empresa demandada interpone recursos de nulidad y apelación, argumentando contra la sentencia.: incorrecta interpretación de los hechos y pruebas, ausencia de nexo de causalidad entre la demandada y el hecho que produjo el daño; la responsabilidad de la empresa; la interpretación confusa entre la labor de sereno y guardia de seguridad y el quantum indemnizatorio. El Tribunal de Apelación confirma la resolución recurrida.*

SERENO. GUARDIA DE SEGURIDAD.

Sereno, no es sinónimo de guardia de seguridad, pero, aun aceptando la definición de sereno propuesta por el apelante, resulta que cualquiera de ambas funciones y denominaciones, conllevan un riesgo por la propia naturaleza de la actividad.

SERENO. GUARDIA DE SEGURIDAD.

El sereno tiene, como obligación cuidar las cosas del empleador situadas en el recinto confiado a su cuidado, en este caso, el campamento de obras, puede que esté o no preparado para repeler un ataque o un robo, que sería la diferencia con el guardia de seguridad, pero su presencia como cuidador, implica un riesgo

a su persona o aun su vida, puesto que se constituye en garante de la propiedad de su empleador.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Causas eximentes. Prueba.

Las causas eximentes de responsabilidad civil extracontractual, como es la intención del apelante de que la muerte del sereno se debió por la cual no debe responder o en todo caso por responsabilidad de la víctima, deben ser probadas por quien las alega, y la demandada, aparte de los dichos de algunos testigos, no ha acreditado que el autor del disparo, efectivamente lo hizo en venganza, por lo que permanece incólume el hecho que la muerte se produjo en el lugar y en el horario de trabajo de la víctima y dado que la actividad de sereno o de guardia, conlleva de por sí un riesgo inherente, la adecuación de la situación fáctica a la primera parte del artículo 1846 del Código Civil, efectuada por el juez, se ajusta a derecho, y debe ser confirmada la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda.

T. DE APEL. C. y C. Segunda Sala. 12/04/13. “NELLI FRANCISCA RAMÍREZ DE LUGO c/ CONSTRUCCIONES Y VIVIENDAS PARAGUAYAS S.A. s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL” (Ac. y Sent. N° 34).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: El recurrente ha desistido expresamente de este recurso; por lo demás, no se observa en la sentencia vicio de alguno o violación de forma o solemnidad, que justifique un estudio o declaración oficiosa de nulidad en base a los Arts. 113 y 404 del CPC, por lo que debe tenerse por desistido al recurrente.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia en recurso, S.D. N° 564 de fecha 20 de agosto de 2012, el A-quo RESOLVIÓ: “I) HACER LUGAR, con costas y en forma parcial a la presente demanda promovida por la Sra. NELLI FRANCISCA RAMÍREZ DE LUGO en contra de CONSTRUCCIONES Y VIVIENDAS PARAGUAYAS S.A. por indemnización de daños y perjuicios por los fundamentos en el exordio de la presente resolución, condenando a la demandada a pagar a la parte actora en el plazo de 10 días de ejecutoriada la presente resolución la suma de GUARANÍES SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL (Gs. 68.650.000), en conceptos de daños y perjuicios”. Posteriormente por S.D. N° 588 de fecha 24 de agosto de 2012, el A-quo RESOLVIÓ: “ACLARAR de oficio la S.D. N° 564 de fecha 20 de agosto de 2012, y en consecuencia, dejar establecido que las costas deben ser impuestas en el orden causado”.

Contra lo así resuelto, se alza el representante de la parte demandada, que expone sus agravios en el memorial que rola de fs. 234/242, los cuales son contestados por la representante de la actora en el escrito de fs. 244/246.

Los agravios del apelante se centran exclusivamente en la S.D. N° 564, que es la única objeto del recurso, no así la aclaratoria, S.D. N° 588.

Sintéticamente los agravios del apelante se pueden agrupar en los siguientes puntos: a) que existe una incorrecta interpretación de los hechos y las pruebas producidas en autos, ya que el homicidio del señor Lugo González, que dio origen a la presente demanda, nada tuvo que ver con la función de sereno que desempeñaba para la demandada; b) no existe nexo de causalidad entre el actuar de su representada y el hecho que produjo el daño, homicidio del señor Lugo, puesto que se ha acreditado que no faltaba ningún bien en el depósito donde el mismo desempeñaba sus funciones; c) el A-quo, confunde la labor de un sereno con la función de un guardia de seguridad, cuando que son funciones diferentes. El fallecido fue contratado como sereno, no como guardia de seguridad; d) puesto que la muerte del señor Lugo no tiene su origen en la labor desempeñada para la firma demandada, no existe responsabilidad para la misma, ni obligación de responder, en base al mismo Art 1846 del CC, que fue mal interpretado por el A-quo, puesto que la muerte del señor Lugo se debió al hecho de un tercero del cual su mandante no tiene por qué responder; e) por último se agravia del quantum indemnizatorio fijado por el A-quo, en el rubro de daño

moral, señalando que la misma no se halla adecuadamente fundado, y resulta alto y desproporcionado, por lo que, para el caso que no se revoque la sentencia, solicita la disminución de dicho monto, aunque no especifica en cuánto debería disminuirse dicho monto.

Al contestar los fundamentos del recurso, la representante de la actora, al tiempo de solicitar la confirmación de la sentencia, señala que el A-quo entendió correctamente que la responsabilidad de la demandada deriva de la llamada responsabilidad sin culpa u objetiva, proveniente del riesgo propio de la actividad, Arts. 1846 y 1847 del CC, y que competía a la demandada demostrar la existencia de la cual de un tercero, pero no lo ha hecho, ni tampoco que haya existido culpa exclusiva de la víctima.

Así trabada la litis en esta instancia, corresponde el estudio de la cuestión sometida al Tribunal.

En autos, se trata de una demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la viuda, Sra. Nelli Francisca Ramírez de Lugo, originada en el fallecimiento de su marido Eligio Lugo, ocurrido en fecha 12 de febrero de 2006 en horas de la madrugada, momentos en que el mismo se desempeñaba como sereno nocturno de la firma demandada, CONSTRUCCIONES Y VIVIENDAS PARAGUAYAS, en el campamento de dicha firma en la ciudad de Choré, ya que se encontró el cadáver del mismo a la 06:00, según las instrumentales presentadas tanto por la actora como por la demandada, acta de intervención fiscal y policial, de fs 6/10 y 29/34 de autos.

Las partes no han discutido ni el día y hora del deceso, tampoco se discute que el occiso fue encontrado muerto en el interior de un vehículo, dentro del campamento de obras de la firma demandada, que la muerte fue consecuencia de disparos de arma de fuego, tampoco se ha discutido que el occiso, marido de la actora, fue contratado por la firma demandada, de manera verbal, para cumplir accidental u ocasionalmente las labores de sereno del campamento, también está fuera de discusión, que en oportunidad de producirse el hallazgo del cuerpo del Sr. Lugo, no se detectó faltante alguno en las cosas que se encontraban en el campamento.

Según la actora, la muerte se produjo como consecuencia del trabajo, es decir, estando en funciones en la labor de sereno y que su fallecimiento se debió al celo en su trabajo.

Según la demandada, si bien la muerte se produjo en la sede del campamento donde desempeñaba sus labores y en el horario de trabajo, puesto que

admitió que la contratación del mismo fue como sereno nocturno, el homicidio no tuvo nada que ver que su trabajo y se debió a una venganza, en razón que uno de los hijos del occiso era policía.

Como en toda demanda que reclama indemnización por daños, cuando el origen del reclamo es extra contractual, debe demostrarse, la existencia del hecho que causa el daño, la antijuridicidad de dicho hecho, el nexo entre el hecho y el daño, la atribución de la responsabilidad al demandado, en base al nexo demostrado, y el quantum de la indemnización requerida.

En autos la demandada alega que no existe nexo causal, pero ocurre que está fuera de discusión que la muerte del Sr. Lugo se produjo en su lugar de trabajo, dentro del horario de su labor y por ende, salvo que exista prueba en contrario, existe un nexo causal entre el hecho dañoso, la muerte, y la demandada porque el fallecido se encontraba en ese lugar contratado por la demandada circunstancia tampoco discutida de que no hubo robo de bienes de la empresa en esa oportunidad que no se perjudicó el patrimonio de la demandada, no es óbice para exonerar de responsabilidad a la demandada.

La teoría de una venganza por la actividad de uno de sus hijos, policía, no fue tampoco demostrada, mas allá del decir de algunos de los testigos propuestos, pero también otros testigos, como por ejemplo Francisco Ramírez Sosa, fs. 184, quien declaró que se desempeñó con anterioridad en el puesto de sereno que tenía el occiso y pudo descubrir robo de combustibles y que fue despedido por denunciar el hecho, ya que inclusive individualizó a los autores, por lo que tampoco puede descartarse que la muerte fue para cubrir o producir el hecho relatado por el testigo.

Tiene razón el apelante cuando señala que sereno no es sinónimo de guardia de seguridad, como lo reseñó el A-quo, pero aun aceptando la definición de sereno propuesta por el apelante, resulta que cualquiera de ambas funciones y denominaciones, conllevan un riesgo por la propia naturaleza de la actividad.

El sereno tiene, como señala el apelante, como obligación cuidar las cosas del empleador situadas en el recinto confiado a su cuidado, en este caso, el campamento de obras, puede que esté o no preparado para repeler un ataque o un robo, que sería la diferencia con el guardia de seguridad, pero su presencia como cuidador implica un riesgo a su persona o aun su vida, puesto que se constituye en garante de la propiedad de su empleador. Y esa actividad fue el objeto de la contratación del Sr. Lugo por parte de la demandada.

De modo que el sereno tiene, como señala el apelante, como obligación cuidar las cosas del empleador situadas en el recinto confiado a su cuidado, en este caso, el campamento de obras, puede que esté o no preparado para repeler un ataque o un robo, que sería la diferencia con el guardia de seguridad, pero su presencia como cuidador implica un riesgo a su persona o aun su vida, puesto que se constituye en garante de la propiedad de su empleador. Y esa actividad fue el objeto de la contratación del Sr. Lugo, por parte de la demandada.

Pero ocurre además, que a fs. 35, obra un recibo firmado por el occiso, Eligio Lugo, librado a favor de la demandada donde el concepto es por servicio de seguridad por cuatro noches, es decir, la demandada no abonó al mencionado por trabajo de sereno, sino por trabajo de seguridad, según el recibo presentado por la misma, lo que contradice la posición de su abogado.

Tampoco se ha discutido el lugar ni la hora de la muerte, y entonces el hecho de la muerte del sereno ocurrió en su lugar de trabajo y en horas laborales, ya que la propia demandada reconoció como lugar de trabajo, el campamento en la ciudad de Choré, y el horario.

Establecidos los fundamentos fácticos de los hechos que originaron la promoción de la presente, corresponde decidir si existe una obligación de la demandada de responder por la muerte del sereno de su campamento.

La responsabilidad, del latín *responderé*, que significa estar obligado, tiene en derecho un concepto tan amplio como ramas del derecho existan. Pensando en la idea de estar obligado, parecería que la responsabilidad nace con el nacimiento de la obligación, pero ello no es así precisamente. La obligación constituye la deuda del obligado, de ahí que es el incumplimiento de la obligación lo que origina la responsabilidad.

Ahora también, cabe distinguir cuando la responsabilidad emerge de un hecho del sujeto responsable, ya sea por dolo o culpa o bien cuando esa responsabilidad se origina no en un hecho subjetivo, sino en una circunstancia objetiva derivada de la actividad misma.

Nuestro Código Civil ha regulado los distintos supuestos de responsabilidad, a partir de la de un hecho propio, un hecho ajeno, o de la simple existencia del daño a partir de la actividad que crea un riesgo por su propia naturaleza.

Es dentro de esta última categoría, que el A-quo ha calificado la pretensión de la actora, y en base al Art. 1846 del CC, hizo lugar a la demanda.

El mencionado artículo expresa: *“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”.

El apelante sostiene que dicha calificación es errónea, puesto que justamente dicho artículo la exonera de responsabilidad, ya que la muerte del señor Lugo se debió a la acción de un tercero por el cual no debe responder o en todo caso por responsabilidad de la víctima, debido a que tiene un hijo policía y la muerte fue por venganza por dicha razón.

Pero ocurre que estas causas eximentes deben ser probadas por quien las alega, y la demandada, aparte de los dichos de algunos testigos, no ha acreditado que el autor del disparo, efectivamente lo hizo en venganza, por lo que permanece incólume el hecho que la muerte se produjo en el lugar y en el horario de trabajo de la víctima y dado que la actividad de sereno o de guardia conlleva de por sí un riesgo inherente, la adecuación de la situación fáctica a la primera parte del artículo transcripto, efectuada por el juez, se ajusta a derecho, y debe ser confirmada la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, en lo relativo al quantum indemnizatorio, el recurrente sólo se agravia del monto que el A-quo fijó en el rubro de daño moral, aduciendo la falta de una adecuada fundamentación que justifique el monto de G. 50.000.000.

Sin embargo de la lectura de la sentencia, se tiene que el juez, no sólo ha hecho estudio del fundamento jurídico, filosófico legal y del otorgamiento del rubro, sino además se ha referido a las condiciones puntuales del occiso, la actora, que es su cónyuge supérstite, el medio en que vivía, lo sorpresivo y trágico de las circunstancias del fallecimiento del Sr. Eligio Lugo, la suma de Gs. 50.000.000 lo encontramos perfectamente razonable y lejos está de constituirse en un enriquecimiento para la actora, por lo que voto por su confirmación.

Como los montos de los demás rubros, daño emergente y lucro cesante, no fueron objeto de agravio por parte del apelante, corresponde que también sean confirmados.

En conclusión y síntesis, voto por confirmar in totum la sentencia objeto de recurso, incluyendo la imposición de costas por su orden primera instancia, pero en cuanto a las costas de esta instancia, por aplicación del Art 203 del CPC, deben ser impuestas a la apelante perdedora. Así también voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiestan que adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

SENTENCIA N°: 34.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, en todas sus partes, la sentencia apelada.

LAS COSTAS, de esta instancia, imponerlas a la perdedora.

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

Magistrados: María Sol Zucolillo Garay de Vouga, Gerardo Baéz Maiola, Juan Carlos Paredes

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 43

Cuestión debatida: *En la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, cuya sentencia rechazó, con costas a la perdedora, los actores recurren por apelación y nulidad, y con un voto en disidencia, es confirmada la resolución por adolecer el proceso de una fragilidad probatoria.*

RECURSO DE NULIDAD. Principios generales.

La fundamentación de recursos, nuestro ordenamiento procesal civil impone al recurrente que el escrito para ser una auténtica expresión de agravios debe contener un análisis razonado de la resolución con señalamiento preciso del vicio o error contenido en ella, obligación que impone bajo apercibimiento que de no hacerlo así, se declarará desierto el recurso (art. 419 CPC), y surge que el recurrente se limitó a calificar de arbitraria la decisión del *A quo* en forma genérica sin señalar con claridad el motivo, en base a ello y al no advertir vicio que obligue a la declaración de nulidad de oficio, corresponde de declarar desierto el recurso de nulidad.

PRUEBA. Carga de la prueba.

En el juicio civil motivado por cuestión controvertida, cuando un hecho es discutido, la carga de la prueba de su existencia y veracidad corre por exclusiva

cuenta de las partes; es el *onus probandi* (art. 249 CPC), lo que puntualizó el *A quo* para denegar la demanda: la falta del nexo causal, y analizada las constancias de autos, denota que la pretensión de parte actora adolece de una fragilidad probatoria y surge suficiente la sentencia recurrida por estar ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada con imposición de costas a la perdidosa.

DAÑOS. Pruebas.

Las constancias de hospitalización, que los niños fueron internados, así como el diagnóstico de quemaduras de primer y segundo grado de etiología química, así como que los mismos previo a su hospitalización fueron atendidos de urgencia en otro centro médico, así mismo, las fotografías presentadas por la actora, se observan las quemaduras que sufrieron los menores, así como la foto del envase del producto en cuestión, en base a estas pruebas, se considera probada la existencia de los daños alegados. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

DAÑOS. Pruebas.

El daño producido por la utilización de un producto fabricado por la demandada, se enmarca no necesariamente y solamente en el régimen de daños y responsabilidades del Código Civil, sino dentro de las características del Derecho del Consumidor, ya que la relación entre demandante y demandado es una relación de consumo, y no simplemente una relación civil de compraventa, se encuadra perfectamente en lo tipificado en las normas de la Ley 1.334/98, “De defensa del consumidor y usuario”, por lo que las consecuencias o efectos que dicha relación de consumo produzca, debe juzgarse a la luz de esta ley, y no solo con los cánones del Derecho Civil. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

LEY. Armonización de leyes.

Las normas de la Ley del Consumidor (Art. 7º, in fine), deben armonizarse con las del Código Civil, lo cual se puede entender que produce una inversión de la carga de prueba, en el sentido que es la proveedora, es la que debe probar la imposibilidad que su producto cause el daño, esto no es porque los demandantes hayan solicitado a la demandada, y esta haya accedido, a la fabricación de un envase conteniendo un producto que actúe como repelente, sino que fue la demandada la que puso en circulación, y con destino a todas las personas que así lo necesitaran o quisieran, un producto con la finalidad como la requerida por los demandantes. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

DAÑOS. Exoneración de responsabilidad.

La puesta en el mercado de un producto, se hace garantizando una correcta fabricación, una eficacia, y en su caso debiendo advertirse efectos colaterales por su uso, si bien se señaló que el producto cuenta con licencia y registro ante la autoridad nacional competente, y que además la industria, cuenta con certificación de ISO, ello resulta insuficiente para exonerarla de la responsabilidad por eventuales daños. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

PRODUCTOS. Permiso. Licencia legal. Certificación.

Los permisos y licencias legales, tienen la finalidad que la comercialización pueda realizarse libremente, y para tranquilidad de los consumidores, y justamente sirven para identificar al fabricante del producto, responsable ante posibles fallas o defectos que pudieran ocurrir y que causen algún daño, en cuanto a la certificación ISO, hace referencia a la operación de fabricación, no al contenido del producto, que es finalmente también, lo que podría causar el daño, es decir los ingredientes. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

PRUEBA. Inversión de la prueba.

La afirmación de que no está probado que los demandantes hayan adquirido y aplicado el producto a sus hijos, pero dada la inversión de la prueba en función a la ley de protección al consumidor, la demandada debió probar, y que, aun aplicándolos, es imposible que ese producto cause los daños probados. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

PRUEBA. Inversión de la prueba.

En materia de relación de consumo, habiéndose acreditado el daño, no es el demandante que debe probar los extremos de conducta omisiva, culposa o dolosa, sino que la demandada debe probar la imposibilidad que su producto ocasione el daño causado, ofreciendo por ejemplo el examen químico del contenido del frasco que los demandantes dicen tener aún en su poder, y que causaron las quemaduras. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

DAÑOS. Carga de la prueba.

La existencia de los daños quedan fuera de discusión, la única objeción respecto al producto formulado por la demandada es que los actores no lo adquirieron, pero como se explica en la documental, que no fue objetada ni rebatida, por ende debemos considerar, probados los daños, y también que los mismos fueron causado por el producto de la demandada, consecuentemente la demanda indemnizatoria debe proceder, revocándose la sentencia que la rechazó. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

DAÑOS. Quantum indemnizatorio.

Los demandantes no han formulado un adecuado quantum indemnizatorio, desglose, entre los gastos incurridos, los gastos a incurrir ni tampoco discriminaron un monto en concepto de daño moral, aunque insinuaron el reclamo del mismo, al señalar los temores de los hijos de salir a la luz, por ejemplo, manifestando tan solo un reclamo genérico, y como están acreditados, la existencia de los daños en los cuerpos de los menores, la internación, lo cual necesariamente irroga gastos, lo que es un hecho público, y dada la falta de desglose y documentación, es factible la aplicación en el caso de la facultad que el Art. 452 del CC, para establecer un monto que a criterio del juzgador resulte ecuánime y adecuado. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

INDEMNIZACIÓN. Monto. Discriminación de rubros.

La demandada se ha negado a abonar suma alguna, señalando la falta de discriminación en rubros de lo reclamado, por otro lado, si sumamos todos los rubros que habitualmente integran un monto de indemnización, a saber, daño emergente del hecho, gastos ocasionados, y daño moral, entendemos que la cifra reclamada no es excesiva, por tanto, en uso de la facultad otorgada por la norma, voto por conceder a la actora la suma reclamada, revocando la sentencia apelada. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/04/13. “Ingrid Lorena Lugo y otros c/ Empresa Iris SACI s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (Ac. y Sent. N° 43).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: El recurrente sostiene que la sentencia es nula por ser absolutamente arbitraria y que tal afirmación “...radica en el claro marginamiento de las pruebas ofrecidas por la actora y la celeridad en que el presente juicio fuera

resuelto dando como resultado el rechazo de los daños sufridos por niños ante la irresponsabilidad de una empresa que pone a la venta productos defectuosos que ponen en peligro la integridad física de los menores...”(sic).

En cuanto a la fundamentación de recursos, nuestro ordenamiento procesal civil impone al recurrente que el escrito para ser una auténtica expresión de agravios debe contener un análisis razonado de la resolución con señalamiento preciso del vicio o error contenido en ella, obligación que impone bajo apercibimiento que, de no hacerlo así, se declarará desierto el recurso (art. 419 CPC).

De acuerdo a lo expuesto, de la simple lectura de lo transcripto surge que el recurrente se limita a calificar de arbitraria la decisión del *A-quo* en forma genérica sin señalar con claridad el motivo, y en base a ello, al no advertir vicio que obligue a la declaración de nulidad de oficio, de acuerdo a la norma legal citada, corresponde declarar desierto el recurso.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: La parte apelante señala que la sentencia es absolutamente nula, arbitraria, sin embargo, los aspectos señalados por el recurrente no especifican violaciones ya sea de forma, de solemnidad, Art. 404 y 113 del CPC, y de algunos principios como los del Art. 15 Incs. a) y b), y 159 del CPC, cuestiones que, por lo demás, no se observan en la sentencia recurrida, por lo que el recurso de nulidad debe ser desestimado.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: Manifiesta que adhiere al voto del Dr. Gerardo Báez Maiola en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICIENDO: La resolución recurrida, S.D. N° 734 de fecha 26 de setiembre de 2012 resolvió: *“I. NO HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda de Indemnización de daños y perjuicios que promueven INGRID LORENA LUGO DOMÍNGUEZ y RODRIGO ESTEBAN VELDEBENITO OLATTE, en contra la EMPRESA IRIS S.A.C.I., conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. II. IMPONER costas a la perdidosa. III. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”*(sic).

El recurrente se considera agraviado con fundamento en su memorial de fs. 164 al 166 señalando “que la resolución recurrida no se ajusta a derecho y se aparta notoriamente de las probanzas públicas de autos y la prueba documental contenida en el juicio: “INGRID LORENA LUGO Y OTRO C/ EMPRESA

IRIS SACI S/ COBRO DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS” (sic). Afirma por eso que al estudio del caso le falta objetividad, porque en autos están probados los daños con los certificados médicos, pero que, sin embargo, no se los tuvo en cuenta a la hora de su valoración. Así también destaca que el A quo se refiere a la actora como vacacionista, dando a entender que por no radicar en el país no tiene derecho de peticionar justicia, agregando: “...no distingue que por más que se hubiese adquirido el producto de kiosko de la esquina tiene el mismo origen, el cual es la Empresa IRIS SACI, quien es demandada en este juicio...” (sic) y por último menciona que las testificales no se han llevado a cabo por situaciones ajenas al caso, razón por la cual solicitó fijación de nueva audiencia el 24 de julio de 2012 que no ha sido llevado a cabo debido a que el Actuario solamente providenció el cierre de período probatorio.

En primer lugar, en lo que hace relación a las pruebas testificales, la circunstancia de la no realización debió ser subsanada en el momento procesal oportuno y en la instancia propia, razón por la que no corresponde hacerlo por vía de recurso.

En segundo lugar sí tiene razón cuando dice que el hecho de no haberse probado el lugar donde fue adquirido el producto químico, carece de relevancia porque lo que se cuestiona es la toxicidad del mismo y además es de venta libre.

De la revisión de constancias procesales, surge que a fs.24/25, INGRID LORENA LUGO DOMÍNGUEZ, quien manifiesta ser matrimonio y padres de los niños afectados, se hallan radicados en la República de Chile y circunstancialmente de paseo en Asunción, lugar en donde el 25 de febrero de 2012 hicieron compras en el comercio llamado “Casa Rica” incluyendo un repelente de mosquitos de la marca aut en gel, producido por LA EMPRESA IRIS, producto que se aplicó a sus hijos los días 27 y 28 del citado mes. Al día siguiente – prosiguen– la madre notó que los niños presentaban dolorosas lesiones, por cuya razón llevaron a los niños al Hospital Bautista en donde el médico, Dr. Inocencio Blanco Centurión, después de examinarlos, preguntó que le habían aplicado. Como no hubo mejoría sino agravamiento con la aparición de ampollas, contactaron con la empresa productora y con personas que alegaron ser representantes de la misma y en esa forma se apersonaron ante el Sanatorio La Costa, en donde se certificó como quemaduras de primero y segundo grados, razón por la que, por vía de correo electrónico, la empresa se hizo responsable ante dicho centro médico.

En la demanda se menciona a un abogado de nombre José Santiviago, quien les hizo oferta de pagar Gs. 20.000.000, previa firma de un acuerdo renunciando a cualquier reclamación ulterior por dicho motivo. Dicha suma no fue aceptada, pues los gastos superan los 45.000.000, más Gs. 20.000.000 que estiman demandará la recuperación; terminan por reclamar la suma de Gs. 300.000.000 en concepto de daños y perjuicios.

El citado abogado ha contestado la demanda a fs. 44 /51 rechazando el reclamo porque su representada, IRIS S.A.C.I., fabricante del producto, repelente de mosquitos Au Gel, no puede causar las quemaduras en la piel, pues se trata de un producto de muy alta calidad, que cuenta con los certificado oficiales de habilitación para ser comercializado en el mercado y sin restricción por venta libre. Niega la compra del repelente, niega su veracidad porque en la factura presentada para justificar la adquisición no figura dicho producto y además la misma no ha sido emitida a nombre de los accionantes.

También niega la veracidad del hecho, pues las zonas del cuerpo supuestamente afectadas por el producto, no están situadas en los brazos ni piernas sino en otras partes donde no se pueden dar picaduras de mosquitos. También niega que los funcionarios Liza González y Leticia González en representación de la Empresa han acordado con los accionados llevar a los niños a Sanatorio La Costa, sino que fue una decisión exclusiva del matrimonio y si los citados funcionarios, junto con el Abog. Santiviago se apersonaron ante el sanatorio fue al solo efecto de recabar información. Se falta a la verdad, entonces, al afirmar que hubo de parte de la Empresa un ofrecimiento de suma de dinero para dejar evitar una reclamación.

La accionada termina su contestación haciendo hincapié en que su representada es una prestigiosa empresa de más de 76 años de existencia, de ganada fama tanto en el plano nacional como internacional (certificación internacional ISO 9001) y que, por consiguiente, tiene que defender tal posición ante una temeraria demanda.

De constancias de autos se observa que a fs. 6 y 7 se han adjuntado las constancias médicas de internación de los menores A. A. V. L. y R. F. V. L. donde figura que ambos tienen quemaduras de primer y segundo grados, de etiología química, junto con las facturas del Centro Médico Bautista (f. 10), Farmacia Vicente Scavone (f. 11), Casa Rica (f. 12), Análisis Clínicos emitidos por el Centro Médico La Costa (f. 14/17; las fotos de los menores (19, 21 y 22), publicación del

diario Última Hora (f. 23), publicación de la revista La Costa (f. 18) y foto del producto utilizado, donde consta que aún no ha vencido el producto (f. 20). A f. 68 el e-mail enviado por la representante de la empresa demandada donde pone a conocimiento a la parte actora del interés del caso y promete informar a los directores/representantes, informarles de la situación y no así pagar los gastos realizados.

El *A quo* considera que la empresa aprobó todas las pruebas y condiciones sanitarias que exige las disposiciones legales respecto a sus productos, tales como y los informes remitidos por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y otros entes públicos pero no así respecto la parte actora diciendo “...*Primero, que la parte actora presentó las instrumentales al inicio de la demanda y abierto el periodo probatorio, ofreció pruebas que, sin embargo nunca diligenció. Analizando el informe del Actuario obrante a fs. 140 podemos afirmar que los accionantes, aparte de las instrumentales presentadas y de los informes remitidos solicitados al inicio de la demanda, no diligenciaron las pruebas ofrecidas a fs. 61 e incluso, permitieron por su inacción que las pruebas testificales caduquen, conforme lo dispone el Auto Interlocutorio N° 1.200 de fecha 30 de julio de 2012. Consecuentemente, el Juzgado encuentra imposible corroborar todos los hechos manifestados por la demandante, resultando imposible hacer lugar a la demanda. Que entendemos por pruebas, la demostración de la verdad de un hecho producido por los medios legales. Obviamente, no se puede hacer lugar a una demanda de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil, a menos de tener todos los presupuestos del daño ocasionado y debidamente probados. Dichos presupuestos son: la existencia de un daño; las infracción de un deber jurídico de conducta; la relación de causalidad entre la infracción del deber de conducta y el daño...*”.

En el juicio civil motivado por cuestión controvertida, cuando un hecho es discutido, la carga de la prueba de su existencia y veracidad corre por exclusiva cuenta de las partes; es el *onus probandi* (art. 249 CPC) y es precisamente lo que puntualiza el *A quo* para denegar la demanda: la falta del nexo causal.

Es para destacar, que las personas que han sido protagonistas o participado según la relación de hechos no han comparecido en juicio. No se ha demostrado tampoco que el repelente, producto que tiene aprobación sanitaria, produzca los efectos que afirman los actores se han dado en sus hijos a otras personas o, si se trata de una reacción a modo de reacción alérgica. Surge entonces que la

pretensión de parte actora adolece de una fragilidad probatoria como dice el *Aquo*, no puede inclinar a darle razón. Surge entonces que hay que diferenciar entre el primer elemento, que es el hecho dañoso, la imputabilidad, que es el segundo, para que, con los ir al encuentro del tercero que es la responsabilidad para luego pasar al cuarto y último: la obligación de resarcir. Por eso resulta oportuno mencionar el Capítulo VIII. Prueba del Nexo Causal de la obra “La relación de causalidad en la responsabilidad civil” (Edit. Astrea, Bs. Aires, Rep. Argentina, febrero de 1984) cuando su autor, Isidoro H. Goldenberg, textualmente dice: “*En nuestro derecho positivo privado, para que haya responsabilidad civil, tiene que concurrir una serie de presupuestos configurativos. Si desglosamos ontológicamente el hecho indemnizatorio, advertimos que se trata de un complejo fáctico que puede resumirse en la fórmula siguiente: daño + antijuridicidad + factores de atribución + nexo causal. Cuando se encuentran reunidos esos requisitos el ordenamiento, para revertir la violación dañosa del derecho ajeno, impone al agente el deber jurídico de indemnizar el perjuicio causado. Por lo tanto, el damnificado que ejercita su pretensión accionable en pos de obtener la reparación del desmedro, deberá acreditar necesariamente la conexión entre la conducta antijurídica del agente y el daño sufrido de modo tal que aparezcan vinculados por una relación de causa a efecto. La regla general, a fin de establecer la carga del onus probandi de que la demostración de los hechos constitutivos incumbe a quien afirma la existencia del derecho que se pretende hacer valer, tanto en los caos de responsabilidad aquiliana como contractual...*”.

Como apoyo final a todo cuanto se tiene expresado en relación a la falta de prueba suficiente para atribuir responsabilidad a la empresa accionada, hago notar que la actora a f. 24 expresamente ha dicho “...Que el día lunes 27 estábamos en el patio de la casa de la madre de la señora Ingrid Lugo y como los mosquitos estaban picando a mis hijos les ungué el producto por sus brazos y el día martes 28 también les unguimos, para nuestra desgracia...” (sic). Sin embargo, las pruebas fotográficas que aporta la demandante a fs. 19 y 21 muestran a un niño que presenta alteraciones en la piel en los costados lados izquierdo y derecho del torso pero no así en los brazos, lugares donde habitualmente se aplican los repelentes contra picaduras de mosquitos.

De lo expuesto, surge con suficiencia que la sentencia recurrida, por estar ajustada a derecho tiene que ser confirmada con imposición de costas a la perdedora, por disposición expresa de los artículos 192 y 203 CPC. Así también voto.

ASU TURNO, EN DISIDENCIA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: Por la sentencia en recursos, S.D. N° 734 de fecha 26 de setiembre de 2012, el A-quo, resolvió: *"I) NO HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda de indemnización de Daños y Perjuicios que promueven INGRID LORENA LUGO DOMÍNGUEZ y RODRIGO ESTEBAN VALDEBENITO OLATTE, en contra de la empresa IRIS S.A.I.C., conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. II) IMPONER las costas a la perdidosa"*.

Contra lo así resuelto, la parte actora expresa sus agravios a fs. 164/166, solicitando la revocación de la sentencia, los cuales son respondidos por el representante de la firma demandada, de fs. 167 a 178, que a su vez solicita la confirmación de la sentencia.

En autos se trata de una reclamo indemnizatorio, incoado por los padres de dos niños menores, A. A. V. L., y R. F. V. L., formulado contra la empresa IRIS S.A.C.I., fabricante del producto denominado AUT en gel, repelente para mosquitos. Alegan los demandantes que adquirieron dicho producto de un supermercado local, CASA RICA, y que luego de que los aplicaran a su hijos, como protección contra la picadura de mosquitos, ante el temor de que los mismos contraigan dengue, aparecieron rastros de irritación, así como quemaduras y ampollas, que fueron diagnosticadas, por los médicos tratantes del Centro Médico LA COSTA, como QUEMADURAS DE PRIMER Y SEGUNDO GRADO DE ETIOLOGÍA QUÍMICA.

Señalan que se pusieron en contacto con la empresa fabricante del producto, hoy demandada, con quienes acordaron que se lleve a los chicos al Sanatorio LA COSTA, donde se hicieron presentes representantes de la firma demandada, quienes se comprometieron a abonar íntegramente los gastos de internación de los chicos, pero que posteriormente, con el correr de los días, se desentendieron del problema, y se negaron a resarcir los daños causados por la utilización de su producto. Reclaman en concepto de indemnización, de Gs. 300.000.000, sin discriminación de rubros por gastos causados, daños directos o daño moral.

La empresa demandada sostiene, por su parte, que no existe constancia que los demandantes hayan adquirido el producto, ni que se lo hayan aplicado a los niños, ni que esa aplicación haya sido la causa de las heridas, que por otra parte, según la demandada no coinciden las partes del cuerpo en que dicen que se les aplicó a los menores. Niega asimismo que persona directiva de IRIS S.A.C.I. se haya responsabilizado o prometido abonar la cuenta en el Sanatorio

LA COSTA, ni suma alguna a los demandantes, aunque reconoce que representantes de la firma estuvieron en el Sanatorio La Costa, pero afirma que fue al solo efecto de comprobar la veracidad de la denuncia telefónica que recibieran por parte de la Sra. Lugo de Valdebenito. Para finalizar, el representante de la demandada hace un relato de la trayectoria de la empresa IRIS en el mercado nacional, sus años, y la calidad de sus productos, así también que la empresa cuenta con el certificado ISO 9001, así también que el producto AUT GEL, es un producto autorizado legalmente que cuenta con todos los certificados de autorización de la Dirección Nacional de Vigilancia, siendo un producto de venta libre, lo que significa que pasó todos los controles y estudios necesarios para su autorización.

Así trabada la litis, y conforme a las pruebas rendidas en autos, el A-quo dio por probado, conforme a las constancias de hospitalización de fs. 6 y 7 de autos, que los niños fueron internados en el Sanatorio La Costa, así como el diagnóstico de QUEMADURAS DE PRIMER Y SEGUNDO GRADO DE ETIOLOGÍA QUÍMICA, así como que los mismos, previo a su hospitalización, fueron atendidos de urgencia en el Centro Médico Bautista.

Así mismo, en base a las fotografías presentadas por la actora, fs. 19, 21 y 23, se observan las quemaduras que sufrieron los menores, así como que a f. 20 se tiene la foto del envase del producto en cuestión.

En base a estas pruebas, concordantemente con el A-quo, e incluso con el representante de la parte demandada, se considera probada la existencia de los daños alegados.

Ahora bien, siguiendo los postulados usuales que hacen a toda reclamación de daños, fundado en los Arts. 183, 1834 y sgtes. del CC, aparte del daño debería acreditarse la existencia de una conducta del demandado, que constituya una infracción a un deber de conducta, ya sea por omisión, negligencia, en tercer lugar la relación o nexo causal entre la conducta del agente y el hecho que produjo daño, y por último la magnitud, o cuantificación del daño.

El A-quo ha considerado acreditado el daño, pero no los demás presupuestos, razón que lo llevó a rechazar la demanda.

En el presente caso sin embargo deben tenerse en consideración algunos factores que hacen variar los presupuestos señalados precedentemente.

En efecto, la presente demanda, de conformidad a los hechos expuestos por la actora, daño producido por la utilización de un producto fabricado por la

demanda, se enmarca no necesaria y solamente en el régimen de daños y responsabilidades del Código Civil, sino dentro de las características del Derecho del Consumidor, ya que la relación entre demandante y demandado, es una relación de consumo, y no simplemente una relación civil de compraventa.

En esta materia, rige en nuestro país, la Ley 1334/98, DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO, la cual en su Art. 5º, señala: “Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”, así mismo el artículo 4º de la misma ley, define al consumidor y al proveedor, en los siguientes términos: “Ar. 4º. A los efectos de la presente ley se entenderá por: a) consumidor y usuario: Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza; b) proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”.

El relacionamiento entre los demandantes y la demandada se encuadra perfectamente en lo tipificado en las normas transcritas de la Ley del Consumidor, por lo que las consecuencias o efectos que dicha relación de consumo produzca, debemos juzgarlas a la luz de esta ley, y no solo con los cánones del Derecho Civil.

Debe tenerse presente, en consecuencia, que si bien, las normas de la Ley del Consumidor, deben armonizarse con las del Código Civil, el Art. 7º, in fine de la mencionada ley de Consumidor, dispone, que: “*En caso de duda se estará a la interpretación más favorable al consumidor*”, lo cual a nuestro entender produce una inversión de la carga de prueba, en el sentido que es la proveedora es la que debe probar la imposibilidad que su producto cause el daño.

Y ello, porque no es que los demandantes hayan solicitado a la demandada, y esta accedido, a la fabricación de un envase conteniendo un producto que actúe como repelente, sino que fue la demandada la que puso en circulación, y con destino a todas las personas que así lo necesitaren o quisieran, un producto con la finalidad como la requerida por los demandantes.

Esa puesta en el mercado se hace garantizando una correcta fabricación, una eficacia, y en su caso debiendo advertirse efectos colaterales por su uso. Si

bien la demandada señaló que el producto cuenta con licencia y registro ante la autoridad nacional competente, y que además la industria cuenta con certificación de ISO 9001, ello resulta insuficiente para exonerarla de la responsabilidad por eventuales daños.

En efecto, los permisos y licencias legales tienen la finalidad que la comercialización pueda realizarse libremente, y para tranquilidad de los consumidores, y justamente sirven para identificar al fabricante del producto, responsable ante posibles fallas o defectos que pudieran ocurrir y que causen algún daño.

En cuanto a la certificación ISO 9001, en la nota remitida por la firma SGS PARAGUAY S.A., como prueba de informe de la demandada, a fs. 105, señala en el párrafo explicativo de la norma que: “*La norma ISO 9001-2008, no certifica la calidad propiamente dicha de los productos, sino que establece requisitos genéricos para los procesos de la organización que la aplica*”, en otras palabras, esta certificación hace referencia a la operación de fabricación, no al contenido del producto, que es finalmente también lo que podría causar el daño, es decir, los ingredientes.

La demandada afirma que no está probado que los demandantes hayan adquirido y aplicado el producto a sus hijos, pero dada la inversión de la prueba que señalábamos en función a la Ley de protección al consumidor, lo que la demandada debió hacer, es probar y que, aun aplicándolos, es imposible que ese producto cause los daños probados.

Sobre la interpretación de las normas que anteceden, en materia de relación de consumo, habiéndose acreditado el daño, no es el demandante que debe probar los extremos de conducta omisiva, culposa o dolosa, sino que la demandada debe probar la imposibilidad que su producto ocasione el daño causado, ofreciendo por ejemplo el examen químico del contenido del frasco que los demandantes dicen tener aún en su poder y que causaron las quemaduras.

En autos, está fuera de discusión la existencia de los daños, la única objeción respecto al producto formulado por la demandada, es que los actores no lo adquirieron, pero cómo se explica la documental de fs. 20, que no fue objetada ni rebatida.

Por ende, debemos considerar, probados los daños, y también que los mismos fueron causados por el producto de la demandada, consecuentemente la demanda indemnizatoria debe proceder, revocándose la sentencia que la rechazó.

Ahora bien, en cuanto al quantum indemnizatorio los demandantes no han formulado un adecuado desglose entre los gastos incurridos, los gastos a incurrir ni tampoco discriminaron un monto en concepto de daño moral, aunque insinuaron el reclamo del mismo, al señalar los temores de los hijos de salir a la luz, por ejemplo, manifestando tan solo un reclamo genérico de Gs. 300 millones.

Como están acreditados, la existencia de los daños en los cuerpos de los menores, la internación en el Centro Medico La Costa, lo cual necesariamente irroga gastos, lo que es un hecho público, y dada la falta de desglose y documentación, es factible la aplicación en el caso de la facultad que el Art. 452 del CC, para establecer un monto que a criterio del juzgador resulte ecuánime y adecuado.

Al analizar desde estas ópticas, digamos en primer término que la demandada se ha negado a abonar suma alguna, señalando lo mismo que decíamos respecto a la falta de discriminación en rubros de la suma reclamada.

Por otro lado, si sumamos todos los rubros que habitualmente integran un monto de indemnización, a saber, daño emergente del hecho, gastos ocasionados, y daño moral, entendemos que la cifra de Gs. 300.000.000, no es excesiva, y pudiendo haberse inclusive reclamado mayor cantidad, por lo que en uso de la facultad otorgada por la norma señalada, voto por conceder a la actora la suma reclamada, o sea la cantidad Gs. 300.000.000.

En síntesis, voto por revocar la sentencia que rechazó la demanda y, en consecuencia, hacer lugar a la misma, condenando a la firma demandada a abonar a los actores la cantidad de Gs. 300.000.000, en el plazo de diez días de ejecutoriada la presente. Es mi voto.

A SU TURNO, LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto del Dr. Gerardo Báez Maiola por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 734 de fecha 26 de setiembre de 2012.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Gerardo Báez Maiola, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga y
Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 55

Cuestión debatida: *Se plantea Recurso de Apelación y nulidad contra la sentencia que hizo lugar parcialmente, con costas, a la demanda por nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción, rechazó, con costas en el orden caudado, la misma demanda contra uno de los codemandados y rechazó, con costas, la usucapión de inmueble planteada por reconvencción, se analiza en grado de apelación si el A-quo incurrió o no en extrapetita, al pronunciarse fuera del objeto de petición, que consistía en la nulidad del título y la cancelación de su inscripción y, sin embargo, resolvió la rectificación del mismo.*

ESCRITURA PÚBLICA. Error material

La intención principal de la demanda es de corregir un error material en una escritura pública traslativa de dominio, que a su vez, produjo sucesión del vicio en los actos posteriores a ella y si bien la nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción es lo que se solicita inicialmente, el *A-quo* resolvió conforme a derecho al ordenar la cancelación de la inscripción y ordenar una nueva inscripción corrigiendo el grave error en la designación superficial, haciendo constar la real y legal dimensión de la superficie, de no ser por la rectificación, la indefinición estará presente *sine die*, lo que es inaceptable en Derecho, porque no admite que lo difuso sea permanente, haciendo que la situación irregular deje de serlo, correspondiendo por tanto, confirmar la sentencia recurrida.

COSTAS. Orden causado.

Las costas, habiendo la demanda prosperado sólo parcialmente en base a lo dispuesto en los artículos 203 inc. c) y 193 CPC, las mismas tienen que ser en el orden causado.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/06/13. “Alfredo Damián Mendoza Sulewski y otros c/ Juan Carlos Britos Villate y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros”. (Ac. y Sent. N° 55)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes.

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, PAREDES BORDÓN.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. BÁEZ MAIOLA DIJO: El representante de la firma GANATEC S.A. y la demandada MARÍA VICTORIA PAOLI DE BRITOS pasan directamente a fundamentar sus recursos de apelación y como de constancias de autos no se advierte vicio que por su gravedad amerite la declaración de la nulidad *ex officio*, corresponde declararlos desiertos.

ASUSTURNOS LOS DRES. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA y PAREDES BORDÓN votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO: La S.D. N° 797 de fecha 31 de octubre de 2011 resolvió: “HACER LUGAR PARCIALMENTE, con costas, a la presente demanda de nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción promovida por ALFREDO DAMIÁN MENDOZA SULEWSKI y OBDULIA GONZÁLEZ DE MENDOZA contra JUAN CARLOS BRITOS VILLATE y MARÍA VICTORIA PAOLI DE BRITOS y GANATEC S.A., por tanto DISPONER la cancelación de la inscripción de 30.000 has, correspondiente a la Finca N° 1.431 del distrito del Chaco, dejando inscrita como superficie de dicho inmueble la cantidad de 935 has, conforme lo expuesto en el exordio de la presente resolución; RECHAZAR, imponiendo las costas en el orden causado, la presente demanda de nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción promovida por ALFREDO DAMIÁN MENDOZA SULEWSKI y OBDULIA GONZÁLEZ DE MENDOZA contra VIRGINIA NÚÑEZ DE PÁEZ, conforme lo expuesto más arriba; RECHAZAR, con costas la usucapión de inmueble planteada por la vía de la reconvención por JUAN CARLOS BRITOS VILLATE contra ALFREDO DAMIÁN MENDOZA SULEWSKY, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución; FIRME y ejecutoriada que sea la presente, oficiese a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que se anote lo resuelto en el numeral 1 de esta sentencia; ANOTAR...”(sic).

El representante de la firma GANATEC S.A. sostiene sus agravios en qué su parte no causó un perjuicio de gran significación económica por el hecho de haberse constituido su capital social con la Finca N° 1.431, Padrón N° 188, Distrito del Chaco, Sexta Zona del Departamento de Nueva Asunción, hoy Distrito Mariscal Estigarribia y que JUAN CARLOS BRITOS VILLATE transfiriera a nombre de Ganatec S.A. en concepto de aporte de capital social una fracción-resto de 935 hectáreas de superficie, por Escritura Pública N° 10 de fecha 6 de febrero de 1995, pasada ante la Escribana Pública VICENTA MÉNDEZ DE ROMERO. A su vez, JUAN CARLOS BRITOS VILLATE había adquirido dicho inmueble en remate público mediante la Escritura Pública N° 202 de fecha 5 de octubre de 1993 pasada ante la escribana Mónica Beatriz Rousillón. Debido a esto, sostiene que el *A-quo* se pronuncia fuera del objeto de petición, ya que lo solicitado fue la nulidad del título y la cancelación de su inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos y, sin embargo, resolvió la rectificación de un título.

Por su parte, la demandada MARÍA VICTORIA PAOLI DE BRITOS expresa agravios a fs. 628 a 630 alegando que ella no es, ni nunca lo fue, propietaria del inmueble en cuestión, ya que este se encuentra a nombre de su esposo JUAN CARLOS BRITOS VILLATE, según título de propiedad agregado a fs. 05/17 de autos y que además se encuentran separados de bienes según A.I. N° 2011 de fecha 7 de setiembre de 2001 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Quinto Turno.

Al contestar el traslado, la parte actora solicita se declaren desiertos los recursos porque que los apelantes se limitan a refutar los puntos de la demanda, sin hacer crítica razonada del fallo en recurso como exige el art. 419 CPC.

Facilitará la comprensión del caso planteado partiendo de la siguiente sinopsis: a) finca original: 30.935 hect. Instituto de Bienestar Social; b) Finca N° 1.431, Máximo Ledesma; c) José Morínigo Bosch; d) AGROCAR S.A., Finca N° 15.789 10.000 hect. para SERVAT SRL por una parte; d) y por la otra e) Finca N° 15.796 20.000, Carlos Demetrio Piris Ríos. De la primitiva finca, quedó un remanente de 935 has. y que, por vía de remate, pasó a ser propiedad, como Finca N° 1.431, de Juan Carlos Britos, quien posteriormente la transfiere a GANATEC S.A.

Surge entonces que, el acto que se pretende anular es el contenido en la Escritura Pública N° 202 de fecha 5 de octubre de 1993 por la cual se transfiere

el dominio del inmueble individualizado como Finca N° 1.431 del Distrito Chaco a consecuencia de un remate.

Como al momento del remate contaba con 935 has., según así consta en el informe del rematador, transcrito en dicha Escritura Pública (f. 10) pero ocurre que la parte que describe dicho inmueble, se ha incurrido en el error de consignar 30.935 hectáreas cuando que esa era su dimensión original antes de las mencionadas desmembraciones.

A esta instancia le corresponde decidir si el *A quo* incurrió o no en *extrapetita* como lo señala el representante de la firma GANATEC S.A. Al respecto, hay que tener en cuenta que en todo momento los representantes de dicha firma alegan reconocer que el inmueble que constituye el capital social consta de 935 hectáreas, lo que en nada perjudica a los actores. Sin embargo, de la lectura de la Escritura Pública N°10 de fecha 6 de febrero de 1995, por la cual se constituyó la sociedad se ha consignando erróneamente que la “*Superficie según título: treinta mil novecientos treinta y cinco hectáreas ... superficie según catastro: 935 has.*(f. 188 T. I.)

Es obligatorio que en las transferencias inmobiliarias, los elementos de extensión superficiaria y dimensiones y linderos deben ser precisos y de acuerdo a ello, conforme a las pruebas aportadas en juicio está probado que JUAN CARLOS BRITOS VILLATE solicitó Licencia Ambiental del Proyecto *Plan de Uso de la Tierra - Explotación Agropecuaria* para la Finca, hizo constar la superficie de 30.935 has. en el año 2007, año en el que dicha finca ya pertenecía a la firma GANATEC S.A.; o sea, sabiendo que la verdadera superficie era de sólo 935 has.

En lo que respecta a lo que manifiesta MARIA VICTORIA PAOLI DE BRITOS en el sentido de no haber sido propietaria del inmueble escudándose en la disolución conyugal, resalta que dicha disolución data del año 2001 y la adquisición del inmueble por su cónyuge JUAN CARLOS BRITOS VILLATE es del año 1993 por lo que al pertenecer a una comunidad de bienes en aquel entonces, no puede excluirse de la presente litis.

De las pretensiones del escrito inicial de demanda puede notarse que la intención principal de los actores es de corregir un error material en una escritura pública traslativa de dominio que a su vez, produjo sucesión del vicio en los actos posteriores a ella y si bien la nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción es lo que se solicita inicialmente, el *A quo* resolvió conforme a dere-

cho al ordenar la cancelación de la inscripción y ordenar una nueva inscripción corrigiendo el grave error en la designación superficiaria, haciendo constar la real y legal dimensión de 935 hectáreas porque, como se tiene dicho al ser indiscutido el error en la designación de superficie, el A-quo dispone la rectificación porque, de no ser así, la indefinición estará presente *sine die*, lo que es inaceptable en Derecho porque no admite que lo difuso sea permanente, haciendo que la situación irregular deje de serlo, tal como por ejemplo sucede en la usucapión, despojando al titular del dominio cuando se ha cumplido con los requisitos leales, este derecho real pase a quien ha dado al inmueble el uso conforme a su destino.

De acuerdo a todo cuanto se ha referido, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

En cuanto a las costas, teniendo presente que la demanda prosperó sólo parcialmente en base a lo dispuesto en los artículos 203 inc. c) y 193 CPC, las mismas tienen que ser en el orden causado. Así también voto.

ASUS TURNOS LOS DRES. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA y PAREDES BORDÓN manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo y sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, la S.D. N° 797 del 31 de octubre de 2011.

COSTAS en el orden causado.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 74

Cuestión debatida: a) *¿Existe o no confusión o identidad entre los nombres comerciales de las partes, (demandante y demandada)?; b) en caso de que exista confusión o identidad, ¿puede la misma generar duda o confusión en el público o el mercado, respecto a la identidad de los nombres comerciales, a pesar de dedicarse a rubros o actividades diferentes, que justifique la supresión del mismo en la denominación de la demandada?; c) ¿Ha existido o no daño a la actora ocasionado por el uso del nombre por parte de la demandada?, y d) ¿A cuánto ascendería dicho daño?*

NOMBRE COMERCIAL.

El nombre comercial no es otro que aquella denominación con la cual es conocida una empresa en el mercado en que opera, ya sea nacional o internacional, y que puede ser igual o no a la razón social en el caso, sociedades anónimas, siendo esta última la denominación con que se identifica a la sociedad en su estatuto, es decir, la denominación adoptada por sus socios y con la cual es inscripta en el registro de comercio.

MONTO DEL PERJUICIO.

Habiéndose acreditado el perjuicio, es razonable otorgar una indemnización a la actora, cuyo monto el Tribunal establece fundado en la facultad que le confiere el Art. 452 del C.C., y tomando como parámetro también los valores expresados en las documentaciones remitidas por el Ministerio de Hacienda, declaración de Renta de ejercicios fiscales. (Voto en mayoría de Eusebio Melgarejo Coronel y Juan Carlos Paredes Bordón).

En cuanto a los perjuicios, como toda pretensión, tiene que ser probada por quien alega un hecho controvertido porque ésta es una obligación ineludible y categórica que impone la ley (art. 249 C.P.C.). Esta norma legal está íntimamente relacionada a las obligaciones procesales de las partes en el sentido de imponer con suficiencia sus respectivas pretensiones a fin de quedar bien explícita la forma en que quedó anudada la *litis*. Y como consecuencia de todo ello, el juzgador deberá pronunciarse en base a ello (art. 159 C.P.C.) bajo peligro de incurrir en *plus, extra o citra petita*. Es más, si entre los compradores de los productos no tuvieron en su mayoría, distinción con cual empresa contrataban, no se puede atribuir que haya habido un perjuicio de una empresa hacia la otra y menos aún si no se ha cuantificado con elemental y obligatoria suficiencia el *quantum* del perjuicio. (Voto en minoría de Gerardo Báez Maiola).

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 17/09/13. “Alamo S.A. c/ El Alamo S.A. s/ Supresión de Nombre Comercial e Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 74).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA, MELGAREJO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: El recurrente ha desistido expresamente de este recurso.

Del análisis de las sentencias en alzada no se observan violaciones de forma o solemnidad prescriptas en las leyes para declarar la nulidad de las mismas.

El recurso debe pues tenerse por desistido.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y MELGAREJO votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la primera de las sentencias en recurso, S.D. N° 338 de fecha 11 de junio de 2012, el A-quo, RESOLVIÓ: “*RECHAZAR la presente demanda por supresión de nombre comercial e indemnización de daños y perjuicios, deducida por la firma ALAMO S.A. contra EL ALAMO S.A. por improcedente, de conformidad a los términos del exordio de la presente resolución. 2) IMPONER las costas a la parte actora.*”

En tanto que por la segunda de las sentencias recurridas, S.D. N° 417 de fecha 6 de julio de 2012, el juez resolvió: “*HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Abog. LUCILA MARÍA KELLY en representación de la firma EL ALAMO S.A. contra la S.D. N° 338 de fecha 11 de junio de 2012, y en consecuencia ACLARAR que en el penúltimo párrafo del considerando se ha consignado erróneamente la imposición de costas a la parte DEMANDADA, debiendo ser impuestas las costas a la parte ACTORA.*”

Contra ambas decisiones se alza la parte actora, representada por el Abog. ELVIO LÓPEZ GALLI quien, en un extenso escrito, expone sus agravios de fs. 979 a 1009, los cuales pueden sintetizarse en: A) el Juez cambia en su sentencia el nombre comercial de la accionada, el nombre de la demandada no es EL

ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTOS FOR A NEW AGE, como afirma el A-quo ya que consta en autos la escritura de constitución de la sociedad demandada y en la misma surge claramente que la denominación de la misma es EL ALAMO S.A., sin agregado alguno y por ende, no es cierta la afirmación del A-quo en cuanto al nombre de la accionada, que fue el primer argumento en que fundó su decisión de rechazar la presente demanda. El juez, apartándose de las pruebas rendidas en autos, escritura públicas, copias autenticadas del estatuto de la sociedad demandada y de las tres últimas asambleas en donde se realizaron la elección de los directores, donde se constata que el nombre de la accionada es EL ALAMO S.A. y no EL ALAMO S.A. FARM AND ELATH CARE PRODUCTOS FOR A NEW AGE que figura en algunos letreros puestos frente al local de la demandada, incorporada al proceso por una fotografía, y a los cuales el A-quo ha otorgado una importancia indebida y exagerada, en estas condiciones sostiene que la sentencia apelada resulta arbitraria, sostiene el recurrente, por contradecir la prueba rendida en autos, ya que los instrumentos públicos presentados, como la escritura pública de constitución de la sociedad, y no impugnados por la demandada, enuncia claramente como nombre de la demanda EL ALAMO S.A. y no el fantasioso nombre adjudicado por el A-quo, con los aditamentos de FARM AND HEALTH CARE PRODUCTOS FOR A NEW AGE. B) en segundo lugar, el apelante se agravia porque el Juez ha hecho una deficiente, limitada y arbitraria interpretación de la ley de marcas y demás disposiciones aplicables del ordenamiento jurídico, partiendo de una premisa falsa, de que es imprescindible que la actividad de la demandada sea similar a la actividad económica de la demandante, prescindiendo de los demás aspectos probados en autos y a aplicación de normas del derecho positivo y los principios generales del derecho, así como disposiciones constitucionales, en particular el Art. 110 que señala: " *Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la Ley*", lo que se traduce en que TODO COMERCIANTE GOZARÁ DE LA PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL NOMBRE COMERCIAL. Si el nombre comercial debe ser compartido por otra empresa, sostiene el apelante, está claro que la propiedad ya no es exclusiva y entonces debe primar el mencionado artículo constitucional, para hacer lugar a la demanda. Agrega el apelante a continuación, que la interpretación dada por el juez a una norma particular y aislada obviando el resto del sistema jurídico y en particular una garantía cons-

titucional expresa, y además violando los convenios de PARÍS y de WASHINGTON de 1929, pasando a transcribir los Arts. 21, 8 y 9 de los mencionados convenios. A continuación pasa citar numerosas jurisprudencias en apoyo a su tesis, tanto de nivel nacional, específicamente en materia de marcas, como de la Corte Suprema de Justicia. c) Como tercer punto de sus agravios, se cuestiona la forma en que el A-quo ha valorado el cúmulo de pruebas rendidas, dando méritos solo a las que favorecerían a la demandada sin tener en consideración las que no le eran favorables y así señala que al referirse a los estatutos de ambas empresas, agregados a fs. 11/28 Estatutos de la Actora, ALAMO S.A. y a fs. 106/112 Estatutos de EL ALAMO S.A. entidad demandada, sólo los consideró señalando solo que en los mismos se define el objeto de la sociedad pero omitiendo considerar el dato elemental que es la fecha de constitución de cada sociedad en donde claramente puede advertirse que la actora se ha constituido con mucha antelación al de la demandada, así como el mejor derecho y uso del nombre comercial, consagrado por disposiciones de la Ley de Marcas N° 1.294/98, Arts. 72, 75, y 76 que transcribe a fs. 1001; se agravia también por el hecho de que la prueba pericial fue desechada por el A-quo con el argumento de que el pronunciamiento de 155 personas respecto cuestiones de carácter técnico en materia de mercadeo, descarta la misma señalando que la pericia llega a invadir esferas propias de decisiones del magistrado; d) Así mismo, como una muestra más de la parcialidad en la interpretación del *A-quo* señala que el mismo dio validez a una prueba fraudulenta, elaborada por la jefa de asuntos litigiosos, Abog. Alcira Azcurra, que había inicialmente rechazado la oposición presentada por la actora, decisión que fue posteriormente revocada, rechazándose la inscripción de EL ALAMO y el logotipo FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE. Lo fraudulento de la prueba utilizada por el A-quo para fundar su decisión, señala el apelante, fue oportunamente denunciado a fs. 679/681, TOMO IV del principal en donde se demuestra que dicha prueba fue producida en contravención a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, con donde la opinión de una funcionaria pública que se ha extralimitado al expresar de manera subjetiva, una opinión, reservada al juez. e) Se agravia por ultimo del rechazo del A-quo de la indemnización de daños reclamada, basándose exclusivamente en el hecho de haberse desestimado la demanda de supresión de nombre, soslayando así disposiciones de la Ley de Marcas en los Arts. 84, 85, solicitando en consecuencia al Tribunal que sea revocada la decisión de recha-

zar la demanda y que el Tribunal haga lugar al resarcimiento solicitado, remitiéndose a lo expuesto en el escrito de alegatos, de fs. 912/915 de autos; f) por último, se agravia de la imposición de costas, sosteniendo que las mismas en el Considerando son impuestas a la demandada y sin embargo en el Resuelve las impuso a la actora, lo que motiva su agravio contra la sentencia aclaratoria, solicitando la revocación de esta decisión en forma consecuente con la revocación del principal.

De los agravios del apelante, se corrió traslado a la demandada, que contestó por medio de la Abog. Lucila María Kelly en el escrito que rola a fs. 1014 a 1036 en cual, si bien afirma contestar los agravios, en realidad se limita a relatar sucintamente el desarrollo del proceso, repetir los agravios del apelante y reafirmar los argumentos expuestos por su parte recogidos en la sentencia respecto a la imposibilidad de confusión entre el nombre del demandante y del demandado, dado que se dedican a diferentes rubros, la actora fabrica cuadernos, la demandada importa y representa productos farmacéuticos para tratamientos oncológicos y otros. Para rematar, inserta a modo ilustrativo y académico, según expresa, dibujos escaneados de marcas y productos que nada tienen que ver con la presente causa, para terminar solicitando la confirmación de las sentencias recurridas.

Así trabada la cuestión y dado lo complejo del tema traído a la vista del Tribunal, nos vemos obligados a analizar las pretensiones incoadas ante la magistratura y los elementos aportados, a fin de evaluar si la decisión de rechazar la demanda, se halla o no ajustada a derecho.

En autos, se presentó, mandatario mediante, la empresa ALAMO S.A. a promover demanda ordinaria contra la firma EL ALAMO S.A., solicitando la supresión y cese del uso indebido de nombre comercial, en particular la palabra ALAMO, porque ha sido utilizada en indebida e ilegal forma por la firma demandada. Igualmente solicitó que la firma EL ALAMO S.A. sea condenada a pagar una INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS ocasionados a la actora por el uso indebido del nombre. Señaló que la sociedad actora fue constituida por escritura pública en fecha 5 de noviembre de 1990 inscrita en el Registro Público de Comercio en fecha 29 de mayo de 1991, siendo su objeto principal la explotación gráfica y negocios afines, ediciones folletos, libros y publicaciones diversas, impresiones varias, explotación del comercio de librerías y útiles escolares, imprenta papelería, etc., siendo que la misma es conocida

a nivel nacional e internacional, por la producción de los cuadernos ALAMO, siendo propietaria de la marca ALAMO, y que tiene la representación de prestigiosas marcas internacionales, como ser ACRILEX, WALEU, ACRIMET, y otras.

Promueve la demanda contra la firma EL ALAMO S.A. que gira en el mercado con supuesto objeto de venta de productos farmacéuticos y otros, señalando que han tomado conocimiento de la existencia de dicha firma en el año 2007 con la deducción de una demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. Rainer Bendlin, contra la Resolución de la Dirección de Propiedad Industrial que le había denegado la inscripción del nombre EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR NEW AE, dado que evidentemente, el nombre de EL ALAMO o el ALAMO CON SUS AGREGADOS, es totalmente similar al nombre de la actora ALAMO, por lo que sus derechos se ven afectados. Expresa que la empresa demandada se habría constituido en el año 1997, por lo que está demostrado que la fecha de constitución de la actora es por lo menos 7 años antes a la de la demandada.

Concretamente, solicita se disponga la supresión del nombre comercial ALAMO y así también se indemnice a la actora por los daños y perjuicios que le ocasionó el uso indebido de su nombre comercial, señalando en cuanto al monto, que el mismo surgirá de las pruebas a ser producidas en el periodo respectivo. Invoca como fundamento de sus pretensiones el Art. 110 CN, el Código Civil, la Ley de Marcas y en particular los Arts. 73 al 76 y 81 a 82.

Corrido traslado de la demanda, se presentó la firma accionada a contestar la demanda por medio de la Abog. Ada Nelly Torres a fs. 128, acompañando diversas documentaciones, sosteniendo básicamente que el nombre comercial de su mandante es EL ALAMO S.A. FARM & HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE según así lo acredita con la factura legal que acompaña y que rola a fs. 54 de autos. Admite que la empresa fue constituida como EL ALAMO S.A. y que también es cierto que su denominación social no es su nombre comercial y por ende no es conocido como tal en el comercio. Invoca la disposición del Art. 46 del CC y 73 de la Ley de Marcas, sosteniendo que el nombre comercial EL ALAMO S.A. FARM & HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE es suficientemente diferente para no ser confundido con el nombre de la actora y que además, ambas sociedades tienen objeto distintos, es decir, operan en diferentes rubros del comercio, tal como lo reconoce la propia actora; que se dedica

a la fabricación de cuadernos y la demandada a todo tipo de comercio lícito, asistencia profesional y técnica, representaciones, administraciones, explotación agrícola ganadera, colonizaciones, loteamientos, entre otros, habiendo dirigido su actividad hacia el área específica de comercialización de productos veterinarios y médicos. Agrega así mismo que en el mercado conviven diversas empresas que con la denominación de ALAMOS, EL ALAMO, LOS ALAMOS, se dedican a rubros diferentes y expone una lista de ellos, a fs. 130 sin que por ello exista confusión o daño al nombre ALAMO. Finaliza reiterando que desde el momento que no hay desvío de clientela o atracción de clientes del ALAMO S.A., en razón que se dedican a rubros diferentes no puede haber ningún perjuicio que reclamar, por lo que solicita el rechazo de la demanda.

Así trabada la litis, los puntos a resolver son: a) ¿existe o no confusión o identidad entre los nombres comerciales de las partes, (demandante y demandada)?; b) en caso que exista confusión o identidad, ¿puede la misma generar duda o confusión en el público o el mercado, respecto a la identidad de los nombres comerciales, a pesar de dedicarse a rubros o actividades diferentes, que justifique la supresión del mismo en la denominación de la demandada?; c) ¿ha existido o no daño a la actora ocasionado por el uso del nombre por parte de la demandada? y d) ¿a cuánto ascendería dicho daño?.

Antes de entrar a realizar análisis conforme a la secuencia señalada, conviene definir el tema que es objeto de litigio, es decir, qué se entiende o qué es el nombre comercial y su distinción de la llamada razón social, que es otro atributo de la empresa.

En este contexto entendemos que el nombre comercial no es otro que aquella denominación con la cual es conocida una empresa en el mercado en que opera ya sea nacional o internacional y que puede ser igual o no a la razón social en el caso, sociedades anónimas, siendo esta última la denominación con que se identifica a la sociedad en su estatuto es decir, la denominación adoptada por sus socios y con la cual es inscrita en el registro de comercio.

Jorge H Escobar, en su obra DERECHO COMERCIAL, publicado por LA LEY PARAGUAYA, pág. 276/277 al referirse entre los elementos incorporales de un fondo de comercio, al nombre comercial, señala la importancia del mismo expresando: *“A los signos distintivos utilizados POR UN COMERCIANTE PARA INDIVIDUALIZARSE A SÍ MISMO EN EL COMERCIO O DISTINGUIR A SU FONDO O HACIENDA SE LLAMA NOMBRE COMERCIAL. Este identi-*

fica al sujeto comerciante y la expresión o denominación con que se distingue a fondo, hacienda o establecimiento es, también, nombre comercial. El nombre - dice Fernández- es indispensable para individualizar al comerciante y a su fondo, distinguiéndolo de los demás. En general los signos distintivos que el comerciante utiliza están sometidos a un mismo régimen jurídico. La importancia del nombre es evidente, desempeña la función fundamental de identificar a un comerciante y a un fondo, facilitando el conocimiento del fondo y la formación del crédito y de la clientela. La terminología utilizada en esta materia no es coincidente, lo que ha dado lugar a equívocos y confusiones frecuentes todavía no despejados y a dificultades en su estudio". Seguidamente, señala dentro de un esquema, que en para las sociedades anónimas, de conformidad al Art. 1049 del CC, la denominación o razón social, es el equivalente al nombre comercial.

Por su parte la Ley 1294/98, en su artículo 72, define lo que entiende por nombre comercial en los siguientes términos: "El nombre comercial podrá estar constituido por la designación, el nombre del comerciante, LA RAZÓN SOCIAL o denominación social adoptada, la enseña o la sigla usada legalmente en relación a una determinada actividad comercial, y constituye una propiedad a los efectos de esta ley".

Entonces, en concordancia con el doctrinario citado, y la norma transcrita, como las sociedades anónimas, son ambas, partes en el presente juicio, la razón social, es decir la denominación adoptada por los socios, salvo que se opte por un nombre de fantasía totalmente diferente, puede considerarse equivalente a la razón social, el nombre comercial.

Con la premisa que antecede, procederemos al estudio del caso en particular, según el orden expuesto más arriba.

Entrando en el estudio de la cuestión principal, respecto al primer punto, existe o no confusión o identidad en el nombre comercial de la actora ALAMO S.A. y el de la demandada que, según la actora, es EL ALAMO S.A. pero, según la demandada, es EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE.

De acuerdo, tanto a las copias de los estatutos de cada una de las partes, la actora a fs.11 a 21, adopta como razón social y también como nombre comercial la denominación de ALAMO S.A., constituida en el año 1990, y la demandada a fs. 107/112, 429/433, así como copias de las actas de asamblea de la demandada correspondientes a los ejercicios de los años, 2007, fs. 46, 445/446; 2006 fs.

447/448; 2008, fs. 451/452; se tiene que la demandada, adopta como razón social y denominación EL ALAMO S.A., que no ha variado desde su fundación en el año 1997.

No cabe dudas de que si el nombre comercial de la demandada fuese solo EL ALAMO S.A., es evidente la similitud, casi identidad, que existe con la denominación de la actora, ALAMO S.A., similitud que surge de la simple comparación de ambos nombres y no requiere de mayores probanzas, por el sentido común.

Lo que sí podría salvar esa similitud, es si la empresa demandada efectivamente usa como nombre comercial la denominación de EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE, es decir con el agregado de la frase en inglés, como lo entendió el A-quo. Pero ese uso debe ser en todos los papeles, formularios y presentaciones que se realicen ante al público, oficinas o entidades públicas y/o privadas y no sólo en algunos documentos o carteles frente a su local.

En ese sentido, se tiene el informe de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, de fs. 440/444, que señala que ambas empresas se hallan registradas como proveedores del Estado; la actora como ALAMO S.A., y la demandada como EL ALAMO S.A, acompaña a dicho informe copia de las respectivas solicitudes en donde se puede observar a fs. 441, la solicitud de la actora que declara como razón social, ALAMO S.A., y como nombre de fantasía ALAMO S.A., y a fs. 442 a solicitud de inscripción de la demandada, que declara como razón social, EL ALAMO S.A., y como nombre de fantasía EL ALAMO.

De acuerdo al informe precitado, se tiene entonces que la demandada se presenta ante el Estado sólo con la denominación EL ALAMO S.A. o EL ALAMO, sin el agregado en idioma inglés invocado por el demandado como elemento diferenciador. Esto se refuerza con las copias de los balances de la demandada fs. 457/480 y las copias de las declaraciones impositivas de fs. 481/487, presentadas por la demandada como prueba de la actora, en donde, en el espacio destinado al apellido o razón social aparece EL ALAMO S.A., aunque el sello al pie tenga el mencionado agregado en inglés.

Entre otras pruebas producidas en autos, se tiene la ofrecida por la demandada a fs. 249, donde solicitaba oficios a varias entidades y laboratorios a fin de que informe si conocen a la firma EL ALAMO S.A., y si se relacionan con ella, como proveedora de cuadernos y útiles de oficina o como expendedora de medicamentos. Cabe apuntar que todas las entidades que figuran en el listado ofre-

cido por la demandada son hospitales, laboratorios y universidades, en particular facultades de medicina.

En los oficios librados a consecuencia de la providencia respectiva, según los términos de los duplicados que obran en el expediente se tiene que el Juzgado ha formulado la siguiente redacción como petición concreta de informe: *“a fin de que informen en el perentorio término de 48 horas, sobre si conocen a la firma EL ALAMO S.A. FARM & HEALTH CARE PRODUCTOS FOR A NEW AGE, o EL ALAMO S.A. como importadora o representante de medicamentos, si comercian con ellos y que tipo de relación comercial mantienen y hace cuántos años”*.

Como puede verse, entre los términos de la prueba de informe ofrecida y los oficios librados, existen importantes diferencias, a saber, primera, que en el pedido solo se hace referencia a la firma EL ALAMO S.A., pero en el oficio aparece el nombre de EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE y segunda, que en el pedido se mencionaban ambos rubros, es decir cuadernos, así como medicamentos, pero en los oficios solo se hace referencia al rubro medicamentos.

En respuesta a dichos oficios, las siguientes firmas dijeron conocer y tratar con EL ALAMO S.A., 1) SANATORIO ADVENTISTA, fs. 437; 2) LABORATORIO SAN ROQUE, fs. 547; 3) Sanatorio AMERICANO, fs. 550, 4) BIODIAGNOSTICA, fs. 553, que inclusive menciona solo la firma ALAMO S.A., que es el nombre de la actora, 5) LABORATORIOS CURIE, FS. 554, 6) LABORATORIOS FUSILLO GIMÉNEZ, fs. 602, 7) LABORATORIOS MEDICIS, fs. 613, 8) FACULTAD DE CIENCIAS MÉDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN, fs. 633/660, 9) INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL, IPS, fs. 683; 10) VICENTE SCAVONE Y CÍA. S.A.C.I., fs. 687.

Las siguientes firmas respondieron conocer y tratar con EL ALAMO FARM & HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE, 1) PROMED, fs. 401, 2) LABORATORIO CLÍNICO ASUNCIÓN, fs. 436, 3) HOSPITAL UNIVERSITARIO NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN, fs. 601, 4) DÍAZ GIL MEDICINA LABORATORIAL, fs. 631, 5) MEYER LAB, fs. 632.

Por su lado, LA FUNDACIÓN SAN PEREGRINO, fs. 615, comunicó tener relación tanto con la firma EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE como con la firma EL ALAMO S.A., es decir que para esta entidad, tanto actora como demandante parecen ser la misma sociedad.

Finalmente FARMACIA Y PERFUMERÍA MAYO, fs. 435 y la ESSAP, fs.

688/689, informan que no conocen ni operan con ninguna de las firmas mencionadas en el oficio.

Del análisis de esta prueba de informe, surge que para la mayoría de la entidades y/o firmas presentadas por la demandada como sus clientes, en total 10, la conocen solo por el nombre de EL ALAMO S.A.; la minoría, 7, por el nombre de EL ALAMO S.A. FARM AND HEALTH CARE PRODUCTS FOR A NEW AGE; para una de ellas le es idéntico el nombre y dos, no conocen a ninguna de las partes.

En conclusión, los propios clientes de la demandada, confunden el nombre de su proveedor, la demandada, con el nombre de la actora.

Con respecto a la prueba fraudulenta denunciada por la actora a fs. 679 y siguientes, obrante a fs. 339/341, consistente en el informe elaborado por la JEFA DE ASUNTOS LITIGIOSOS 1ra. SALA DE LA DIRECCIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, y que fuera utilizado como fundamento por el A-quo para concluir que no existe posibilidad de confusión por dedicarse a rubros diferentes, dicha prueba se halla mal diligenciada, violando los Arts. 371 y 372 del CPC ya que de acuerdo a dichos artículos, el pedido de informe debe dirigirse a la institución, esto es a la cabeza u órgano principal de dirección, en el caso AL DIRECTOR DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, ya que el informe debe reflejar la posición institucional de la entidad, repartición o institución requerida y no a la opinión personal de un funcionario de la Institución.

Por poner un ejemplo, si se pide a un juzgado o a un tribunal, informe sobre la existencia de un expediente, causa o juicio, debe requerirse al juez o al tribunal, no a la secretaria o la relatora y por tanto, el informe para ser valido debe ser suscrito solo por el Juez o el presidente del tribunal por ser sus legítimos representantes.

Por dicha razón, consideramos que esa prueba de informes ha sido improcedentemente admitida, y por ende, no la consideramos en la presente resolución.

Con respecto al punto de que las empresas se dedican a rubros o actividades diferentes, requisito del Art. 73 de la Ley 1.294/98, invocado por la demandada, cabe señalar que por propia confesión de la demandada al contestar la demanda y de acuerdo al texto de su estatuto obrante en autos, el objeto social de la misma, es la realización de cualquier acto de comercio lícito, pasando a realizar una enumeración solo enunciativa de los mismos por lo que, si bien en el caso

presente le da énfasis a la importación, representación y distribución de productos medicinales o farmacéuticos, por la amplitud como se halla redactada, su objeto social puede también considerarse comprendida la actividad desarrollada por la actora.

En conclusión y en base a los elementos analizados precedentemente, podemos concluir, con relación a los puntos a) y b) del análisis que nos propusimos realizar que, efectivamente, existe confusión entre los nombres comerciales utilizados por la actora y la demanda y que la utilización de ambos nombres puede inducir a confusión engaños al público o a la clientela respecto de con cual sociedad o empresa está tratando.

Sobre esta conclusión y en virtud de lo dispuesto en los Arts. 72, 73, 75, y 76 de la Ley de Marcas, corresponde hacer lugar a la demanda de supresión de nombre comercial, ordenando a la demandada el cese del uso de la palabra ALAMO en su giro comercial.

Ahora bien, en cuanto a los puntos c) y d) tenemos que el simple hecho de la existencia de la confusión de nombres a la que hemos arribado, otorga a la actora, la posibilidad de requerir una indemnización de daños, pero ocurre que la actora no ha cuantificado adecuadamente ni demostrado el monto real del daño causado, remitiéndose a los balances presentados al Ministerio de Hacienda, con el que se prueba el valor comercial del nombre de la actora, en base al cual se solicita el monto de Gs. 11.115.653.167, resultante del promedio de dichas declaraciones de los ejercicios de los años 2006, 2007 y 2008.

No obstante, habiéndose acreditado el perjuicio, es razonable otorgar una indemnización a la actora, cuyo monto el Tribunal, fundado en la facultad que le confiere el Art. 452 del CC, y tomando como parámetro también los valores expresados en las documentaciones obrantes a fs. 512/546, remitidos por el Ministerio de Hacienda, declaración de Renta de los ejercicios fiscales de los años 2006/2007 y 2008, lo establece en la suma de Gs. 5.000.000.000 (GUARANÍES CINCO MIL MILLONES).

EN cuanto a las costas, cabe imponerlas a la parte vencida, en ambas instancias, por aplicación de los Arts. 192 y 203 del CPC.

EN SÍNTESIS, voto por revocar las sentencias apeladas, por no encontrarla ajustada a derecho y en consecuencia HACER LUGAR a la presente demanda por supresión de nombre comercial e indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a realizar el cambio de denominación o nombre

comercial ante la Dirección General de Registros públicos, y a abonar a la actora la suma de GUARANÍES CINCO MIL MILLONES (Gs. 5.000.000.000), todo ello en el plazo de diez días de quedar ejecutoriada la presente resolución, con costas a la perdidosa.

A SU TURNO, EN PARCIAL DISIDENCIA EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: Dada la naturaleza propia de la materia que constituye este juicio civil, realmente hay dos reclamaciones: una, el uso indebido de una denominación comercial; la otra, que ese ilegal uso provocó un perjuicio que obliga a indemnizar a la empresa que lo provocó.

Respecto a la primera acción señalada, concuerdo con la decisión del honorable preopinante.

En cuanto a los perjuicios, como toda pretensión, tiene que ser probada por quien alega un hecho controvertido porque ésta es una obligación ineludible y categórica que impone la ley (art. 249 CPC). Esta norma legal, está íntimamente relacionada a las obligaciones procesales de las partes en el sentido de imponer con suficiencia sus respectivas pretensiones a fin de quedar bien explícita la forma en que quedó anudada la *litis*. Y como consecuencia de todo ello, el juzgador deberá pronunciarse en base a ello (art. 159 CPC) bajo peligro de incurrir en *plus, extra o citra petita*.

Así como en el aspecto penal impera el principio constitucional del *in dubio pro reo*, en el campo civil, la regla es que en caso de duda, se debe estar por la liberación del presunto deudor y no a la inversa.

Precisamente en base a estos dos principios esencialmente constitucionales, si no se demostró con suficiencia el monto en que fue perjudicada, en mi opinión, la falencia u omisión en el orden civil no puede ser suplida por el juzgador.

Es más, si entre los compradores de los productos no tuvieron en su mayoría, distinción con cual empresa contrataban, no se puede atribuir que haya habido un perjuicio de una empresa hacía la otra y menos aun sin no se ha cuantificado con elemental y obligatoria suficiencia el *quantum* del perjuicio.

De acuerdo a ello, corresponde hacer lugar a la demanda en cuanto respecto a la acción sobre la supresión de nombre comercial, con costas y rechazar la demanda por indemnización de daños y perjuicios, con costas. Así también voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO MELGAREJO DIJO: Que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos paredes Bordón por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR, las sentencias apeladas, por no encontrarlas ajustadas a derecho y en consecuencia HACER LUGAR a la presente demanda por supresión de nombre comercial e indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a realizar el cambio de denominación o nombre comercial ante la Dirección General de Registros Públicos, y a abonar a la actora la suma de Gs. 5.000.000.000 (GUARANÍES CINCO MIL MILLONES), todo ello en el plazo de diez días de quedar ejecutoriada la presente resolución.

COSTAS, imponer a la perdidosa.

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

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y Eusebio Melgarejo.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 79

Cuestión debatida: *La decisión de primera instancia que resolvió hacer lugar a la demanda de cumplimiento de contrato; intimando a la parte demandada para que provea los equipos y el personal, y realizar todas las tareas necesarias, para que cumplan plenamente con el objeto para lo cual fueron contratados, bajo apercibimiento de restituir a la actora, el precio abonado por los sistemas no entregados y en atención al efecto retroactivo de la resolución, la vuelta de las cosas al estado de origen; así también hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por cumplimiento de la cláusula penal, imponiendo costas a la parte perdidosa, que a consecuencia la demandada interpone recursos de apelación y nulidad, y en alzada se analiza sobre la naturaleza del contrato celebrado, el incumplimiento del contrato y la asignación del monto de la condena.*

CONTRATOS. Naturaleza del contrato.

Sobre la interpretación de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, resulta ajustada a la prescripción del inc. c) del art. 159 del CPC sobre la obligación de pronunciarse de conformidad a lo que le han planteado las partes en sus respectivos escritos iniciales que, en lo principal la parte actora sostiene que además de ser vendedora de equipos, maquinarias y accesorios, la accionada se obligó a la prestación de servicios en complementación a la cosa vendida.

CONTRATOS. Contrato de compraventa.

El contrato de compraventa, por la convención del 28 de diciembre, no fue celebrada en su forma más simple posible de intercambio de cosa por precio en dinero, porque incluía otras condiciones, algunas previas a la entrega, conforme así explicitan determinadas disposiciones que surgen de la lectura de los anexos, planos, determinación del lugar de asentamiento de las maquinarias, etc.; otras durante el funcionamiento con instrucción de uso al personal de la empresa actora, razón por la que no ha sido errónea de parte del *A quo*, la inclusión como sostén legal, los artículos 852 y 853 del CCP.

CONTRATOS. Contrato de compraventa. Cumplimiento de obligaciones contractuales.

Se justifica la invocación acertada del art. 719 del Código Civil, que consagra el principio *exceptio non adimpleti contractus*, dado que, como se tiene dicho y repetido, la empresa vendedora asumió obligaciones de asistencia técnica de instalación, control de funcionamiento, instrucción a personal operativo de las maquinarias, etc. y por tanto, no puede exigir el cumplimiento de la contratante mientras no lo haga respecto a sus propias obligaciones asumidas contractualmente.

PRUEBA. Prueba pericial. Sana crítica.

En relación a las obligaciones contractuales de aporte de asistencia técnica, la deficiencia de funcionamiento de la maquinaria y el perjuicio económico por el que se reclama indemnización, a consideración del *A-quo* las partes han demostrado la realidad de sus respectivos hechos alegados, y prestando debida y detallada atención según sus expresiones y concepciones vertidas en la sentencia, basta con remontarse a la etapa probatoria para determinar cuál de los dos sustentos fácticos (el de la actora o el de la demandada) lleva a tomar posición favorable hacia uno u otro sentido, donde se refleja el valor de las

pericias que no han sido desvirtuadas y diligenciadas en fiel cumplimiento de los requisitos legales, art. 360 CPC, que lleva a concluir y considerar que la sentencia recurrida ha dado cumplimiento fiel a las disposiciones de los artículos 15, 159 y concordantes del Código Procesal Civil, en análisis con base en la sana crítica que lleva a la confirmación en todas sus partes, incluyendo la imposición de costas de conformidad a los artículos 192 y 203, inc. a) CPC.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 20/09/13. “SHIROSAWACO. S.A.I.C. c/ Ferrabil Máquinas e Equipamientos Ltda. s/ Cumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. N° 79).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, PAREDES BORDÓN.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: El recurrente al formular expresión de agravios menciona exclusivamente recurso de apelación, sin mencionar siquiera al de apelación, para finalizar pidiendo expresamente la revocatoria de la S.D. N° 438 de fecha 11 de julio de 2012, al no advertir vicio formal o substancial que, por su gravedad, obligue a la declaración de nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el este recurso. Así voto.

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y PAREDES BORDÓN votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICIENDO: A fs. 249/259 por la referida sentencia, el *A quo* resolvió: “I.) HACER LUGAR a la presente demanda de cumplimiento de contrato promovida por la firma SHIROSAWA CO. S.A.C.I. en contra de la firma FERRABIL MAQUINAS E EQUIPAMIENTOS LTDA. por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia: II.) INTIMAR a la parte demandada para que en el plazo de noventa (90) días la firma FERRABIL MAQUINAS E EQUIPAMIENTOS LTDA. provea los equi-

pos y el personal, como asimismo realice todas las tareas que sean necesarias, a fin de que los Sistemas de enfriamiento de granos de sésamo y de condensador de vapor de humo en la planta Yes, cumplan plenamente con el objeto para lo cual fueron contratados en los términos y condiciones del contrato celebrado entre las partes en fecha 28 de diciembre de 2006, bajo apercibimiento de que si así no hiciera, se tendrá por resuelto el contrato, debiendo restituir a la parte actora la suma de DÓLARES AMERICANOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE (U\$S 85.447,00) en concepto de devolución de precio abonado por los sistemas no entregados y asimismo en atención al efecto retroactivo de la resolución, la vuelta de las cosas al estado de origen, la parte actora deberá restituir a la demandada los equipos y materiales que hace a los sistemas de enfriamiento de granos de sésamo y de condensador de vapor de humo en la planta Yes Yes. III.) HACER LUGAR a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por cumplimiento de la cláusula penal estipulada y/o resolución de contrato en su caso promovida por la firma SHIROSAWA CO. S.A.C.I. contra la firma FERRABIL MÁQUINAS E EQUIPAMIENTOS LTDA por la suma de DÓLARES AMERICANOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UNO, CON SEIS CENTAVOS (U\$S 75.381,6). IV.) IMPONER costas a la parte perdedora. V.) ANOTAR, registrar.//..” (sic).

Afirma la parte recurrente que el A-quo, con tal decisión, desconoce los conceptos claros del Código Civil y en consecuencia “...en su contradictoria sentencia admite que se ha celebrado un contrato entre las partes en fecha 28 de diciembre del 2006, agregados a fojas 10 a 22 de estos autos, en donde considera que las posiciones de ambas partes son contradictorias porque la actora sostiene que el contrato es de locación de obra y que acumula las pretensiones de que también tenga los efectos de un contrato de compra-venta. En ese sentido, el A-quo resuelve que los efectos del contrato celebrado entre las partes no deben encasillarse dentro de una clasificación específica de un contrato en particular, posteriormente resuelve que el contrato en cuestión es de naturaleza mixta, por un lado identifica el contrato de compraventa regulado en el art. 737 del C.C.P. y por otro lado, el contrato de locación de obra de conformidad al Art. 852 y siguiente del citado cuerpo legal (fojas 252 y vto.). Que esta cuestión de las muchas otras arbitrariedades manifiestas... Que de acuerdo a la simple lectura no existen dudas que la intención de las partes se refieren a la COMPRAVENTA de un equipo, con sus accesorios debidamente detallados en las docu-

mentales que se encuentran agregados a fojas 152 al 159 de estos autos, por lo tanto V.V. S.S. el A-quo no tiene ningún argumento para convertir un contrato de compra-venta en un contrato de locación... Que la argucia de que la naturaleza del contrato sea mixta es precisamente para que el saldo a pagar del contrato no se efectivice en ningún tiempo y de esta forma la obra sea menos costosa, esa es la real intención de la actora que consiste en no honrar el costo total del contrato; en efecto, se lee en las diversas correspondencia por correo electrónico a fs. 94, en especial a fs. 90, que la firma SHIROSAWA CO S.A. I.C. no proveía el dinero para la compra de materiales y que mi poderdante solventó la obra de hecho, es decir proveía de sus propias finanzas el dinero para la construcción ante el remiso comportamiento financiero de la firma SHIROSAWA, inclusive hasta culminar e instalar el funcionamiento de la misma, como se desprende de las fotos agregadas a fs. 152 al 158 y fotografías a fs. 160 y 168 de autos, como también las diligencias preparatorias en donde se confirma que de acuerdo a lo actuado por el juez a fs. 30 y siguiente del juicio de diligencia en donde los materiales y la obligación de mi poderdante la firma FERRABIL MAQUINARIAS fueron cumplidos a cabalidad” (sic).

De acuerdo a lo manifestado, son cuatro puntualizaciones que sostienen y demuestran que la sentencia tiene que ser revocada: 1) errónea interpretación de la naturaleza del contrato.- 2) Aplicación equivocada de los artículos 852, 853 y 719 del Código Civil.- 3) No hay demostración de incumplimiento del contrato de parte de la accionada. 4) Se ha cometido error en la asignación del monto de la condena.

Interpretación de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes. Puntos 1 y 2. La accionada a f. 114 manifiesta que plantea la demanda “... *En virtud de esta demanda ordinaria contra FERRABIL SE PRETENDE EL cumplimiento del contrato y/o LA RESCICIÓN DEL CONTRATO de fecha 28 de diciembre de 2006, más LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, de conformidad con lo que a continuación se indica...*”. Admite que el origen es un contrato de compraventa con FERRABIL que, como fabricante produce “... *a fin de que ella le provea los SISTEMAS necesarios, entendidos como proyecto de obra, planos, equipamiento, suministro de equipos, asesoramiento técnico, etc. para 1) Captación de polvo; 2) Enfriamiento de silo y su división en cuatro (4) partes y 3) Condensador de vapor de humo en la planta de fabricación de los productos YES-YES...*” (sic).

Según lo expuesto en la sentencia, resulta que el *A-quo* se ha ajustado a la prescripción del inc. c) del art. 159 sobre la obligación de pronunciarse de conformidad a lo que le han planteado las partes en sus respectivos escritos iniciales que, en lo principal la parte actora sostiene que además de ser vendedora de equipos, maquinarias y accesorios, la accionada se obligó a la prestación de servicios en complementación a la cosa vendida.

Surge que se reclama como derecho, el que prevé el art. 300 del código civil (La calificación jurídica errónea que del acto hagan las partes no perjudica su eficacia, que se juzgará según el contenido real del mismo. Cuando hubiese en un instrumento palabras que no armonicen con la intención reflejada en el acto, prevalecerá ésta).

En la contestación de demanda dicha asistencia técnico-profesional de asesoramiento sobre la instalación de los equipos como también el control de funcionamiento es expresamente reconocida al citar de cláusulas contractuales (*Proveer el método operativo de OPERACIÓN a través de los correspondientes manuales de operación, mantenimiento, inspección y de repuestos. 3. 1.4. Ejecutar todos los servicios de supervisión del montaje de los equipos con mano de obra auxiliar proveída por la compradora. Supervisar las obras civiles a ser realizadas en coordinación con la empresa encargada par dicho trabajo. 3.1.5. Ejecutar el montaje de los equipos suministrados hasta su puesta en marcha. 3.1.6. Realizar la puesta en marcha de los equipos, maquinarias, accesorios, materias y demostrar por medio de las pruebas de los mismos están conforme con los requerimientos de este contrato y anexos. 3.1.7. Proveer el entrenamiento al personal asignado por la COMPRADORA para adiestrarlo en el manejo y mantenimiento de los equipos FERRABIL...*) (sic).

El *A quo*, al fundamentar normativamente su decisión no solamente menciona el artículo 300 del Código Civil sino que los relaciona resulta en forma clara que lo relaciona con los artículos del Código Civil en el Capítulo V, De la interpretación del Contrato (*intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato*, art. 708) y a conceptual, tales como los artículos:

709. “Las cláusulas del contrato se interpretan la unas por medio de las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del contexto general”

710. “Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste

no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar”

711. “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez y el otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad se ve complementada”

Conforme a lo expuesto, no se puede negar que en la compraventa, por la convención del 28 de diciembre, no fue celebrada en su forma más simple posible de intercambio de cosa por precio en dinero porque incluía otras condiciones, algunas previas a la entrega, conforme así explicitan determinadas disposiciones que surgen de la lectura de los anexos, planos, determinación del lugar de asentamiento de las maquinarias, etc.; otras durante el funcionamiento con instrucción de uso al personal de SHIROSAWA, razón por la que no ha sido errónea de parte del *A quo*, como afirma el recurrente la inclusión como sostén legal el art. 852 (*El contrato de obra tiene por finalidad la ejecución de determinado trabajo que una de las partes se obliga a realizar, por sí o bajo su dirección, mediante un precio en dinero. El que realiza la obra podrá también suministrar materiales para su ejecución*), a igual que el art. 853 (*Si el que ejecuta la obra debe además suministrar todos los materiales necesarios, el traspaso del dominio se verificará por la recepción de la obra terminada. Cumplida la entrega, serán aplicables las reglas de la compraventa*).

De esta forma, la parte actora ha justificado que ha invocado acertadamente el art. 719 del Código Civil, que consagra el principio *exceptio non adimpleti contractus*, dado que, como se tiene dicho y repetido, la empresa vendedora asumió obligaciones de asistencia técnica de instalación, control de funcionamiento, instrucción a personal operativo de las maquinarias, etc. y por tanto, no puede exigir el cumplimiento de la contratante mientras no lo haga respecto a sus propias obligaciones asumidas contractualmente.

Incumplimiento del contrato de parte de la accionada. Error en la asignación del monto de la condena. Puntos 3 y 4.

Son los fundamentos de exoneración de responsabilidad que expone la parte recurrente a objeto de que sea revocada la sentencia. Es en relación a las obligaciones contractuales de aporte de asistencia técnica de parte de FERRABIL, la deficiencia de funcionamiento de la maquinaria y el perjuicio económico por el que se reclama indemnización.

Como pertenece al plano fáctico de la sentencia, el *A-quo* ha pasado a considerar si las partes han demostrado la realidad de sus respectivos hechos alegados, en donde manifiesta, poniendo de resalto “...*la parte demandada ha reconocido expresamente dichas obligaciones en su escrito de contestación (fs. 145/ 148, acta de absoluciones de las posiciones segunda, tercera y cuarta...*”.

Como consecuencia, surgen que son tres los temas a tratar y resolver en forma secuencial por el orden sucesivo en relación a los hechos:

Incumplimiento de FERRABIL en cuanto a la obligación contractual de asistencia y control sobre la cosa vendida.

Defectuoso funcionamiento de las maquinarias y comprobación de daños.

Justipreciación del monto pecuniario que la actora reclama indemnización.

El *A quo* ha prestado debida y detallada atención según sus expresiones y conceptualizaciones vertidas en la sentencia recurrida, para cuya comprobación basta con remontarse a la etapa probatoria para determinar cuál de los dos sustentos fácticos (el de la actora o el de la demandada) lleva a tomar posición favorable hacia uno u otro sentido. Efectuado ese examen en revisión, de constancias pertinentes surge que se ha ordenado la apertura de la causa a prueba por proveído del 30 de septiembre de 2008 (f.151).

El abogado de la parte accionada se ha notificado a f. 169 y al mismo tiempo ha presentado planos y fotografías.

Por su parte, SHIROSAWA CO. S.A.C.I. ofrece las suyas a fs. 171/178 (documentales ya obrantes en autos; confesorias provocada y espontánea; pericial contable; pericial de ingeniería electromecánica. Del ofrecimiento se ha corrido traslado sin que se produjera objeción alguna, siendo entonces admitidas por proveído del 27 de abril de 2009 (f.180).

Por A.I. N° 624 del 26 de mayo de 2009 (f.198) se ha declarado el decaimiento del derecho de contestar que tenía FERRABIL sobre las pruebas periciales ofrecidas por la adversa. Por A.I. N° 625 del 26 de mayo de 2009 (f.202) son admitidas las pruebas periciales y se designan en sus respectivas especialidades al Lic. Darío Velázquez Piatti y al In. Elect. Eduardo Javier Sosa como peritos únicos.

La prueba pericial es un medio procesal al que se recurre cuando es materia de apreciación que versa sobre alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica y que por tanto requiere un conocimiento profesional específico del cual, por lo menos en la mayoría de las veces, carece el juzgador (art. 343 CPC).

Entonces el perito pasa a ser legal y complementariamente un auxiliar de justicia (art. 3° COJ). En el Título II, Capítulo VI del Código Procesal Civil, por los artículos 343 y siguientes, se dejan establecidas sus reglas de tramitación que van desde el señalamiento de la especialización en razón de la materia a informar, la propuesta, los puntos pertinentes de la pericia, el traslado a la adversa a fin de que se presente adhesión a la prueba u oposición en su caso, manifestación expresa sobre el tema a informar los puntos de consulta; inclusive el medio de recusar, con causa (art. 352). Por eso, una vez superados estos pasos sucesivos del estadio procesal, ya no caben discusiones ni menos negociaciones, tal como impropriamente pretende la parte accionada hacer valer una impugnación (f. 224) y en tal sentido, hay que tener presente que en la parte procesal de formular los merecimiento de las probanzas aportadas y la crítica a las que corresponden a la adversa, en su presentación de alegatos, nada dice la parte accionada en relación a estas dos pruebas fundamentales porque hacen a la misma esencia de la pretensión de la parte actora, circunstancia que agrava la posición de la demandada cuando a f. 242 reconoce expresamente “...en efecto si bien es cierto no se ajustan los saldo exigidos por nuestra parte en el telegrama colacionado, existe un remanente importante de 26.730 dólares...” (sic).

De acuerdo a lo expuesto, el valor de las pericias no solamente no han sido desvirtuadas porque han sido diligenciadas en fiel cumplimiento de los requisitos legales, art. 360 CPC (*Fuerza probatoria del dictamen pericial. La fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de su opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca*).

De acuerdo a todo lo expuesto y considerado, la sentencia recurrida ha dado cumplimiento fiel a las disposiciones de los artículos 15, 159 y concordantes del Código Procesal Civil, en análisis con base en la sana crítica que lleva a la confirmación en todas sus partes, incluyendo la imposición de costas de conformidad a los artículos 192 y 203, inc. a) CPC. Así también voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA y PAREDES BORDÓN adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 438 de fecha 11 de julio de 2012.

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

Magistrados: María Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordón y Gerardo Báez Maiola.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 85

Cuestión debatida: *Se demanda por nulidad de acto jurídico esto es, de la escritura pública de transferencia de inmueble y su respectiva inscripción, así como pedido de finiquito del juicio ejecutivo, basados en que hubo simulación, lesión y enriquecimiento sin causa. La sentencia de primera instancia hace efectivo el apercibimiento y tiene por confeso al demandado y no se hace lugar a la demanda interpuesta. El demandante interpuso recurso de apelación agraviándose por los fundamentos esgrimidos, el cual el Tribunal de Apelación resolvió confirmar la sentencia de primera instancia.*

PRUEBA. Prueba confesoria ficta

La prueba confesoria ficta del demandado, se considera que la misma por sí sola es insuficiente para enervar las demás pruebas producidas en el juicio con las cuales deben ser conjugados.

NULIDAD DE ACTO JURÍDICO. SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. TEORÍA DE LA LESIÓN

Las dos causales invocadas inicialmente para pedir la nulidad –simulación y lesión– se anulan recíprocamente, porque en efecto, no puede invocarse al mismo tiempo la simulación entre las partes, en perjuicio de terceros y la existencia de lesión en el mismo acto.

SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. Procedencia

La pretensión de la nulidad de una escritura pública, sobre la base que la misma es una simulación lícita, para evitar el remate de la misma por parte del

demandado, el actor debió presentar necesariamente un contradocumento declarando lo simulado del acto, teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 307 y 310 del Código Civil, surge que cuando la declaración de simulación es promovida interpartes, es necesario el contradocumento, con la única excepción de si tratase de un acto ilícito, por tanto no se dan los presupuestos para que prospere.

SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. Procedencia.

No se ha probado que el juicio haya sido una simulación; tampoco que la escritura de transferencia y el escrito de pedido de finiquito que puso fin al juicio lo haya sido, por lo que la demanda de nulidad por simulación, debe ser desestimada.

ACTO JURÍDICO. Existencia. SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. TEORÍA DE LA LESIÓN. ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO. Procedencia.

No demostrándose ni la simulación ni la lesión, se concluye que se está en presencia de un acto real, donde las prestaciones han guardado correspondencia, y existiendo una causa lícita para la transferencia, no puede tampoco argüirse la existencia de un enriquecimiento indebido, ya que el presupuesto básico para esta acción, es la inexistencia de una causa en el aumento patrimonial del demandado y el empobrecimiento del actor, lo que no se da, desde que la transferencia tuvo por fin la cancelación de una deuda reclamada judicialmente, por lo que la resolución recurrida se confirma.

TApel. Civ. y Com. (07/10/13) “AGUSTÍN RÓMULO ACOSTA COLMÁN c/ HUGO CARLOS MONTIEL RIVEROS s/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO” (Ac. y Sent. N° 85)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: El recurrente solicita la nulidad de la sentencia, alegan-

do ilogicidad de la misma, ya que tiene por confeso al demandado en el primer punto del resuelve, pero en el segundo punto de la sentencia rechaza la demanda, cuando que habiéndose declarado confeso al demandado, con la valoración de dicha prueba, era suficiente para que prospere la demanda, por lo que resulta ilógico e incongruente la decisión de la A-quo.

De la revisión de la sentencia en recurso, S.D.N° 731 del 9 de octubre del 2012, se tiene que la A-quo resolvió: “I) HACER EFECTIVO, el apercibimiento dispuesto por providencia del 17 de setiembre de 2010 y en consecuencia, tener por confeso al señor Hugo Carlos Montiel Riveros a tenor del pliego glosado a fs. 182/183 de autos. II) NO HACER LUGAR, la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión y simulación promovida por el Sr. Agustín Rómulo Acosta Colman contra el señor Hugo Carlos Montiel Riveros, por lo fundamentos expuestos en los considerandos precedentes. III) IMPONER las costas a la parte actora”.

El Art. 302 del CPC señala: “VALOR DE LA CONFESIÓN. La confesión judicial expresa o ficta, y la extrajudicial, serán apreciadas por el juez conjuntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica.

“La confesión espontánea que resultase de los escritos respectivos de demanda o contestación, y que también podrá prestarse en cualquier estado del juicio, hará plena prueba”.

Este artículo establece la forma en que se debe valorar la prueba confesoria según que la misma sea provocada por medio de posiciones, forma expresa o ficta, o bien se encuentre inmersa, la confesión, en la demanda o su contestación.

En el primer caso, dispone que la prueba debe ser valorada conjuntamente con las demás que se hayan producido en el juicio y conforme a los principios de la sana crítica, Art. 269 del mismo CPC; es decir que para nuestro Código ritual, la confesión provocada ha dejado de ser lo que algunos siguen llamando la reina de las pruebas y con relación a la misma, no rige el principio de que a confesión de parte, relevo de pruebas.

Consecuentemente, la confesión a la que se refiere el primer párrafo del artículo transcripto, tiene un valor relativo no absoluto, ya que debe ser analizada en conjunto con las demás pruebas producidas en autos.

Diferente es lo que ocurre con la confesión que se encuentre en la demanda

o su contestación, segundo párrafo del Art. 302 del CPC, la cual, sí tiene plena prueba en juicio

Por otro lado el Art. 282 del CPC señala que quien no compareciere a la audiencia de absolución de posiciones, podrá ser tenido por confeso, al momento de dictarse sentencia, de acuerdo al primer párrafo del Art. 302 del CPC, por lo que es correcta la apreciación de la Jueza, contenida en el considerando de la sentencia, que la confesión ficta del demandado, debido a la incomparecencia del mismo, resulta insuficiente para desmeritar el resto de las pruebas que la llevaron a la decisión de rechazar la demanda.

Por último, como es obligación del juez, resolver las cuestiones pendientes al momento de dictar sentencia, entre ellas, la producida por la incomparecencia de una de las partes citadas a absolver posiciones, por lo que resultaba inevitable que la A-quo así lo decidiera en el primer punto de la sentencia, pero, reitero que ello no implica aceptar el contenido del pliego y la confesión ficta resultante, como una prueba incontrastable de la veracidad de lo afirmado en ellas, ya que la misma debía valorarse conjuntamente con las demás pruebas producidas y no resolver el juicio sólo conforme a la misma.

De lo expuesto, se tiene que no existe incongruencia ni ilogicidad en las decisiones contenidas en los apartados primero y segundo la sentencia en recurso, por lo que el recurso de nulidad, fundado en dicho argumento debe ser desestimado por improcedente.

A SU TURNO LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Como se tiene transcrito por la sentencia en alzada, S.D. N° 731 de fecha 9 de octubre de 2012, en lo modular RESOLVIO: “I) HACER EFECTIVO, el apercibimiento dispuesto por providencia del 17 de setiembre de 2010 y en consecuencia, tener por confeso al señor Hugo Carlos Montiel Riveros a tenor del pliego glosado a fs. 182/183 de autos. II) NO HACER LUGAR, la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión y simulación promovida por el Sr. Agustín Rómulo Acosta Colmán contra el señor Hugo Carlos Montiel Riveros, por lo fundamentos expuestos en los considerandos precedentes. III) IMPONER las costas a la parte actora”.

Como fundamento esencial de su decisión, la A-quo, consideró que la actora había solicitado la nulidad del acto jurídico instrumentado en la Escritura Pú-

blica N° 12 de fecha 25 de marzo de 2009, pasada en Asunción ante la Escribana Pública María Gloria Meza de Torreani como transferencia del inmueble individualizado como Finca N° 12.729 del Distrito de Fernando de la Mora, así como la nulidad del escrito de finiquito presentado en el juicio ejecutivo que entablara el hoy demandado, pero no el proceso del juicio ejecutivo como tal, admitiendo que dicho juicio habría sido una simulación donde el actor, hoy demandado, procedió a la ejecución de un pagaré de Gs 100.000.000, que el mismo había firmado, en ocasión de otorgarle un préstamo, pero por monto menor, lo que equivaldría a un fraude procesal, destinado a impedir que sus otros acreedores le rematasen dicha propiedad, y que dicha situación se produjo dada la confianza que tenía con el demandado.

En síntesis, concluyó la jueza, luego de analizar la conducta de las partes, y sus respectivas posturas señalando que por el modo en que fue postulada la demanda, se dejaría firme el embargo trabado sobre el inmueble, en fraude a otros acreedores, pero se anularía la escritura de transferencia, que se da como resultado del juicio ejecutivo mencionado. También señala la A-quo, que no existe simulación alguna, porque la transferencia se produjo y tampoco se da el presupuesto de la lesión porque dicha transferencia, antecedida de proceso ejecutivo, incorpora en su contenido la mención de dicho juicio y el monto de la liquidación del mismo, a más de la suma consignada en la misma como monto de la operación y al realizarse como conclusión de un juicio ejecutivo, constituye una transacción entre las partes destinada para finiquitar el referido juicio. En cuanto a la prueba confesoria ficta del demandado, la A-quo, consideró que la misma por sí sola resulta insuficiente para enervar las demás pruebas producidas en autos con las cuales deben ser conjugados.

Al expresar agravios, el representante de la parte actora, a fs. 357/369, en la parte referida al recurso de apelación, donde se agravia del razonamiento de la Jueza, señalando que su parte ha promovido demanda de NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR LESIÓN Y SIMULACIÓN que, conforme a la doctrina, afectan a la buena fe, aunque no sean procesalmente vicios de la voluntad. Niega el apelante que el actor haya concertado un juicio de ejecución simulado, es decir, un fraude procesal, señala que los testigos ofrecidos por su parte han probado la existencia de la relación de confianza entre las partes, dado que el demandado era y es hermano de la pareja del actor y había sido abogado del mismo en un juicio de reconocimiento

de unión de hecho, cuestión probada por los testigos y desechada por la A-quo, donde se acreditaba que el actor siguió comportándose como dueño del inmueble, alquilando piezas a quienes inclusive, vinieron a declarar en calidad de testigos y abonando los impuestos y servicios públicos.

En síntesis, señala que su parte ha probado los puntos planteados en la demanda, que se ha realizado la transferencia simulada de su propiedad para evitar el remate de la misma en un juicio ejecutivo donde la propiedad se embargó para proteger su patrimonio de otros acreedores por lo que la escritura, además es nula porque el precio en ella expresado está por debajo del valor real de la misma, lo que ocasionó una lesión patrimonial al actor y un enriquecimiento indebido del demandado.

Culmina solicitando la declaración de nulidad de la sentencia o la revocación del apartado segundo, haciendo lugar a la demanda.

Al contestar los agravios, la parte demandada, a fs. 371/380, señala que la parte recurrente pretende hacer valer como punta de lanza las declaraciones de sus testigos referidas a la confianza y el vínculo que le une al actor cuando que ello no es materia del presente juicio, además que las declaraciones de dichos testigos, son contradictorias, y lo que se evidencia de las mismas, es que la transferencia del inmueble fue realizado con absoluta conciencia del actor, y es mas a pedido suyo, para saldar la deuda que tenía conmigo, y que no existe lesión, ni enriquecimiento, agrega que hasta la fecha no ha podido entrar en posesión de su propiedad, y que el actor ha confesado que sigue cobrando alquileres de la misma. Termina solicitando la confirmación de la sentencia.

Así planteada las posiciones de las partes, corresponde al Tribunal estudiar los hechos alegados por las partes para definir si la sentencia dictada se ajusta o no a derecho.

En autos, el actor, Agustín Rómulo Acosta Colmán, se presenta por medio de sus representantes a solicitar la nulidad del acto jurídico, nulidad de escritura pública y cancelación de inscripción registral contra el Sr. Hugo Carlos Montiel Riveros. Relata que el demandado es hermano de su actual pareja, razón por la cual confió en el mismo y que lo asesoró en un juicio de reconocimiento de unión de hecho que le hiciera su anterior pareja; así mismo, dado el grado de confianza, le solicitó un préstamo el actor al demandado, a lo que accedió y le sugirió que le firmara un pagaré por valor de Guaraníes CIEN MILLONES, suma mayor al préstamo solicitado, a lo que el actor accedió, y que

también accedió a que el demandado, promoviera un juicio ejecutivo en su contra, en base al mencionado pagaré a objeto de constituirse en el primer embargante de la propiedad y evitar así que otros acreedores embarguen la Finca N° 12.729 de Fernando de la Mora, con la promesa de que no se efectuaría el remate de su propiedad.

En estas condiciones, sigue relatando el actor, se llevó adelante el juicio ejecutivo, con conocimiento y acuerdo del mismo que no opuso obstáculo alguno durante el desarrollo del mismo, durante el año 2008, abonándole incluso al Abog. Héctor Montiel, la cantidad de Gs. 2.000.000 para el pago de publicación de edictos, hechos que demuestran que entre las partes seguía existiendo una relación personal de confianza y familiaridad, hasta que en el mes de febrero del año 2009, luego de haber saldado la deuda que tenía con el demandado le pidió la devolución del pagaré de Gs. 100.000.000, pero el accionado se negó manifestando que la única forma que le devuelva el pagare era pagando el importe total del mismo, con sus intereses, y que en caso contrario, llevaría adelante el remate de la propiedad que ya estaba embargada y que en un remate público, la misma podría ser adquirida por cualquier persona extraña y por eso, la única forma de evitarlo era transfiriéndole a su nombre la propiedad. En ese dilema, a fin de evitar que la propiedad cayera en manos extrañas y esperando recuperarla en el futuro, optó por transferir la misma al actor, transferencia que fue plasmada en la Escritura Pública N° 12 del 25 de marzo de 2009, ante la escribana Gloria Meza de Torreani e inscripta luego en los Registros Públicos, bajo el N° 3 al folio 7 en fecha 6 de abril como Finca 12.729 del Distrito de Fernando de la Mora, suscribiéndose en el mismo acto el escrito de finiquito del juicio ejecutivo, expresándose en él, que el pago consistió en la transferencia de la mencionada Finca. Con este acto, no solamente se simuló la transferencia sino también se halla afectada la misma del vicio de lesión, por causarle un perjuicio a su patrimonio y un enriquecimiento indebido del demandado, ya que la cifra expresada como precio de venta del inmueble, Gs. 40.000.000, cantidad que nunca le fue entregada, es muy inferior al valor real de la propiedad que según la tasación que presenta, asciende a la cantidad de Gs. 457.000.000.

Sobre los hechos expresados, la demanda va dirigida a obtener la declaración de nulidad tanto de la Escritura Publica de transferencia, precedentemente individualizada y su correspondiente inscripción en el Registro Publico, así como del escrito de pedido de finiquito del juicio ejecutivo, fundando su preten-

sión en los Arts. 306, simulación, 671, lesión, y 1817, enriquecimiento sin causa. Tal lo que surge del escrito inicial de demanda, fs. 92/95, ampliada posteriormente a fs. 106.

Al contestar la demanda a fs. 113/115, el demandado negó parcialmente las afirmaciones del actor. Reconoció haber sido su representante legal en el juicio de reconocimiento de matrimonio de hecho y señaló que el actor ya desde el año 2004, le venía comentando de su apremiante situación económica y solicitando que le preste dinero, a lo que finalmente accedió, entregándole la suma de CIEN MILLONES DE GUARANÍES, en el mes de junio del año 2005, con la promesa que le pagaría el capital y los intereses con la venta de su propiedad sita en la ciudad de Fernando de la Mora. Niega haber amenazado con rematar la propiedad si no se le transfería la propiedad; lo cierto afirma el demandado, es que el actor nunca le abono suma alguna por el préstamo otorgado, por lo que se vio obligado a promover el juicio ejecutivo y finalmente, a propuesta del actor, aceptó recibir el inmueble como forma de cancelación de la deuda reclamada y que la suma expresada en la escritura fue acordada entre las partes, por lo que no existe simulación alguna en la transferencia.

Señala que la escritura pública no ha sido redargüida de falsa, por lo que mantiene su vigor como instrumento público y en la misma el actor expresó que no se dan las circunstancias del Art. 671 del CC y, por último, no existe tampoco enriquecimiento sin causa, puesto que él exigió desde un primer momento la devolución de su dinero, sin que se haya hecho efectivo tal pago, y por tanto recurrieron a la transferencia para cancelar dicha deuda. Culmina solicitando el rechazo de la demanda.

Así trabada la litis, se tiene que en autos, el actor petitiona la nulidad del acto jurídico, escritura pública N° 12 pasada ante la escribana María Gloria Meza de Torreani, de transferencia de la Finca 12.729 de Fernando de la Mora, su inscripción en el registro de inmuebles, y el escrito de finiquito del juicio HUGO MONTIEL c/ AGUSTIN ACOSTA S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA, aduciendo la existencia de simulación, Art 306 del CC y de lesión Art. 671 del CC y reclama igualmente la nulidad por enriquecimiento indebido, Art 1817 del CC.

Las partes coinciden que entre ellas existió una relación de confianza y que el demandado representó como abogado al actor en un juicio de reconocimiento de unión de hecho y que el demandado realizó un préstamo de dinero al actor,

de cien millones según el demandado y el actor no dio cifras en su escrito inicial, aunque en su alegato, menciona la cantidad de 10.000.000, pero sin que dicha cifra se halle respaldada por ningún otro elemento probatorio, también que existió un juicio ejecutivo entre las partes, por el monto del pagaré suscrito, de 100.000.000 de Gs., y que el mismo fue finiquitado con la transferencia del inmueble en la escritura pública cuya nulidad se solicita.

Antes de entrar a analizar concretamente el caso, debemos señalar ab initio que las dos causales invocadas inicialmente para pedir la nulidad, simulación y lesión, se anulan recíprocamente. En efecto, no puede invocarse al mismo tiempo la simulación entre la partes, en perjuicio de terceros y la existencia de lesión en el mismo acto. Veamos por qué.

La simulación consiste en la divergencia entre la intención declarada y la voluntad real de las partes. Las mismas declaran un acto, transferencia por compraventa de inmueble, cuando en realidad, o no existe la citada transferencia, en cuyo caso la simulación es total, o en realidad existe la transferencia, pero no como venta, sino como donación, es decir, el acto existe pero la causa señalada no es cierta.

Pero en todo caso, la simulación, tiene la apariencia de un acto, que en realidad no es tal, es decir que no existe.

Sobre este tema el jurista nacional, Prof. Dr. Bonifacio Ríos Ávalos, en su obra, "Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos en el Código Civil Paraguayo", 2ª edición ampliada y actualizada, EDIPAR, pág. 262 y sgtes. señala: "La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad de las partes no tiene nada de realizada, de modo que se trata de apariencia, no existe nada verdadero; se dice que han querido las partes defraudar a los acreedores, sea ocultando el activo mediante la transmisión simulada de los bienes, sea aumentando el pasivo a fin de que los acreedores engañados no puedan ser satisfechos en sus créditos".

En cambio, en la lesión el acto es real y lo declarado entre las partes es auténtico en el sentido de que, si declaran la existencia de una compraventa, es esa la intención real de las partes y sólo que existe una desproporción entre las prestaciones y beneficios que recibe cada una de las partes, donde una se beneficia en exceso, obviamente en perjuicio de la otra.

En su obra "La teoría de la lesión en los actos jurídicos, Carlos Shauman Editor, año 1992, la Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga, en la pág. 34/35,

señala: “La definición más completa se atribuye a Ossipow. La lesión es el perjuicio económico experimentado por una de las partes, en el momento de la conclusión del contrato, consistente en la desproporción evidente entre las prestaciones intercambiadas, determinada por la explotación de su miseria ligereza o inexperiencia. Se mencionan en esta definición los tres elementos que deben coexistir para que se configure el instituto que estudiamos; desproporción evidente entre las prestaciones, estado de miseria, ligereza o inexperiencia de la víctima y explotación de esa situación. Además, al determinar que el momento en debe ser apreciado el perjuicio económico es el de la conclusión del contrato, esta diferenciando la figura del estado de imprevisión”, culmina señalado la autora nacional, el referirse al concepto de este instituto consagrado en el Art. 671 del CC.

Definida la comprensión entre lo que es simulación y la lesión, resulta evidente como algo que no puede al mismo tiempo ser y no ser; no es posible reclamar la nulidad invocando que el acto no existió pero al mismo tiempo señalar que sí existió pero con desproporción a favor de una ellas.

Por dicha razón, al anularse mutuamente las causales, no puede prosperar la acción por ambas causas, debiendo estudiarse si existe una de ellas ya que ambas no pueden coexistir.

En cuanto al enriquecimiento indebido, el mismo tiene otros presupuestos diferentes, tanto en la simulación como a la lesión, bastando la demostración del aumento patrimonial del demandado y el empobrecimiento correlativo del actor, sin que exista causa lícita para ello.

Sentadas las premisas para el estudio de las causales invocadas, pasaremos a analizar en primer término, si el acto atacado es nulo por simulación.

En este tren de cosas, el actor y el demandado coinciden en que la transferencia fue real, lo que el actor señala es que no fue real sino aparente, fue simulada por un lado el monto del pagaré, y el proceso de ejecución del mismo.

En cuanto al pagaré se tiene la confesión del actor de que sí existió un préstamo de parte del demandado hacia el actor pero por un monto menor; sin embargo, no manifiesta cuánto sería ese monto en el escrito inicial de la demanda y ninguno de los testigos propuestos pudo especificarlos que recién en el escrito de alegatos menciona la cifra de diez millones como importe real del préstamo, pero sin respaldo probatorio alguno.

El Art. 706 del CC, dispone que los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos deben hacerse por escrito y no pueden

ser probados por testigos; entonces, aun si tomáramos como cierta la afirmación del actor manifestada en el alegato, estaríamos en la imposibilidad de dar por acreditada la misma, dada la inexistencia de documento alguno al respecto, quedando entonces como única prueba escrita y autentica, el pagaré de cien millones, al no quedar otro camino que tomar por cierta la cifra expresada en el pagaré mencionado.

En cuanto a que el proceso ejecutivo llevado adelante por el demandado contra el actor en base al pagare de cien millones, cuyas compulsas fueron agregadas a fs. 282/317, caratulado HUGO CARELOS MONTIEL RIVEROS c/ RÓMULO ACOSTA COLMÁN s/ACCIÓN PREPARATORIA DE JUICIO EJECUTIVO, se observa que las diligencias procesales fueron cumplidas en sus formas establecidas, habiendo el hoy demandante recibido las notificaciones, y citaciones, ver fs. 292, 295 vuelta, 300, sin que haya opuesto excepciones contra el progreso de la acción.

Según el actor, esto se debió a que el mismo estaba de acuerdo con el demandado en hacer ese juicio, de modo a que con el embargo sobre su propiedad, por los cien millones le cubriese contra la posibilidad de que otros acreedores embargasen la propiedad y se hiciesen de la misma.

Sin embargo, el demandado ha negado dicho aserto, señalando que el juicio ejecutivo de ningún modo ha sido una simulación, y que el mismo se vio obligado a promoverlo dado lo infructuoso de sus reclamos para obtener la devolución del dinero prestado, ver fs. 113.

En este punto, es necesario señalar que tanto en los escritos de demanda y contestación, como en diversas declaraciones testificales se menciona la situación económica apremiante del actor en autos, Agustín Acosta, pero no obra en el pendiente prueba alguna que corrobore dicha afirmación; no hay reclamo de otros acreedores, aparte del demandado ni prueba de la existencia de los mismos, por lo que la existencia de ese estado de insolvencia o necesidad, tampoco ha sido acreditada, por lo que debe descartarse como motivo del libramiento del pagaré o de aceptación de un proceso de ejecución simulado.

Y aun si admitiéramos que el proceso, como dice el actor, fue efectuado en acuerdo con el demandado, la vía para remediarlo no sería la presente acción de nulidad contra la escritura sino el juicio posterior previsto en el Art. 471 del CPC.

De hecho, la demanda aunque confiesa que el juicio ejecutivo entre las partes fue simulado, no lo ataca en su validez, pues solo demanda la nulidad de

la escritura de transferencia que se hizo a raíz de la existencia del embargo y la posibilidad de remate del inmueble transferido, así como el escrito final solicitando el finiquito del juicio.

Aquí nos encontramos con dos vallas infranqueables para la procedencia de la simulación: primera, que nadie puede ir contra sus propios actos y sus consecuencias; si al actor concertó un acto para defraudar a los otros acreedores que dice tener, mal puede ahora pretender escaparse de los efectos que ese acto concertado le ha generado, y segunda, como señala la jueza, de declararse la nulidad de la escritura de transferencia y el escrito de finiquito donde consta el levantamiento del embargo, este subsistiría en desmedro de los supuestos otros acreedores, es decir el actor, seguiría escudándose en un acto que el mismo simuló, pero cuyas consecuencias no puede soportar.

Y si lo que se pretende es la nulidad de una escritura pública, sobre la base que la misma es una simulación lícita, para evitar el remate de la misma por parte del demandado, el actor debió presentar necesariamente un contradocumento declarando lo simulado del acto. De las disposiciones de los Art. 307 y 310 del CC, surge que cuando la declaración de simulación es promovida inter partes, es necesario el contradocumento, con la única excepción de si tratare de un acto ilícito, lo que no es el presente caso.

La doctrina nacional también se ha expedido en dicho sentido, en la ya citada obra del jurista Bonifacio Ríos Ávalos, “Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos en el Código Civil Paraguayo”, Editorial EDIPAR, 1995, pág. 266, “finalmente, entre las partes es una exigencia legal el contradocumento tratándose de simulación lícita, por la vigencia de dos principios que sostienen el orden jurídico, la estabilidad y la seguridad jurídica”.

Como no se ha presentado instrumento que enervaría la transferencia pactada entre las partes en la escritura pública atacada, la misma se mantiene incólume.

En conclusión, no se ha probado que el juicio haya sido una simulación; tampoco que la escritura de transferencia y el escrito de pedido de finiquito que puso fin al mencionado juicio lo haya sido, por lo que la demanda de nulidad por simulación, debe ser desestimada.

Establecida la inexistencia de la simulación, pasamos a analizar si existe lesión en los términos del Art. 671 del CPC.

De acuerdo a las conceptualizaciones que hemos transcrito más arriba, se tendría que probar la notable desproporción entre las prestaciones, el estado de

necesidad, urgencia o inexperiencia de uno de los contratantes aprovechado por el otro.

En cuanto a la desproporción de las prestaciones, se alude al precio pactado en la escritura como valor de la operación, 40.000.000 de guaraníes que el comprador declara que lo tiene cancelado con anterioridad al vendedor, es decir queda claro que en el acto de transferencia no se realizó entrega de dinero en presencia de la escribana. El demandado señala que dicha cifra sería el 10% del monto del inmueble según la tasación presentada en autos.

Las partes coinciden en señalar, que con la mencionada transferencia de la Finca 12.729 de Fernando de la Mora, se finiquitaba el juicio ejecutivo entre los mismos, inclusive, se hace mención que la única restricción de dominio que pesa sobre el inmueble es el embargo por cien millones de guaraníes, trabado en el juicio promovido por Héctor Montiel contra Agustín Acosta.

Así mismo, en el escrito de pedido de finiquito presentado en el juicio, cuyas compulsas se observan a fs. 312, se observa que el actor manifiesta haber llegado a un acuerdo con el demandado, y que este abonó el importe del capital, interese y costas reclamados en el juicio, por medio de la transferencia de la Finca 12.729 de Fernando de la Mora. Es correcta la percepción de la Jueza que en la transferencia debe tenerse como incluida la liquidación que a esas alturas en el juicio mencionado se había establecido en 128.650.000 Gs. Fs. 311 de autos.

Los testigos presentados por el actor, cuyas declaraciones obran a fs. 325, en base al interrogatorio de fs. 281, Marta Argaña, Julián Acosta Céspedes, interrogatorio a fs. 252 y acta de declaración 254/255 y Rosa Margarita Cáceres, interrogatorio de fs. 253 y el acta de declaración fs. 256/257, apuntan a probar fundamentalmente que el inmueble ya le fue transferido al demandado y que el actor le pedía que se lo devuelva y que el demandado, le condicionaba la devolución al pago de sumas de dinero, y que el actor buscaba de donde conseguir dicha cantidad, pero en ningún momento surge que en el momento de la transferencia se haya entregado dinero al actor, por ende, solo cabe asumir, dado que en la lesión no se discute la veracidad del contenido de la escritura, que como la misma dice, el dinero se entregó antes y en concordancia con el escrito presentado en el juicio, señalar que la transferencia fue a los efectos de finiquitar el juicio ejecutivo.

Y la necesidad demostrada por el actor, era la de recuperar el inmueble, no

que vendió el mismo por otra necesidad o causa, que no fuera la cancelación de la deuda reclamada en el juicio ejecutivo.

Dado que la transferencia tuvo un fin extintivo de una obligación reclamada judicialmente, no puede considerarse que existan los presupuestos de falta de equivalencia en las prestaciones, estado de necesidad y ligereza o falta de experiencia del vendedor para la existencia de la lesión.

Finalmente, no habiéndose demostrado ni la simulación ni la lesión, debe concluirse que estamos en presencia de un acto real, donde las prestaciones han guardado correspondencia, y existiendo una causa lícita para la transferencia, no puede tampoco argüirse la existencia de un enriquecimiento indebido, ya que el presupuesto básico para esta acción, es la inexistencia de una causa en el aumento patrimonial del demandado y el empobrecimiento del actor, lo que no se da, desde que la transferencia tuvo por fin la cancelación de una deuda reclamada judicialmente.

En síntesis la sentencia en recurso debe ser confirmada, en todas sus partes, con costas a la parte apelante y perdedora. Así voto.

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, la S.D. N° 731 de fecha 9 de octubre de 2012.

COSTAS, imponerlas a la perdedora.

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

Magistrados: Gerardo Baez Maiola, María Sol Zucolillo de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordón

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 94

Cuestión debatida: *La acción planteada va enderezada, según petición, a que se declare la existencia del derecho que posee el demandante sobre el un inmueble, amparado en el Art. 99 del CPC para promover su demanda, planteando una acción puramente declarativa, de la certeza de la existencia de una derecho suyo sobre un bien, que la sentencia del A-quo, desestimó con costas la acción y ordenó el levantamiento de la medida cautelar de anotación de litis, que recurre en apelación y nulidad, sosteniendo el agraviado que la resolución no solamente, es ilegítima, sino también sospechosa, sin embargo, en Alzada, analizada la cuestión, se confirma la resolución recurrida, con un voto en disidencia.*

NULIDAD. Principios generales.

El recurso de nulidad que no ha sido sostenido en alzada y que tampoco se advierta la existencia de vicios en el procedimiento que ameriten una declaración oficiosa de nulidad, corresponde declarar desierto.

ACCIÓN. Acción puramente declarativa. Acción pertinente.

No resulta viable debatir la cuestión por la vía escogida “Acción puramente declarativa”, al existir un desconocimiento del derecho reclamado por la parte actora quien reclama el cumplimiento de un contrato privado suscrito entre las partes y cuyos términos desconoce la parte demandada, debiendo plantearse el reclamo a través de la acción pertinente para ello, que no es la acción puramente declarativa, por tanto, la sentencia dictada se encuentra pues ajustada a derecho por lo que corresponde su confirmación.

FIRMA. Reconocimiento de firma.

Negar de manera genérica los hechos articulados y no negar de manera concreta la firma que se le atribuye en el documento privado, en el cual se reconoce el derecho del actor, al 50 % de la propiedad del inmueble objeto de la litis, de esta manera, se está incumpliendo la carga del Art. 404 primer párrafo del Código Civil que expresa: “Toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado, cuya firma se le atribuye, deberá declarar si la firma es o no suya.” (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón)

ACCIÓN. Acción puramente declarativa.

La declaración judicial que se pretende puede ser positiva, cuando se persigue el reconocimiento de la existencia de una relación jurídica, o negativa, cuando se pretende que se declare que determinada relación jurídica no existe,

pero como la finalidad de la acción que legisla el Art. 99 del CPC, tiende a la obtención de una sentencia meramente declarativa, aunque la norma no lo diga, se excluye la posibilidad que por esta vía pueda procurarse una decisión judicial de carácter constituido, condenatorio o de cumplimiento compulsivo. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

ACCIÓN. Acción puramente declarativa.

El presupuesto de interés que fundamente la acción puramente declarativa, lo constituye el estado de incertidumbre en que se halle el actor con respecto a una situación o relación jurídica, que puede ser removido por medio de la declaración de certeza. Pero ese interés no supone la violación del derecho. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

ACCIÓN. Acción puramente declarativa.

El punto central del caso, lo que el actor pretende en realidad con la acción puramente declarativa, no es el otorgamiento de una transferencia a su favor de la parte que le corresponde del inmueble objeto de la litis, sino solo se declare su derecho a que se adjudique el 50% de dicho, como heredero de su madre, esto debido a que el mismo pesa la incertidumbre de que producido el fallecimiento de su madre, su hermano, a cuyo nombre se encuentra la propiedad, desconozcan este derecho. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón)

ACCIÓN. Acción puramente declarativa.

La pretensión del actor, donde existe una relación jurídica, sujeta a condición, transferencia de parte de derecho de propiedad sobre un inmueble a la muerte de la madre de las partes; que pesa en el ánimo del actor, una incertidumbre, que a la muerte de su madre, su hermano cumpla con el compromiso asumido; que el actor entonces no tiene certeza que llegado el tiempo, y cumplida la condición, el demandado, cumpla la obligación asumida; y, además, teme que en cualquier momento el demandado transfiera el bien a un tercero, con lo cual el bien saldría definitivamente de la órbita del patrimonio familiar, por lo que requiere, se declare judicialmente, la existencia del derecho pactado en el contradocumento, que le reconoce y atribuye el 50% de propiedad sobre el inmueble individualizado en dicho instrumento, éstas condiciones de la pretensión, es exactamente la prevista en el Art. 99 del CPC. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

ACCIÓN. Acción puramente declarativa.

La acción puramente declarativa debe prosperar, pues que la sentencia solo se limitará declarar la existencia del derecho del actor sobre el 50% del

inmueble inscrito a nombre del hermano, adquirido por los mismos, mediante la escritura Pública, por corresponderle en herencia, sin que se obligue al demandado a la transferencia del bien, sino haga que cumpla la condición pactada en el instrumento presentado, por lo que corresponde revocar la sentencia en estudio, y hacer lugar a la demanda, con el alcance explicitado. Con costas a la perdedora. (Voto en disidencia del Dr. Paredes Bordón).

T. APEL. C. y C. Segunda Sala. 24/10/13. “José Antonio Arias Mañotti s/ Acción puramente declarativa”. (Ac. y Sent. N° 94).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes.

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA.

ALA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: El recurso de nulidad no ha sido sostenido en alzada y dado que tampoco el Tribunal advierte la existencia de vicios en el procedimiento que ameriten una declaración oficiosa de nulidad, corresponde declarar desierto este recurso.

ASU TURNOS LOS DRES. PAREDES BORDÓN y BÁEZ MAIOLA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIÓ DICIENDO: La sentencia recurrida desestimó con costas, la presente acción puramente declarativa promovida por José Antonio Arias Mañotti y Grace Gibson Gorman de Arias y ordenó el levantamiento de la medida cautelar de anotación de litis dispuesta sobre la Finca N° 608 del Distrito de La Recoleta.

La parte actora se agravia de la decisión en los términos del escrito que obra a fs. 53 en el que señala que si bien “el a quo entendió con meridiana claridad lo petitionado por la parte actora, sin embargo resuelve contrario a derecho, rechazar la demanda por improcedente, lo que hace a la sentencia no solo ilegítima sino también llamativamente sospechosa”.

Señala asimismo que los demandados no desconocieron haber firmado el documento base de la acción, no desconocieron que el inmueble fue adquirido

con dinero y para la madre de los litigantes, no desconocieron que es un bien hereditario y por tanto su compromiso de transferir el 50% a la parte actora, al fallecimiento de sus madres.

Sin embargo de la lectura del escrito de contestación de la demanda, obrante a fs. 32, los demandados hicieron negación general de los hechos, salvo los que sean reconocidos en forma expresa sosteniendo que: *“La parte demandada pretende a través de esta acción, reconocer derechos de titularidad o dominio sobre parte de un inmueble individualizado como Matrícula 135, con Cta. Cte., Ctral. N° 14-656-03 del Distrito de La Recoleta y establecer porcentajes y cuantías cuya discusión deben dilucidarse en juicios de otra naturaleza jurídica. Relata una serie de hechos que más que nada requiere ser probados para ser considerados como hechos ciertos, teniendo en cuenta, que los mismos son negados por nuestros representados”* (sic)

Se advierte entonces que los demandados sí han hecho expresa negación de cuanto se afirma en la demanda. Y precisamente por ello no resulta viable debatir la cuestión por la vía escogida al existir un desconocimiento del derecho reclamado por la parte actora quien reclama el cumplimiento de un contrato privado suscrito entre las partes y cuyos términos desconoce la parte demandada, debiendo plantearse el reclamo a través de la acción pertinente para ello, que no es la acción puramente declarativa.

La sentencia dictada se encuentra pues ajustada a derecho por lo que corresponde su confirmación.

A SU TURNO EL DR. PAREDES BORDÓN DIJO: Por la Sentencia en recurso, S.D. N° 1.056 de fecha 11 de diciembre de 2012, el A-quo, resolvió: “I. RECHAZAR por improcedente LA PRESENTE ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA PROMOVIDA POR EL Sr. JOSÉ ANTONIO ARIAS MAÑOTI contra los Sres. ADOLFO AUGUSTO ARIAS MAÑOTI Y GRACE NORMAN DE ARIAS conforme a los fundamentos expuestos en el exordio. II. ORDENAR el levantamiento de la anotación preventiva de litis decretada sobre la Finca N° 608 del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 14-121-08, hoy Matrícula N° 106, del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral N° 14-656-03 y a dicho efecto librese el correspondiente Oficio a la Dirección General de los Registros Públicos. IMPONER las costas a la parte actora”.

Contra esta decisión expone sus agravios, el representante de la parte actora, a fs. 50/56, que no lo esencial, se refieren a que el A-quo, ha confundido

la pretensión del actor, con el procedimiento utilizado, señalando que la pretensión requiere de otro tipo de proceso diferente a la acción puramente declarativa, sin aclarar tampoco a que proceso se refería, por lo que solicita la revocación de la sentencia.

Los agravios no fueron contestados en tiempo por la abogada de la adversa, razón por la cual el Tribunal por medio del A.I. N° 346 de fecha 13 de junio de 2013, resolvió dar por decaído el derecho dejado de usar por la misma.

En autos, el Sr. José Antonio Arias, promueve demanda puramente declarativa, contra su hermano Adolfo Arias Mañotti, y la señora de éste Grace Gibson Gorman de Arias. Prebende, según los términos de la demanda, se declaró la existencia de derechos del mismo, o sea del actor, sobre el inmueble individualizado Finca N° 608 del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctra. N° 14-121-08, hoy Matricula N° 106, del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 14-656-03, inscripto a nombre de los demandados, pero que fuera adquirida con dinero y para la madre de los señores José y Adolfo Arias Mañotti, en el año 1963, por escritura Pública N° 304 de fecha 9 de noviembre de 1963, pasada ante el Escribano Cesar Montiel. Sostiene el actor, que en dicha ocasión por medio documento privado que acompaña, y suscrito por los demandados, se ha reconocidos que dicho inmueble era adquirido para y con dinero de la Sra. Idalina Mañotti, y que al fallecimiento de la misma, debía transferirse el 50% del citado inmueble como bien hereditario, al Sr. José Arias. A fs. 14 acompaña copia del mencionado contradocumento.

Sostiene el actor, que en los últimos tiempos su hermano ha manifestado su intención de desconocer el compromiso asumido, por lo que recurre ante el órgano jurisdiccional a fin de se reconozca y cautele sus derechos sobre la mencionada finca, a fin de evitar que la misma sea enajenada, en una maniobra dolosa que sustraiga del acervo hereditario el bien mencionado.

Al contestar la demanda, los demandados, fs. 32 de autos, han formulado una negativa general de los hechos afirmados en la demanda, y señalado que la presente acción no debe prosperar porque de las cuestiones planteadas deben ser objeto de otro tipo de juicio, donde se discuta la titularidad o dominio sobre parte del inmueble objeto de la litis, y que de los elementos presentados no surge la existencia de la falta de certeza que impida al actor obrar libremente.

Así trabada la litis, el juez A.-quo, como se tiene dicho, rechazó la demanda. Ahora bien, es importante señalar, que si bien los demandados, han negado

de manera genérica los hechos articulados por la actora en su escrito inicial, no han negado de manera concreta que la firma que se les atribuye en el documento privado de fs. 14, en el cual reconocen el derecho del actor, al 50 % de la propiedad del inmueble objeto de la litis, incumpliendo así la carga del Art. 404 primer párrafo del Código Civil que expresa: *“Toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado, cuya firma se le atribuye, deberá declarar si la firma es o no suya.”*

Concordantemente el Art. 235 del CPC, señala las obligaciones del demandado, al contestar la demanda, expresando que: Art. 235: “CONTENIDO Y REQUISITOS: En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que, según este Código, no tuvieren carácter previo, sin perjuicio de la facultad consagrada en el artículo 223. Deberá además; a) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren, y la recepción de las cartas, telegramas e instrumentos a él dirigidos, cuyas copias se hubieren acompañado. Su silencio, sus respuestas abusivas, o la negativa meramente general, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren. En cuanto a los documentos, se los tendrá por reconocidos o recibidos según el caso...”

Se advierte entonces que, no habiendo formulado la negativa concreta de cada hecho articulado en la demanda, sino solo una negativa genérica, pesa contra los demandados la presunción de veracidad, tanto de los hechos articulados, como de las firmas de los mismos en el instrumento de fs. 14 presentado por el actor, de cuyo contenido se tiene que los demandados, declaran que el inmueble individualizado como Finca N° 608 del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 14-121-08, adquirido por los mismos mediante la escritura Pública N° 304 de fecha 9 de noviembre de 1963, pasada ante el Escribano Cesar Montiel, es propiedad de la Sra. Idalina Mañotti, y que al fallecimiento de la misma, el 50% del citado inmueble debe ser transferido al actor, José Arias, como bien hereditario.

La acción del actor va enderezada, según su petición, a que se declare la existencia del derecho que el mismo posee sobre el inmueble precedentemente individualizado, en base al ya mencionado documento privado de fs. 14 de autos.

El demandante se ampara en el Art. 99 del CPC para promover su demanda. Dice el Artículo de referencia: “Acción puramente declarativa: El interés del

que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento”.

Tal como reza en el encabezamiento de su escrito inicial, lo que el actor plantea es una acción declaratoria de la certeza de la existencia de un derecho suyo sobre un bien inmueble.

La acción de declaración de certeza, puede ser positiva, o negativa.

Para comprender estas dos acciones, declaración positiva o negativa de certeza, la doctrina explica que debe tenerse presente la existencia dentro del derecho privado de la distinción entre negocio jurídico inexistente y el anulable, por lo que el medio para obtener en juicio el reconocimiento de la invalidez del negocio viciado tiene también naturaleza diversa, según que dicho vicio importe la inexistencia o la anulabilidad del negocio jurídico.

La acción de declaración negativa de certeza es la adecuada para obtener del juez la declaración de que el negocio no existe ni ha existido nunca jurídicamente, en tanto que para obtener la invalidación de un negocio jurídico, válido hasta ese momento, se ejercita el derecho de anulación, por medio de una acción constitutiva, y no meramente declarativa.

En el primer caso, el interesado hará valer en juicio un mero derecho de acción, consistente en provocar la declaración jurisdiccional de certeza de lo que ya existe; en tanto que en el segundo ejercicio un derecho subjetivo de anulación, por medio de una acción constitutiva, y no meramente declarativa.

En el primer caso, el interesado hará valer en juicio un mero derecho de acción, consistente en provocar la declaración jurisdiccional de certeza de lo que ya existe; en tanto que en el segundo ejercicio un derecho subjetivo de anulación, que es diverso a la acción, pero que solo puede hacer valer por medio de la acción de impugnación, esto es provocar la actuación jurisdiccional del derecho de anulación del negocio.

Conviene aclarar que el concepto de la acción influye sobre todo propósito de clasificación del término. Si se admite que acción es tan solo el derecho en ejercicio, la clasificación será un equivalente de las pretensiones jurídicas insistas en los derechos respectivos.

Si la acción, en cambio es admitida como un derecho autónomo, la clasificación responde a un criterio procesal que se afina en el carácter del pronunciamiento judicial que se persigue.

En esta segunda concepción del término, encontramos distintos tipos de acciones, la constitutiva, la condenatoria y la declarativa.

Mediante la acción constitutiva se solicita de la jurisdicción la creación, modificación o extinción de un derecho o situación jurídica. Como característica de este tipo de acción, debe señalarse que el cambio de la situación jurídica perseguida se produce debido a una decisión judicial, cuyos efectos rigen normalmente desde el momento en que se dicta o se hace conocer, (*ex nunc*), pudiendo en casos excepcionales, tener efectos retroactivos (*ex tunc*)

Con la acción de condena, no solo se persigue la declaración del derecho, sino también la imposición al sujeto pasivo de una determinada situación jurídica, creando, modificando, o extinguiendo derechos. Es decir, no solo se declara el derecho, también busca su ejecución.

Estas acciones, se distinguen precisamente de las otras, constitutivas y declarativas, por el hecho que no agotan su finalidad con el simple conocimiento de la voluntad de la ley, ni con la sola creación, modificación o extinción de una situación jurídica, sino que en su formulación la sentencia contiene una obligación que trae aparejada una ejecución hasta forzosa si es necesario, en caso de incumplimiento voluntario.

Y por último las acciones declarativas, mediante las cuales solo se procura obtener la constatación o comprobación, por medio de la sentencia de existencia o inexistencia de un derecho o certeza sobre la validez o invalidez de un instrumento.

Correlativamente a la acción, se produce también una clasificación de las sentencias que se dicten al finalizar el proceso, reconociéndose entonces la existencia de sentencias declarativas, condenatorias y constitutivas.

En un sentido lato, todas las sentencias contienen una declaración del derecho de las partes, la diferencia radica en que la primera de las citadas, declarativas, solo contienen esa declaración pura de la existencia o inexistencia de derecho, la falsedad de un documento, o la concretización de un derecho, como la usucapión, por ejemplo.

Las sentencias constitutivas son aquellas que luego de formular la declaración de la existencia de un derecho, en base al mismo crean. Modifican o extinguen un estado jurídico entre las partes, y por último las condenatorias, no solo declaran el derecho, crean modifican o extinguen estados jurídicos, sino que además obligan a las partes a ejecutar lo resuelto.

La doctrina considera en general, que la acción declarativa, reconoce su antecedente en la institución romana de *formulaepraejudicialis* o *prejudicial*, concedida por el pretor de acuerdo a la *intentio*, y sin condena, para producir una certeza jurídica, que es precisamente lo que distingue la acción declarativa, de las demás.

Fenochietto-Arazi, en su obra “Código Procesal Civil de la Nación. Comentado”. Tomo II, Pág. 103 al 116, al comentar el Art. 322 del CPN, (parecido aunque no idéntico al Art. 99 de nuestro CPC), conceptualiza la acción, y su correlativa sentencia meramente declarativa, expresando que: *“El actor que pide una sentencia de declaración de certeza, enseña Chiovenda, no quiere conseguir actualmente un bien de la vida que esté garantizado por la voluntad de la ley, ya sea que aquel bien consista en una prestación del obligado, ya consista en la modificación del estado jurídico actual: quiere solamente saber que su derecho existe, o quiere excluir que exista el derecho del adversario, pide al proceso la certeza jurídica y no otra cosa. Es ésta, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil: éste se nos presenta aquí, ya no en la figura violenta y dura de un organismo de coacción, en el aspecto más afinado de puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley sólo en forma general y abstracta; de facilitación de la vida social mediante la eliminación de las dudas que obstaculizan el normal ejercicio de las relaciones jurídicas. Asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos en vez de afectarles con el peso de graves responsabilidades, ¡he aquí un cometido bien digno del proceso de un pueblo civilizado!. La magistral caracterización que hace el gran maestro italiano pone de relieve el carácter eminentemente preventivo de la sentencia de mera declaración, es decir; sin la preexistencia de un estado de lesión, precedida únicamente por una situación de incertidumbre, o sea, de falta de certeza capaz de causar un perjuicio. Justificada, únicamente, por un interés en una declaración judicial de certeza tendiente a evitar un daño. El carácter preventivo de la institución ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional. En verdad se puede decir que todas las sentencias presuponen la declaratividad del derecho, pero mientras las meramente declarativas se agotan en la declaración y preceden a la lesión, las restantes suponen la existencia de ésta y se complementan con otros atributos, como la condena, que tiende a la ejecución efectiva de una prestación o las constitutivas, que suponen modificación del estado jurídico existente”.*

La declaración judicial que se pretende puede ser positiva, cuando se persigue el reconocimiento de la existencia de una relación jurídica, o negativa, cuando se pretende que se declare que determinada relación jurídica no existe. Como la finalidad de la acción que legisla el Art. 99 del CPC, tiende a la obtención de una sentencia meramente declarativa, aunque la norma no lo diga, se excluye la posibilidad que por esta vía pueda procurarse una decisión judicial de carácter constituido, condenatorio o de cumplimiento compulsivo.

El presupuesto de interés que fundamente la acción puramente declarativa, lo constituye el estado de incertidumbre en que se halle el actor con respecto a una situación o relación jurídica, que puede ser removido por medio de la declaración de certeza. Pero ese interés no supone la violación del derecho.

Los autores citados precedentemente, Fenochietto-Arazi, en su obra “Código Procesal Civil de la Nación. Comentado”, Tomo II, Págs. 103 al 116, con relación a la naturaleza de la acción puramente declarativa, señalan el carácter residual de la misma, basado en la opinión de la mayoría de la doctrina, Alsina, “Derecho Procesal”, Tomo I, Pág. 355, así como en legislaciones extranjeras. El Art. 322 del CPN de la República Argentina lo establece expresamente.

Esto significa, que si el actor se halla en posibilidad de promover la correspondiente acción constituida o condenatoria, deberá interponer una de estas, y no la declarativa.

Y esto nos lleva, a lo que considero el punto central el presente caso. A mi entender lo que el actor pretende en realidad, no es el otorgamiento de una transferencia a su favor de la parte que le corresponde del inmueble objeto de la litis, sino solo se declare su derecho a que se adjudique el 50% de dicho, como heredero de su madre.

Esto debido a que el mismo pesa la incertidumbre de que producido el fallecimiento de su madre, su hermano, a cuyo nombre se encuentra la propiedad, desconozcan este derecho, ello debido, como lo afirma en su escrito de demanda, a manifestaciones formuladas por los demandados en el sentido de desconocer lo pactado originalmente.

El A-quo ha rechazado la demanda señalando que la “pretensión requiere más bien una sentencia condenatoria que pudiera declarar vigente el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación acordada contractualmente”. Pero, nos preguntamos cual sería esa acción, no pude ninguna de las derivadas del derecho sucesorio, colación, petición de herencia u otra, puesto que el inmueble

no integrará la masa sucesoria, y tampoco fue transferido por la madre, futura causante, al hijo, a cuyo nombre figura el bien, el demandado.

En estas condiciones la pretensión del actor, es exactamente la prevista en el Art. 99 del CPC, a saber:

a) existe una relación jurídica, sujeta a condición, transferencia de parte de derecho de propiedad sobre un inmueble a la muerte de la madre de las partes;

b) pesa en el ánimo del actor, una incertidumbre, que a la muerte de su madre, su hermano cumpla con el compromiso asumido;

c) El actor entonces no tiene certeza que llegado el tiempo, y cumplida la condición, el demandado, cumpla la obligación asumida; y,

d) Además, teme que en cualquier momento el demandado transfiera el bien a un tercero, con lo cual el bien saldría definitivamente de la órbita del patrimonio familiar;

e) Por ello requiere, se declare judicialmente, la existencia del derecho pactado en el contradocumento de fs. 14, que le reconoce y atribuye el 50% de propiedad sobre el inmueble individualizado en dicho instrumento.

De esta forma, considero que la acción propuesta debe prosperar, pues que la sentencia solo se limitara declarar la existencia del derecho del actor sobre el 50% del inmueble inscrito a nombre de su hermano, Finca N° 608 del Distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral N° 14-656-03 adquirido por los mismos mediante la Escritura Pública N° 304 de fecha 9 de noviembre de 1963, pasada ante el escribano Cesar Montiel, por corresponderle en herencia, sin que se obligue al demandado a la transferencia del bien, sino haga que cumpla la condición pactada en el instrumento presentado a fs. 14 de autos.

Por lo expuesto, voto por revocar la sentencia en estudio, y hacer lugar a la demanda, con el alcance explicitado. Con costas a la perdidosa. Es mi voto.

A SU TURNO EL DR. BÁEZ MAIOLA manifiesta que adhiere al voto de la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo y sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 1056 del 11 de diciembre de 2012.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma, Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: María Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes
Bordón y Gerardo Báez Maiola.
Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 99

Cuestión debatida: *Los recursos de apelación y nulidad interpuestos en contra de la sentencia que resolvió no hacer lugar a la acción autónoma de nulidad, con costas a la perdedora, alegando la recurrente que no se aplicó correctamente el derecho, manifestando que en la ejecución hipotecaria, debió ser incluida por ser copropietaria del inmueble hipotecado, donde la misma había prestado su consentimiento para la constitución, de la que no tuvo conocimiento porque se encontraba separada de hecho del marido, cuya nulidad se pretende a través de ésta demanda, pretensión fundada en el art. 409 del CPC. El demandado, cónyuge de la recurrente, se allanó al recurso, sin embargo, el codemandado, actor en la ejecución hipotecaria, alega que no tenía la obligación de incluir en la demanda a la esposa, y analizada la cuestión, en Alzada se desestima la nulidad y confirma el auto apelado, imponiendo las costas a la perdedora, en ambas instancia.*

NULIDAD. Presunciones. Desestimación del recurso de nulidad.

La nulidad de la sentencia en recurso sostenida, aduciendo violación de los incisos b, c, y d de Art. 15 del CPC., sin embargo, la utilización de las presunciones no es un medio probatorio que sea reprobado por la ley y aunque no esté expresamente admitido como tal en el Código Procesal Civil, numerosas disposiciones en el código de fondo, establecen la validez de las presunciones para llegar a conclusiones jurídicamente válidas, en consecuencia el recuso debe ser desestimado.

NULIDAD. Valoración de pruebas. Desestimación del recurso de nulidad.

Alegar estar separada de hecho, y no aportar pruebas al respecto, la presunción que el matrimonio sigue cumpliendo el deber de cohabitación, es perfectamente válida que sea considerada así por el Juez, y la valoración o no valora-

ción de una prueba, su determinación de esencial o no para la solución de la controversia, es materia de apelación, no de nulidad, y no existe violación del principio de congruencia, dado que el magistrado ha resuelto la cuestión sometida a su consideración, sin omitir ningún aspecto, en consecuencia el recuso debe ser desestimado.

NULIDAD. Incongruencias. Desestimación del recurso de nulidad.

El recurso es sostenido con el art. 15 inc. b), afirmando falta de congruencia en el razonamiento del A-quo, sin embargo, en el sub examine, no resulta incongruente la apreciación del mismo, independientemente de que esta Alzada pueda o no compartir dicho criterio valorativo, además, no hay justificativo alguno para la procedencia de la nulidad por el argumento del memorial y también porque no se observa vicio que por su gravedad tenga que obligar a la declaración de oficio de la nulidad.

RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de recurso de nulidad.

La apelación es un recurso por antonomasia a fin de que sea examinada la decisión judicial por la alzada o Ad-quem, es por eso entonces que, por disposición expresa de la ley, el recurso de nulidad solamente se aplica cuando la cuestión no puede ser estudiada y decidida por vía de apelación.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción.

Del artículo 409 del CPC se puede inferir los presupuestos para la procedencia de la acción autónoma de nulidad y la relación de cada uno con lo planteado en autos, debiendo ser promovida por un tercero, quien no fue parte ni intervino de manera alguna en el proceso cuya nulidad se petitiona, esta calidad de tercero, no puede incluir al cónyuge, no separado de bienes ni divorciado, puesto que, económicamente constituyen una sola entidad, menos aun cuando que la obligación que se reclama, surge de un acto autorizado por el cónyuge.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Indefensión. Desconocimiento.

Para que proceda la acción autónoma de nulidad, debe existir indefensión, que el tercero, no haya podido intervenir en el proceso, en especial debido al desconocimiento de la existencia del mismo, sin embargo, no puede argüirse, la actora, que no tenía conocimiento del juicio, cuando en los autos principales obra un poder general otorgado por ella y su cónyuge, a un mismo abogado, que intervino en dicho pleito.

MANDATO. Obligación del mandatario.

El mandato conferido, a través de un poder general, crea la obligación para el mandatario de rendir cuentas de su actuación, y poner en conocimiento de su mandante de cualquier circunstancia que dentro del ámbito del mandato, tenga conocimiento y pueda afectar a su poderdante. Si el abogado designado por la actora, no le informo sobre la existencia de un juicio, es una cuestión a dirimir entre ambos, y no puede ser un fundamento para considerar tercero a la actora.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción. Principios generales.

La acción autónoma de nulidad, es una acción residual, es decir, para que proceda, es necesario que las defensas oponibles en el proceso que se pretende anular, como la falsedad o la inhabilidad de título, ya no sean suficientes para enervar la ejecución, o ya no puedan interponerse las mismas, aunque sea subsidiariamente dentro de un incidente nulidad, ni tampoco puede intentarse cuando exista la posibilidad de promover otra acción, como la ordinaria posterior al ejecutivo, o interponer defensas consagradas a favor del tercer poseedor del bien hipotecado, acciones todas, que aún se encuentran al alcance de la actora.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción. Principios generales. Extemporaneidad.

El juicio sobre ejecución hipotecario, cuya nulidad se pretende, tiene que estar concluido, o como señala el artículo 409 del CPC, contar con sentencia firme y ejecutoriada, de modo que no puede interponerse la acción autónoma, mientras el juicio principal no haya concluido, y como señala el A-quo, de acuerdo a las actuaciones que corren por cuerda, el juicio principal no ha concluido, por ende la acción fue planteada extemporáneamente, debiendo en consecuencia confirmarse la resolución recurrida.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción. Principios generales.

Al no encontrarse reunidos los presupuestos que el Art. 409 del CPC, exigen para la procedencia de la acción autónoma de nulidad, por consiguiente la decisión del A-quo de rechazar la presente demanda, se halla ajustada a derecho y debe ser confirmada, con costas, en ambas instancias a la perdedora.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. Procedencia de la acción. Principios generales.

Básicamente la revocación de la decisión de la instancia está dada por el hecho de que la accionante estaba separada de hecho de su esposo y por tal circunstancia no pudo tener conocimiento de la ejecución, sin embargo, no pudo generarse la acción autónoma de nulidad, pues la causa no está terminada, en referencia al juicio de ejecución hipotecaria y por tanto, resulta obvio que la recurrente no ha tenido en cuenta la totalidad de lo que establece el art. 409 CPC, reservado la excepción de falsedad en la ejecutoria ante de que el proceso, esté terminado y cuyas consecuencias pretenda el tercero con interés, revertir por indefensión, argumento, la que ajusta a derecho, la juricidad de la sentencia recurrida. (Voto del Dr. Báez Maiola).

CONTRATO. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Cambio de domicilio.

De acuerdo a lo expuesto, en la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, han constituido domicilio legal conjunto y si bien la decisión personal de separarse para ir a vivir en otro lugar es un derecho, no así respecto a la actora, a la que obligatoriamente debió comunicar tal decisión si es que posteriormente, como el caso pretende hacer valer, por demás, como codeudora, ya que prestó consentimiento el cambio voluntario de domicilio no le eximió de la obligación asumida de responder por la deuda contraída, debiendo en consecuencia confirmar el fallo apelado. (Voto del Dr. Báez Maiola).

T. APEL. C. y C. Segunda Sala. 07/11/13. “MARCIA ANDRADE TOLEDO DE DUARTE s/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD” (Ac. y Sent. N° 99).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: La recurrente sostiene la nulidad de la sentencia en

recurso, aduciendo violación de los incisos b, c, y d de Art. 15 del CPC. Alega que el A-quo, ha violado dichas disposiciones al haber fundado su sentencia en presunciones, tales como que la actora debe haber tenido conocimiento del juicio dado que no se ha presentado instrumento que acredite el divorcio o la separación alegada y que tampoco tuvo en cuenta pruebas esenciales llevadas a cabo tales como la confesoria ficta, mediante las cuales la parte demandada ha reconocido los extremos en que se funda la presente demanda.

Ocurre que la utilización de las presunciones no es un medio probatorio que sea reprobado por la ley y aunque no esté expresamente admitido como tal en el Código Procesal Civil, numerosas disposiciones en el código de fondo, establecen la validez de las presunciones para llegar a conclusiones jurídicamente válidas.

En el caso, la actora alegó estar separada de hecho de su marido, pero no aportó prueba al respecto, por lo que la presunción que el matrimonio sigue cumpliendo el deber de cohabitación, es perfectamente válida que sea considerada por el juez.

La valoración o no valoración de una prueba, su determinación de esencial o no para la solución de la controversia, es materia de apelación, no de nulidad, y no existe violación del principio de congruencia, dado que el magistrado ha resuelto la cuestión sometida a su consideración, sin omitir ningún aspecto.

El recurso de nulidad, en consecuencia debe ser desestimado.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA: votó en el mismo sentido.

A SU TURNO EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: El recurso es sostenido con el art. 15 inc. b), afirmando falta de congruencia en el razonamiento del A-quo cuando consideró que "...mi mandante estaba en conocimiento de la promoción de la demanda que por ejecución hipotecaria ha promovido la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios en contra de su esposo, el señor Eliseo Duarte Flores por las circunstancias de que ambos habían otorgado poder a dos profesionales del derecho..."(sic). La apelación es recurso por antonomasia a fin de que sea examinada la decisión judicial por la alzada o *ad-quem*. Es por eso entonces que, por disposición expresa de la ley, el recurso de nulidad solamente se aplica cuando la cuestión no puede ser estudiada y decidida por vía de apelación.

En el *sub examine*, no resulta incongruente la apreciación del A-quo, independientemente de que esta Alzada pueda o no compartir dicho criterio valora-

tivo. Además, como se expondrá más adelante, no hay justificativo alguno para la procedencia de la nulidad por el argumento del memorial y también porque no se observa vicio que por su gravedad tenga que obligar a la declaración de oficio de la nulidad. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: por la sentencia enalzada, S.D. N° 788 de fecha 4 de setiembre de 2012, el A-quo RESOLVIÓ: *“NO HACER LUGAR a la presente demanda promovida por la señora MARCIA ANDRADE TOLEDO DE DUARTE contra la CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS y el SEÑOR ELISEO DUARTE FLORES. IMPONER LAS costas a la perdidosa”*.

Contra esta decisión se alza la representante de la parte actora, que expresa agravios a fs. 113/115, los cuales se fundan en que para el dictado de la sentencia el A-quo no ha aplicado correctamente el derecho y por ello debe ser revocada, según señala. Los agravios son respondidos por el representante de la demandada a fs. 116, solicitando la confirmación de la sentencia.

A su turno, el otro demandado, y cónyuge de la actora, Eliseo Duarte, se allana al recurso de la actora.

En autos, la actora, por medio de la acción autónoma de nulidad, pretende la nulidad del juicio de ejecución hipotecaria caratulado: CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS C/ ELISEO DUARTE S/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA, alega que siendo cónyuge y copropietaria por ello, del inmueble hipotecado, debió habersele incluido también a ella en la demanda. Reconoce haber concurrido y dado su consentimiento para la constitución de la hipoteca que se ejecutó en el mencionado juicio. Expresa que la misma se encuentra separada de hecho de su marido, por lo cual no se enteró de la existencia del juicio de ejecución, por lo que pide la nulidad de las actuaciones de dicho juicio. Funda su pretensión en la disposición del Art. 409 del CPC, que establece y regula la acción autónoma de nulidad.

Al contestar la demanda, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios alegó que siendo el deudor solamente el Sr. Eliseo Duarte, no tenía obligación de incluir en la demanda a su esposa, es decir, la actora en estos autos.

Como era previsible, el cónyuge, otro demandado, se allana a la demanda. Así trabada la litis, para resolver la cuestión traída a estudio del Tribunal,

veamos las condiciones requisitos para la procedencia de la acción planteada, acción autónoma de nulidad.

El Art. 409 del CPC, en el texto resultante de la Ley 4.419/11, expresa: *“Acción autónoma de nulidad: Las resoluciones judiciales no hacen cosa juzgada respecto de los terceros a quienes perjudiquen. En caso de indefensión, ellos dispondrán de la acción autónoma de nulidad, cuando la excepción de falsedad de la ejecutoria o la de inhabilidad de título fuere insuficiente para reparar los agravios que aquellas resoluciones pudiesen haberles ocasionado. La acción deberá presentarse ante el Juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial de turno, toda vez que la sentencia de la causa principal, se encuentre firme ejecutoriada. En caso que el juez de turno sea el mismo juez que entendió la causa principal, éste deberá inhibirse y pasar las actuaciones, sin más trámite, al juez que le sigue en orden de turno. Igualmente deberán inhibirse los miembros del Tribunal de Apelación que hubieran entendido en el proceso que fuera objeto de la acción.”*

De la lectura del artículo transcrito, se puede inferir los presupuestos para la procedencia de la acción autónoma de nulidad y la relación de cada uno con lo planteado en autos.

En primer término, debe ser promovida por un tercero, es decir por quien no fue parte ni intervino de manera alguna en el proceso cuya nulidad se peticiona. Esta calidad de tercero, no puede incluir al cónyuge, no separado de bienes ni divorciado, puesto que económicamente constituyen una sola entidad, menos aún cuando que la obligación que se reclama surge de un acto autorizado por el cónyuge.

En segundo lugar, para que proceda la acción, debe existir indefensión, es decir, que el tercero no haya podido intervenir en el proceso, en especial debido al desconocimiento de la existencia del mismo. No puede argüirse, como pretende la actora, que no tenía conocimiento del juicio, cuando en los autos principales obra un poder general otorgado por ella y su cónyuge a un mismo abogado, que intervino en dicho pleito. El mandato conferido crea la obligación para el mandatario de rendir cuentas de su actuación y poner en conocimiento de su mandante de cualquier circunstancia que dentro del ámbito del mandato tenga conocimiento y pueda afectar a su poderdante. Si el abogado designado por la actora no le informó sobre la existencia de un juicio, es una cuestión a dirimir entre ambos y no puede ser un fundamento para considerar tercero a la actora.

En tercer término, es una acción residual, es decir, para que proceda es necesario que las defensas oponibles en el proceso que se pretende anular, como la falsedad o la inhabilidad de título, ya no sean suficientes para enervar la ejecución, o ya no puedan interponerse las mismas, aunque sea subsidiariamente dentro de un incidente nulidad, ni tampoco puede intentarse cuando exista la posibilidad de promover otra acción, como la ordinaria posterior al ejecutivo, o interponer defensas consagradas a favor del tercer poseedor del bien hipotecado, acciones todas, que aun se encuentran al alcance de la actora

En cuarto lugar, el juicio cuya nulidad se pretende tiene que estar concluido o, como señala el artículo transcrito, contar con sentencia firme y ejecutoriada, de modo que no puede interponerse la acción autónoma mientras el juicio principal no haya concluido. En el caso presente, como señala el *A-quo*, de acuerdo a las actuaciones que corren por cuerda, el juicio principal no ha concluido, por ende, la acción fue planteada extemporáneamente.

De lo expuesto precedentemente tenemos que no se encuentran reunidos los presupuestos que el Art. 409 del CPC exige para la procedencia de la acción autónoma de nulidad, por consiguiente la decisión del *A-quo* de rechazar la presente demanda, se halla ajustada a derecho y debe ser confirmada, con costas, en ambas instancias a la perdidosa.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón por sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: Básicamente la revocación de la decisión de la instancia está dada por el hecho de que la accionante estaba separada de hecho de su esposo y por tal circunstancia no pudo tener conocimiento de la ejecución.

En primer lugar, como lo señalan tanto el *A-quo* como el honorable preopinante, no pudo generarse acción (autónoma de nulidad) cuando la causa no está terminada, en referencia al juicio de ejecución hipotecaria y por tanto, resulta obvio que la recurrente no tiene en cuenta la totalidad de lo que establece el art. 409 CPC, reservada la excepción de falsedad en la ejecutoria antes de que el proceso esté terminado y cuyas consecuencias pretenda el tercero, con interés, revertir por indefensión.

Con este solo argumento, la juricidad de la sentencia está ajustada a derecho; pero, como es parte elemento probatorio el principal, traído a vista y que

corre por cuerda, tiene agregado a fs. 10 a 18 el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en donde dicha escritura pública da cuenta de que en el otorgamiento, han *concurrido* "...el señor *ELISEO DUARTE FLORES*, paraguayo, con *Cédula de Identidad N° 627.417* y la señora *MARCIA ANDRADE TOLEDO DE DUARTE*, brasilera, con *Cédula de Identidad Civil Paraguaya N° 2.477.281*, casados y quienes se dan mutua venia y consentimiento para este acto..." (sic).

De acuerdo a lo expuesto, tal cláusula es corroborada por la decimotercera, en la cual han constituido domicilio legal conjunto y si bien la decisión personal de separarse para ir a vivir en otro lugar es un derecho, no así respecto a la actora, Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios a la que obligatoriamente debió comunicar tal decisión si es que posteriormente, como el caso, pretende hacer valer. Por demás, como codeudora, ya que prestó consentimiento, el cambio voluntario de domicilio no le eximió de la obligación asumida de responder por la deuda contraída.

Por cuanto se tiene expresado, corresponde confirmar el fallo apelado, con condenación en costas al parte perdedora. Así también voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

SENTENCIA N°: 99.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR el auto apelado.

COSTAS, imponerlas en ambas instancias a la perdedora.

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

Magistrados: Ma. Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordón y Gerardo Báez Maiola.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 105

Cuestión debatida: *Demanda de resarcimiento de daños y perjuicios por despido del administrador de una institución educativa.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN PASIVA. Procedencia.

Siendo que la labor señalada por el actor se dio en cuanto a la administración de la institución educativa, no en cuanto a asuntos económicos, administrativos o financieros personales del demandado, la excepción de falta de acción pasiva resulta procedente.

T. DE APEL. C. y C. 26/11/13. “JOSÉ GASPAR GÓMEZ FLEYTAS C. c/ CARLOS G. CANDIA LÓPEZ Y OTROS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL” (Ac. y Sent. 105).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: El recurrente desistió expresamente de este recurso, no se advierte en la sentencia en estudio violación de forma o solemnidad alguna, de aquellas que por aplicación de los Arts. 113 y 104 del CPC, ameriten una declaración oficiosa de nulidad. Por tanto debe tenerse por desistido del recurso.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia en recurso, S.D. N° 381 de fecha 19 de junio de 2012, la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno RESOLVIÓ: “1) *HACER LUGAR la excepción de falta de acción opuesta por el Sr. Carlos Gerónimo Candia López, por los motivos expuestos en los considerandos precedentes.* 2) *NO HACER LUGAR a la deman-*

da ordinaria de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. José Gaspar Gómez Fleytas Carrizo contra el Sr. Carlos Gerónimo Candia López y el Consejo Directivo de la Escuela Básica Privada N° 6.675 GOOD GIVEN CHRISTIAN SCHOOL, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3) IMPONER las costas a la perdidosa'.

Contra esta decisión se agravia el actor, quien personalmente y bajo patrocinio de abogado fundamenta sus agravios en el memorial que rola de fs. 221/233, agravios que se sintetizan en que, según el apelante, la *A-quo*, dictó una sentencia injusta porque:

a) realizó una incorrecta valoración de los hechos, ya que redujo el hecho generador del daño reclamado a la auditoría realizada a la gestión del actor como administrador de la institución demandada, no analizó los antecedentes acompañados que demuestran la preocupación del actor al encontrar una institución o un manejo desordenado que exigía una revisión adecuada de la estructura administrativa; no consideró el fallo, señala el apelante, que la auditoría realizada de una manera burda, sirvió como base para la denuncia que se hiciera en su contra y que motivara la formación de la causa penal en su contra;

b) realizó una errónea valoración probatoria, señala el apelante que, sin perjuicio de seguir agregando elementos, se tiene las documentales acompañadas, surgen que fue el actor el primero en solicitar una auditoría de los estados contables y financieros, lo cual fue tomado por el demandado Carlos Candia como una afrenta a su posición, lo que determinó la ruptura del vínculo contractual rescindiendo el contrato. Con relación a lo afirmado por la *A-quo*, que la prueba decisiva pericial contable no ha sido producida en auto, señala que de ello no se enteró hasta el momento en que toma intervención directa en este estadio procesal, pero que ha tomado conocimiento que en la causa penal que se le formara en base a la denuncia formulada por los demandados, sí se ha realizado una pericia cuyos resultados sacaron a luz las barbaridades de la auditoría llevada a cabo a sus espaldas por los demandados, razón por la cual el proceso penal concluyó con su sobreseimiento definitivo, por A.I. N° 625 de fecha 6 de junio de 2008, dictada por el juez Oscar Delgado. Solicita al Tribunal se libre oficio al Juzgado de referencia a fin de que remita el expediente penal y que agregue como hecho nuevo las actuaciones en dicho proceso penal y, en particular, la pericia realizada. Señala igualmente que la *A-quo* no ha valorado correctamente las probanzas que surgen del juicio de diligencias preparatorias que se

hallan agregadas en autos, de la que surge que en todo momento el pastor Carlos Candia trató de ocultar el resultado de la auditoría alegando que era un documento privado y confidencial.

c) Y, por último, señala el apelante que la *A-quo* incurrió en una aplicación errónea de la ley para hacer lugar a la excepción de falta de acción pasiva excluir al demandado Carlos Candia de la presente demanda, cuando que la presente acción de resarcimiento no contractual no pretende atribuir a la institución, el colegio GOOD GIVEN CHRISTIAN SCHOOL, la responsabilidad sino a las personas que integran su Consejo Directivo, en particular el pastor Carlos Candia, quienes fueron los que cometieron el acto ilícito dañoso.

Corrido traslado de la fundamentación, el representante del demandado Carlos Candia, contesta los agravios a fs. 235/237, negando que la *A-quo* haya incurrido en errónea interpretación de la ley o incorrecta valoración de los hechos y las pruebas, solicitando el rechazo de los hechos nuevos alegados por el apelante y finaliza solicitando la confirmación de la sentencia.

El otro demandado, la Escuela Básica Privada GOOD GIVEN CHRISTIAN SCHOOL, no contestó el traslado corridole, por lo que se le dio por decaído el derecho dejado de usar, por A.I. N° 223 del 23 de abril de 2013.

En autos, se trata de demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, promovida por el actor José Gaspar Gómez Fleytas contra Carlos Gerónimo Candia y el Consejo Directivo de la Escuela Básica Privada Good Given Christian School. Funda su demanda, según el escrito inicial, en la que fue despedido del cargo de administrador de la institución, para el cual fue contratado, en base a una espúrea auditoría interna con la que se pretendió desacreditar su gestión que él había elevado al pastor Candia, en su carácter de administrador de la institución educativa. En síntesis, reclama una indemnización por haber sido cesado en el puesto de administrador de la institución educativa, Escuela Básica Privada N° 6.675 GOOD GIVEN CHRISTIAN SCHOOL, responsabiliza de las acciones que culminaron con su desvinculación al pastor Carlos Fleytas, en realidad también inicialmente contra otras dos personas, pero contra las cuales desistió de la demanda.

Corrido traslado de la acción, el pastor Carlos Candia, antes de contestar la demanda opuso la excepción de falta de acción pasiva, alegando que la relación laboral del demandante fue con la institución Escuela Básica Privada N° 6675 GOOD GIVEN CHRISTIAN SCHOOL, y que cualquier actuación suya fue en

representación de la misma, y no de manera personal, por lo que el mismo no puede ser sujeto en la presente relación procesal.

El Art. 94 del CC, señala taxativamente que las personas jurídicas son sujetos distintos a las personas físicas que la componen.

La falta de acción, es la defensa procesal que se fundamenta en que el sujeto llamado a intervenir en el juicio, no tiene la calidad de parte, por no ser quien deba ser demandado o que pueda demandar, por inexistencia de una relación jurídica que lo ligue al objeto del juicio.

Desde esa óptica, es claro que siendo que la labor señalada por el actor, se dio en cuanto a la administración de la institución educativa, no en cuanto a asuntos económicos, administrativos o financieros personales del Sr. Carlos Candia, la excepción de falta de acción pasiva resulta procedente, debiendo la decisión de la *A-quo*, ser confirmada en ese sentido.

En cuanto al reclamo de fondo, el actor reclama indemnización de daños sosteniendo que fue agraviado por el hecho de haber sido desvinculado en fecha 19 de junio de 2006 de su condición de administrador, para la cual había sido contratado tan solo cinco meses antes. Expresa que la manera intempestiva en que fue separado del cargo, por parte del pastor Carlos Candia en base a una supuesta auditoría en cuyo informe al cual no accedió, se basaron los demandantes para su desvinculación.

Como primer punto a dilucidar se tiene que definir la naturaleza de la relación entre el demandante y la institución educativa demandada. El actor afirma que fue contratado.

A fs. 178 obra la liquidación de haberes, cuya autenticidad no fue negada por el actor al contestar el traslado que se le corriera.

De dicha liquidación, surge que la relación entre las partes, cae dentro de la órbita del derecho laboral, dado que en el mismo se abonan, beneficios laborales, como preaviso y otros.

Si la relación fuese en base a un contrato de prestación de servicios de carácter civil, dado el monto en juego, la misma no puede probarse por otro medio que no sea el contrato escrito, Art. 706 Código Civil, y como no se ha agregado al expediente dicho instrumento, no cabe acción alguna por parte del actor contra la institución, ya que las sumas que le corresponden por la finalización de la relación laboral ya han sido abonadas en su totalidad.

En cuanto a la cuestión penal y a los hechos nuevos alegados, se tiene que en el escrito inicial de demanda, el reclamo ha sido íntegramente basado en

contra del informe de auditoría, elaborado internamente en la institución educativa.

Es recién, en esta instancia, que el actor plantea que dicho informe fue cabeza de Proceso en sede penal, cuestión que no fue incluida en la traba de la litis en instancia previa por lo que no corresponde su estudio, ni las consecuencias del mismo, por aplicación del Art. 420 del CPC.

En ausencia de la prueba exigida por el Art. 706 del CC, no queda otra alternativa que considerar como del ámbito laboral la relación entre las partes y que las sumas que corresponden al actor por la finalización del vínculo de trabajo ya han sido percibidas.

La sentencia que rechazó la demanda debe en consecuencia ser confirmada por encontrarse ajustada a derecho, con costas en ambas instancias a la perdedora. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA y BÁEZ MAIOLA adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

SENTENCIA N° 105.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, la S.D. N° 381 de fecha 19 de junio de 2012.

LAS COSTAS, imponerlas a la perdedora en ambas instancias.

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

MAGISTRADOS: MARÍASOL ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, JUAN CARLOS PAREDES BORDÓN y GERARDO BAEZ MAIOLA

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría.

* * *

TERCERA SALA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 3

Cuestión debatida: *La procedencia de una excepción de falta de acción, opuesta por los demandados, y la procedencia –o no– de un interdicto de recobrar la posesión, planteado por la parte actora.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. La falta de acción –regulada en el art. 224 del Código Procesal Civil– puede presentarse en caso de que el actor o el demandado no sean los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión; que la pretensión no haya sido deducida por o frente a todos los sujetos procesalmente legitimados en los casos de litisconsorcio necesario; o bien, respecto del sustituto procesal, que no concorra el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter.

INTERDICTO DE RECOBRAR. PROCEDENCIA.

El demandante no ha probado suficientemente ser poseedor del inmueble objeto del presente juicio, por lo que no cumple con el primer requisito señalado por el Art. 646 del Código Procesal Civil para la procedencia del interdicto de recobrar la posesión.

Respecto del segundo requisito establecido en el inc. b) del mismo artículo, establece que, para la procedencia del interdicto de recobrar, se requiere que el accionante haya sido despojado total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad. En este caso, el acto que se califica como desposesorio se produjo como consecuencia de una orden judicial, por lo que no puede hablarse de violencia o clandestinidad.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 07/02/13. “CÉSAR ORLANDO RIVEROS MÉNDEZ c/ DERLIS CÁCERES y OTROS s/ INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESIÓN”. (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 apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI PALUMBO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO DIJO: El recurrente no ha fundado este recurso. Por ello, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, su nulidad, dicho recurso debe ser declarado desierto.

A SUS TURNOS los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 055 de fecha 24 de abril de 2012 el a quo resolvió: “1. HACER EFECTIVO, el apercibimiento de ley decretado en el acta de la audiencia de fecha 31 de octubre de 2011, y en consecuencia, tener por confeso al señor César Orlando Riveros, en relación con los hechos alegados y expuestos en los pliegos de posición obrantes a fs. 72 y 119 de autos. 2. HACER LUGAR, a la excepción de falta de acción interpuesta por los demandados DERLIS CÁCERES y ALFREDO MIGUEL BENÍTEZ RODRÍGUEZ, en consecuencia, RECHAZAR, la acción de interdicto de recobrar la posesión interpuesta por el señor César Orlando Riveros, contra los citados demandados, por improcedente, en base a los argumentos expuestos en la parte analítica de esta resolución. 3. IMPONER las costas a la parte vencida. 4. ANOTAR...” (sic.) (fs. 124 vta.).

De dicha sentencia recurre el Sr. César Orlando Riveros y presenta su escrito de expresión de agravios que obra a fs. 138/139 de autos y sostiene que fue violentamente despojado de su heredad. Expresa que él no fue condenado al desalojo y desahucio, ya que el Juzgado aclaró suficientemente que dicha disposición no era válida contra su persona. Arguye que se ha demostrado la posesión con los cultivos de caña de azúcar, mandioca, poroto y otros cultivos de consumo, que, luego del desalojo, fueron quemados con tal de no dejar evidencias de su posesión. Aduce que el oficial de justicia se extralimitó en sus funciones, al darle al mandamiento efectos superiores a la orden judicial, ya que la resolución que autoriza el desalojo no menciona su nombre, y porque fue acompañado de un pelotón de las Fuerzas Armadas dirigidas por el codemandado, D.C. Sostiene que el art. 2408 del Cód. Civ. le faculta a accionar contra quienes efectivamente le despojaron y no contra el actor del juicio de desalojo. Concluye solicitando la revocación de la resolución recurrida.

El codemandado, Sr. Alfredo Miguel Benítez Rodríguez contesta el traslado en los términos de su escrito de fs. 144/147 y expresa que nunca ha solicitado la

utilización de las Fuerzas Armadas para llevar a cabo el desalojo, pero sí de las fuerzas policiales para encarar el procedimiento. Señala que es un auxiliar de justicia que dio cumplimiento a una orden judicial, a favor del Ministerio de Defensa Nacional, que es el interesado de dicho inmueble y actual propietario de la finca en cuestión. Aduce que la demandada debiera haber sido entablada contra el Ministerio de Defensa Nacional y no contra él, Oficial de Justicia, ya que actuó amparándose en una orden judicial confeccionada por un Juzgado competente, la cual debe ser cumplida con exactitud. Indica que el mandatario judicial autorizaba a desalojar, además de las personas cuyos nombres son consignados en el mandamiento, a cualquier otro ocupante del inmueble. Concluye solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

A su vez, el Sr. Derlis Cáceres contesta el traslado con su escrito de fs. 151/152 y sostiene que el recurrente no ha probado ser el titular de la acción, ya que mencionó haber comprado los derechos, acciones y las mejoras existentes en el inmueble, que posteriormente fue identificado como Finca N° 916 del Distrito de Villa Hayes, propiedad del Ministerio de Defensa Nacional, sin haber agregado documentación alguna de su compra. Expresa que el juicio debió promoverse contra el Ministerio de Defensa Nacional o la Procuraduría General de la República, ya que en su representación se ha diligenciado el desalojo. Aduce que él solamente ha intervenido en virtud del principio de obediencia encomendado por sus superiores la contratación del oficial de justicia, sin participar activamente del proceso de desahucio. Afirma que la parte actora ni siquiera vive en el lugar objeto del desalojo y esto consta en el acta labrada en el lugar al momento de realizarse dicha diligencia. Arguye que su parte carece de responsabilidad en el proceso de desalojo. Señala que el procedimiento se realizó sin violencia ni clandestinidad, conforme un mandamiento emanado del Juzgado que entiende en la causa, que establecía que el desalojo procedía contra cualquier ocupante del inmueble. Concluye solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

En autos se discute la procedencia de una excepción de falta de acción, opuesta por los demandados, y la procedencia –o no– de un interdicto de recobrar la posesión, planteado por la parte actora.

Estudiaremos primeramente las cuestiones atinentes a la excepción de falta de acción. En tal sentido, conviene desglosar los elementos que hacen a la *questio* ahora discutida. Primeramente se debe apuntar que la falta de acción –regulada en el art. 224 del Cód. Proc. Civ.- puede presentarse en caso de que el

actor o el demandado no sean los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión; que la pretensión no haya sido deducida por o frente a todos los sujetos procesalmente legitimados en los casos de litisconsorcio necesario; o bien, respecto del sustituto procesal, que no concurra el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter.

En el caso de autos, los demandados fundan la excepción opuesta en el primero de los supuestos señalados por la norma, es decir, en que los señores Derlis Cáceres y Alfredo Benítez no son titulares de la relación jurídica sustancial. En tal sentido, debe señalarse cuál ha sido el carácter de la intervención de ambos demandados en la desposesión del inmueble reclamado por el actor. Así, Alfredo Miguel Benítez Rodríguez ha actuado en su carácter de oficial de justicia, en cumplimiento del mandamiento de desalojo otorgado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno (fs. 2). A su vez, Derlis Cáceres, comandante de la Escuela de Infantería de Vista Alegre, ha intervenido entregando a Alfredo Miguel Benítez –oficial de justicia– una copia del mandamiento judicial de desalojo (fs. 18), ya que la Procuraduría General de la República y el Ministerio de Defensa Nacional le habrían encomendado la contratación de un Oficial de Justicia para dar cumplimiento a dicho mandamiento. A partir de estas consideraciones, surge que los demandados han intervenido en el desalojo en cumplimiento de sus funciones, mas no en carácter propio ni mucho menos se ha beneficiado o han quedado en posesión del referido inmueble, que pertenece al Ministerio de Defensa Nacional. En esta tesitura, se advierte claramente que los demandados no tienen legitimación pasiva en este juicio en el que se discute el interdicto de recobrar posesión, por lo que la excepción de falta de acción deviene procedente.

Meramente *obiter*, debemos indicar que tampoco se han dado los requisitos establecidos en el Art. 646 del Cód. Proc. Civil para la procedencia del interdicto de retener, a saber, la existencia misma de la posesión y su carácter, así como el hecho y la índole de la desposesión.

Respecto de la primera cuestión, debemos recordar que se ha tenido por confeso al señor César Orlando Rodríguez en relación con los hechos alegados y expuestos en los pliegos de posiciones obrantes en autos. Así, en el primer preguntado del pliego de posiciones de fs. 72, se puede leer: “Diga y confiese como es verdad que Ud. no es el ocupante de la finca N° 916 del Distrito de Villa Hayes, padrón N° 1.763” y el segundo preguntado: “Diga y confiese como es

verdad que el señor AGUSTÍN RAMÓN ROMERO ORTIZ es el verdadero ocupante de la franja de terreno individualizado como parte de la Finca N° 916 del Distrito de Villa Hayes”. Independientemente de esa confesión ficta, es importante analizar las constancias del expediente que pueden sostener la posición del demandante. El Sr. César Orlando Riveros aduce, en su escrito de promoción de la demanda, que ha introducido mejoras en el lote como: limpieza del predio, alambrada perimetral, cultivo de caña dulce, etc. Sin embargo, no adjunta prueba alguna que acredite la efectiva realización de tales mejoras y que puede probar la posesión de dicho inmueble. Solamente adjunta una resolución del Ministerio de Agricultura y Ganadería (fs. 4) en la que se reconoce al Comité de Productores Jardines de Remansito –de la cual el demandante sería presidente–, pero que, sin embargo, no hace referencia alguna a la finca en cuestión ni a la titularidad de la misma. Adjunta además el Acta de Denuncia ante el Ministerio Público, del 05 de septiembre de 2011 /fs. 6), en la cual el Sr. César Riveros menciona que ocupa la fracción de terreno hace 8 años e indica las mejoras que habría realizado, denunciando que fue despojado de dicho terreno. No obstante, esta denuncia tampoco puede constituir válidamente una prueba del ejercicio de la posesión sobre el inmueble de referencia, ya que solamente consigna las alegaciones del demandante pero no da ninguna constancia fehaciente de la veracidad de tales afirmaciones. De esta forma, el demandante no ha probado suficientemente ser poseedor del inmueble objeto del presente juicio, por lo que no cumple con el primer requisito señalado para la procedencia del interdicto de recobrar la posesión.

Respecto del segundo requisito, el inc. b) del Art. 646 del Cód. Proc. Civ. establece que, para la procedencia del interdicto de recobrar, se requiere que el accionante haya sido despojado total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad.

De las constancias de autos, no obstante, surge que la desposesión fue realizada en cumplimiento de un mandamiento emanado del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno (fs. 2), en cumplimiento de la S.D. N° 490 de fecha 25 de junio de 2007, dictada en los autos “Miguel de los Santos Garcete Chena c/ Corporación Paraguaya de Carnes s/ usucapión” (fs. 39). En efecto, el mandamiento entregado al Oficial de Justicia ordena que “una vez en el lugar, le intimará a MIGUEL DE LOS SANTOS GARCETE CHENA, RAMÓN CLEMENTE GRANCE CARDOZO, CARLOS ANTONIO

CHAVEZ TENORIO, LUCIANO ALIENDRE y RAMÓN ALEJANDRO NÚÑEZ ESTIGARRIBIA, dependientes y familiares, y a cualquier otro ocupante, a desalojar en el acto el citado inmueble. No haciéndolo voluntariamente, procederá a su desahucio. Para cumplimiento de su cometido podrá solicitar y hacer uso de la fuerza pública para allanar domicilio en caso de resistencia, debiendo actuar en todo momento conforme a derecho” (sic.) (fs.2).

Se aprecia claramente que el acto que se califica como desposesorio se produjo como consecuencia de una orden judicial, por lo que no puede hablarse de violencia o clandestinidad. Ahora bien, si tal orden judicial fue o no ajustada a derecho, y si se ejecutó correctamente, son cuestiones que no cabe tratar, discutir ni decidir aquí, pues pertenecen a una litis que tiene individualidad propia y ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Esta situación así descrita excluye la protección posesoria interdictal, de conformidad con el art. 1944 del Cód. Civ., que permite la turbación o desposesión en los casos autorizados por ley. Evidentemente tal autorización existe, desde que la misma se ha materializado por virtud de una orden judicial, y de esta forma no se configura aquí el requisito de violencia o clandestinidad en el despojo.

Así lo ha entendido también la doctrina y en este sentido se han pronunciado Arazi y Fenocchietto, apoyándose en el fallo de ED 117-624, señalando que no es admisible como fundamento del interdicto posesorio el que se funda en turbaciones de derecho, tal como las actuaciones judiciales. (Fenocchietto, Carlos Eduardo y Arazi, Ronald. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ed. Astrea, 2ª ed, Buenos Aires, 1993. Pág. 121).

Por último, corresponde también referirnos al oficio dirigido al Comandante de la Policía Nacional, obrante a fs. 3 de autos, en la cual el Juez que entendía la causa de la usucapión comunica que la medida de desalojo “afecta únicamente a los ocupantes MIGUEL DE LOS SANTOS GARCETE CHENA, RAMÓN CLEMENTE GRANCE CARDOZO, CARLOS ANTONIO CHAVEZ TENORIO, LUCIANO ALIENDRE y RAMÓN ALEJANDRO ESTIGARRIBIA (...) y no contra los Sres. César Orlando Riveros, Susana de Riveros, Agustín Romero y su esposa” (sic.). El demandante invoca este documento a los efectos de alegar que el mandamiento de desalojo no prospera contra su persona. Respecto de ello, debemos decir que el desalojo se realizó el 02 de septiembre de 2012, a las 7:15 horas, y el oficio dirigido al comandante de la Policía Nacional, a su vez,

JURISPRUDENCIA

tiene la misma fecha, es decir, 02 de septiembre de 2012. Ahora bien, si tenemos en cuenta que las diferentes secretarías y juzgados del Poder Judicial empiezan sus funciones a las 7:00 horas, podemos deducir que el desalojo se realizó antes de que el comandante de la Policía Nacional recibiera el mentado oficio, y que el oficial de Justicia actuó dando cumplimiento al mandamiento de fecha 30 de mayo de 2011, en el cual el juez ordena el desalojo de las personas cuyos nombres se individualizan y “de a cualquier otro ocupante” (fs. 2). En este entendimiento, el oficial de justicia ha actuado dentro de sus atribuciones y no ha incurrido en vicios en la realización de su cometido, por lo que, como queda dicho, el desalojo fue realizado en virtud a un mandamiento judicial y no se ha dado el requisito de violencia y clandestinidad.

Por lo tanto, en virtud de los argumentos precedentemente expuestos, corresponde confirmar la resolución recurrida.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS, los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico 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;

SENTENCIA N°: 03

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: ARNALDO MARTÍNEZ P., MERCEDES BUONGERMINI P. y NERY E. VILLALBA F.

Ante mí: Abog. Rigoberto M. Cabrera, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 14

Cuestión debatida: *Si corresponde hacer lugar a la demanda ordinaria por cobro de dólares americanos.*

CONTRATO. PRUEBA POR ESCRITO.

Los contratos que superan en diez jornales mínimos deben ser probados por escrito –art. 706 del Cód. Civ.– y los demás modos de prueba, entre los que se cuentan, de suyos, las testificales, solo puede tener eficacia probatoria si existe principio de ejecución o si existe principio de prueba por escrito, de conformidad con el art. 704 del Cód. Civ. Sabido es que la prueba debe recaer sobre todos los elementos del contrato o su modificación y probarlos indubitadamente. Los contratos civiles deben observar mínimas condiciones de seguridad en cuanto al consentimiento, al objeto y al precio. La parte actora aparentemente pretende demostrar la posible modificación de las cláusulas contractuales mediante las testificales rendidas en autos. No obstante y atento a las normas arriba citadas, estas testificales no son suficientes como para desvirtuar lo manifestado en la instrumental ni tampoco son suficientes como para sostener el principio de ejecución o el principio de prueba por escrito mencionado *ut supra*.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 06/03/13. “MARÍA ELIZABETH IBARRA GACHTER C/ AMITOUR S.A. S/ JUICIO ORDINARIO” (Ac. y Sent. N° 14)

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: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La parte recurrente en su escrito presentado argumenta este recurso al sostener que el *a quo* transgredió claras disposiciones legales, por dictar una excepción de falta de acción opuesta y este ha resuelto de oficio sin dar la menor oportunidad a la actora criterio puramente formalista, sin que la adversa haya planteado tal excepción. 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. Por tanto, siendo los agravios vertidos por la recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, es criterio de éste preopinante que el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: Coincido con los fundamentos expuestos por el preopinante aunque sostengo que dicho recurso debe ser desestimado y no declarado desierto dado que dicho recurso si ha sido fundamentado por el recurrente y estudiado por este Tribunal.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiera al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Por la sentencia apelada N° 706 de fecha 22 de junio de 2012, la instancia anterior resolvió: “1) RECHAZAR la presente demanda ordinaria que promoviera MARÍA ELIZABETH IBARRA GACHTER contra AMITOUR S.A. de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2) COSTAS a la parte actora. 3) NOTIFICAR por cédula a las partes. 4) ANOTAR...” (fs. 88/89 de autos).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión agravios, que obra a fs. 97/103 de autos, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a quo. Refiere entre otros, "...que su parte no tiene legitimación "ad causam", porque la actora "Lisa Ibarra" no demostró ser "María Elizabeth Ibarra Gachter", sustituyendo la actuación de la adversa consideró de oficio la aplicación de la excepción de falta de acción, no planteada por la adversa, sin percatarse que no fue planteada sencillamente porque la demandada en todo momento reconoció que la actora prestó servicios para AMITOUR S.A., como se constata con el propio escrito de responde. Pues hay que tener en cuenta este doble beneficio otorgado a la adversa, ya que la accionada no solo no opuso excepción de falta de acción, sino que ni siquiera contestó la demanda. Y que además la A quo cita las declaraciones de los testigos propuestos por mi parte, sin reparar, que en la misma audiencia se encontraba el representante convencional de la actora, como se puede comprobar a fs. 81, 82, 83, 84 firmado al pie del acta labrada en la oportunidad...". Términa su petición con la revocación de la resolución recurrida.

Corrido el respectivo traslado la parte demandada, contesta a fs. 104/105 de autos, argumentando la defensa de la sentencia recurrida por la adversa. Sostiene, que la S.D. recurrida se halla ajustada a Derecho teniendo en cuenta que la parte actora en ningún momento pudo demostrar la falta de pago de sus comisiones de parte de Amitour S.A. Refiere además, que la Sra. Lisa Ibarra, según el contrato, conformaba un grupo con otras personas comisionistas externos con el fin de captar pasajeros para viajes al exterior. Que todos cumplieron su cometido, no así la Sra. Ibarra, que no vendió un pasaje, no cumplió con lo pactado. Dice, que la citada no ha demostrado con prueba que lo habilite a reclamar dichas comisiones. Refiere que la copia presentada de una documental a simple vista es un documento a los efectos de una mejor organización de trabajo y que estos no reúnen los requisitos ni las formalidades de un contrato. Arguye, que otro de los requisitos para que un contrato surta efectos las partes deben estar identificadas con nombres y apellidos, documento de identidad, que tal cosa no existen. Termina su contestación, solicitando la confirmación del auto apelado.

Del estudio y las constancias de autos, a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada se debe partir del análisis del convenio laboral que se adjunta por el cual se instrumenta el contrato cuyo reconocimiento para su cobro se pretende por medio de esta acción.

Que en primer término, el inferior ha rechazado la demanda argumentando por cuanto que corresponde una excepción de falta de acción opuesta de oficio, al sostener que la actora no tiene legitimación –ad causam– porque la referida no demostró ser María Elizabet Ibarra. Sobre este punto, cabe hacer mención que el representante de la demandada empresa Amitour S.A. estuvo presente en la audiencia de producción de pruebas y de alguna manera no ha pretendido desconocer el vínculo jurídico existente con la actora y pretender no saber de quién se trataba Lisa Ibarra y que esta era la misma persona, es decir, María Elizabeth Ibarra, que firmó el convenio de prestación de servicios que se halla agregado en autos, pues está probado el vínculo entre la actora y la demandada que legitima la acción promovida. Por ende, la falta de acción opuesta y valorada por la a-quo deviene improcedente.

Entonces bien, siguiendo con la pretensión de la parte actora analizando las pruebas arrimadas, es así que el contrato obrante –fs. 3–, el Punto 5° establece: el sistema de comisionamiento será de acuerdo a las responsabilidades y labores según detalle: “... Lisa Ibarra, comisionista externa, tendrá un viático de 100 \$ mensuales desde inicio de actividades de ventas hasta el mes de viaje de las excursiones inclusive. En cuanto a comisiones, también llegado al mínimo estipulado por la empresa, cobrará un monto fijo por excursión, Disney 1.000 \$ y Bariloche 500 \$. También el Punto 6° del referido contrato señala: “Los arriba detallados serán en base a ventas mínimas de 80 pasajeros a Disney, y 120 pasajeros Bariloche...”.

En ese orden el art. 711 del Código Civil Paraguayo dispone que: “Cuando en un contrato se hubiere hecho referencia a un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluidos los casos no expresados, a los que, de acuerdo con la razón puede extenderse dicho pacto”. Entendemos entonces implícitamente que de las declaraciones de los testigos (fs. 82; 83; 84) se advierte que la actora fue contratada por la empresa AMINOTOUR S.A. y que estos trabajaron junto a ella y que, por tanto, tuvieron conocimiento de las gestiones realizadas. Tal es así que en el Punto Sexto respondieron en forma conteste y uniforme y dieron suficientes razones de sus dichos, de esta forma todos estos testigos son hábiles y sin tacha alguna. Así las cosas, de las constancias obrantes en autos y las disposiciones citadas debe hacerse lugar a las pretensiones promovida por la parte actora.

En consecuencia de lo expuesto en los párrafos precedentes es criterio de este Miembro que la resolución recurrida debe ser revocada y, en consecuencia,

hacer lugar a la demanda ordinaria por cobro de dólares americanos de Un Mil Ochocientos (U\$\$ 1800,00) promovida por la actora en contra de Amitour S.A, más los intereses correspondientes desde el inicio de la presente demanda.

En cuanto a las costas, ellas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad con lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Coincido con los fundamentos expuestos por el preopinante en lo que hace a la excepción de falta de acción dictada por el a-quo.

No obstante, disiento con los fundamentos expuestos que hacen a la revocatoria de la resolución recurrida en cuanto rechaza la presente demanda. En efecto, si bien de las constancias de autos se colige que efectivamente existía un contrato que vinculaba a las partes en el presente juicio, no se ha aportado prueba suficiente que demuestre el cumplimiento de la parte demandante, a los efectos de hacer totalmente efectiva su pretensión.

En efecto, en estos autos la parte demandada no ha contestado la demanda, según se desprende de la parte resolutive del A.I. N° 1.105 de fecha 31 de diciembre de 2009 dictado por este Tribunal, sin embargo, esto no quiere decir que todos los dichos y pretensiones expuestos por la actora deban ser automáticamente tenidos como ciertos por el órgano juzgador. La parte actora debe demostrar su pretensión de forma fehaciente y mediante los medios de pruebas establecidos en el código de forma a los efectos de obtener un resultado favorable.

Antes que nada es importante mencionar que la relación contractual aquí debatida no es de naturaleza laboral. En efecto, las partes han manifestado de forma conteste que la actora se desempeñaba como comisionista externa. Esta figura la convierte en una trabajadora independiente, no sujeta a las reglas ni condiciones de una trabajadora en relación de dependencia, sino a las reglas del Derecho Civil ordinario.

Entonces bien y establecida la competencia del presente órgano para entender en la presente demanda debemos de clarificar que si bien la parte actora no ha hecho una discriminación exacta sobre los rubros específicos que le son adeudados y solamente ha solicitado un monto global de mil ochocientos dólares (USD. 1.800) este Tribunal debe hacer dicha discriminación precisa a los efectos de poder llegar a una solución correcta. En efecto, en el contrato obrante a fs. 3 existen dos modalidades de pago establecido para las relaciones existentes en-

tre la parte actora y demandada. Primeramente leemos que: "...Lisa Ibarra, comisionista externa: tendrá un viatico de 100 \$ mensuales desde inicio de actividades de ventas hasta el mes de viaje de las excursiones inclusive". Y como segunda modalidad tenemos que: "...En cuanto a comisiones, también llegado al mínimo estipulado por la empresa, cobrará un monto fijo por excursión, Disney 1.000 \$ y Bariloche 500 \$". Es así que se entiende que la parte actora habría de cobrar una prestación mensual –calificada contractualmente de viático– de cien dólares americanos hasta el mes de viaje de las excursiones inclusive, que aparentemente sería el mes de julio de 2008 independientemente de la consecución de cualquier resultado en término de cupo. Luego, y si llegase al cupo establecido para los viajes a Disney (80) y Bariloche (120) lo adeudado en concepto de comisión serían mil dólares y quinientos dólares, respectivamente. Estos son los montos que podrían ser reducidos en caso de no llegar a los cupos mínimos establecidos. Todo esto se desprende de la cláusula sexta del contrato obrante a fs. 3.

Entonces bien, en cuanto a la primera parte de los emolumentos del contrato advertimos que de las constancias de autos y de las manifestaciones rendidas por los testigos obrantes a fs. 81/85, en respuesta a la cuarta posición planteada, que la parte actora se desempeñó al servicio de la parte como comisionista externa de la parte demandada desde el mes abril hasta por lo menos junio del año 2008. Así las cosas y de conformidad a la cláusula supramencionada se habría devengado a su favor la suma de trescientos dólares americanos. Como la actora solicita mil ochocientos dólares en concepto de comisiones puras, se debe deducir que la diferencia de los trescientos dólares la solicita en conceptos de viáticos. En este punto hay que aclarar que es carga de la parte demandada aportar pruebas a los efectos de demostrar que dicho pago ha sido realizado, en cumplimiento a lo establecido en el contrato obrante a fs. 3, si pretendía rebatir el reclamo de cobro de este monto, cosa que no ha hecho. Por lo tanto, se concluye que esas sumas están aún pendientes de pago y se debe hacer lugar a la pretensión de cobro de dicho monto, pronunciando la condena correspondiente. La sentencia debe ser modificada en este ítem.

Ahora bien, en cuanto al posible cobro de los mil dólares americanos en concepto de comisión por la excursión a Disney y los quinientos dólares americanos en concepto de comisión por la excursión a Bariloche debemos decir que tales prestaciones sí estaban sujetas a una condición específica: lo siguiente:

“...que los montos establecidos serán en base a ventas mínimas de 80 pasajeros y 120 pasajeros a Bariloche. En caso de no llegar a los mínimos requeridos, se disminuirán las comisiones arriba mencionadas”. De las constancias de autos y de las pruebas ofrecidas por las partes no se puede comprobar fehacientemente que la parte actora haya cumplido con la cláusula sexta del contrato. En efecto, de las testificales ofrecidas por la parte actora, que no hacen referencia alguna a el número de ventas alcanzadas en uno u otro grupo por la demandante. Definen, sí, que el contenido del contrato era otro en cuanto al modo de funcionamiento del sinalagma, afirmando que la prestación de comisión no estaba sujeta a ningún resultado específico, de modo que de las deposiciones no se puede concluir que la misma haya cumplido fehacientemente con dicha cláusula de forma alguna. En este sentido es importante recordar también que los contratos que superan en diez jornales mínimos deben ser probados por escrito –art. 706 del Cód. Civ.– y que los demás modos de prueba, entre los que se cuentan, de suyos, las testificales, solo puede tener eficacia probatoria si existe principio de ejecución o si existe principio de prueba por escrito, de conformidad con el art. 704 del Cód. Civ. Sabido es que la prueba debe recaer sobre todos los elementos del contrato o su modificación y probarlos indubitadamente. Los contratos civiles deben observar mínimas condiciones de seguridad en cuanto al consentimiento, al objeto y al precio. La parte actora aparentemente pretende demostrar la posible modificación de las cláusulas contractuales mediante las testificales rendidas en autos. No obstante y atento a las normas arriba citadas estas testificales, no son suficientes como para desvirtuar lo manifestado en la instrumental obrante a fs. 3 ni tampoco son suficientes como para sostener el principio de ejecución o el principio de prueba por escrito mencionado ut supra.

Así las cosas y vista la notoria orfandad de pruebas necesarias para sostener la pretensión de la parte actora, corresponde rechazar la pretensión de la misma en cuanto a estos rubros.

Finalmente debemos señalar que si bien el sistema judicial busca la verdad real, también impone la vigencia de la verdad jurídica –esto es la formulada y hallada en el expediente– la admisión de la verdad real solo puede hacerse en consonancia con la demostración y prueba de la parte y su letrado interviniente; si la misma no ha sido suficientemente capaz de formular y producir pruebas convincentes e idóneas para el caso planteado, no existe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional supla esta omisión, sin grave desmedro del principio de disponibilidad e igualdad que rige en nuestro ordenamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Corresponde por lo tanto hacer lugar parcialmente a la presente demanda por el monto de trescientos dólares americanos.

Las costas deben ser impuestas proporcionalmente en un 83.3% a la actora y en un 16.7% a la demandada como consecuencia del vencimiento recíproco que tuvo lugar en autos.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente por compartir idénticos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

SENTENCIA N° 14.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la presente demanda ordinaria por cobro de dólares americanos incoada por la parte actora Sra. María Elizabeth Ibarra G. en contra de Amitour S.A., por el monto de trescientos dólares americanos (USD 300).

IMPONER las costas en un 83.3% a la actora y en un 16.7% a la demandada.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, Y NERI EUSEBIO VILLALBA FERNÁNDEZ

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 15

Cuestión debatida: La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia formulada ante el fuero penal, cuya sentencia en primera instancia ha sido favorable a la actora, y recurrida por apelación y

nulidad, las demandadas expresan agravios en que el A-quo solo se fundamentó en la copia del expediente penal sin considerar la denuncia en contra de la actora de hurto doméstico y manifiestan que ellas son las víctimas del hurto, cuando que sí se ha cometido el hecho de hurto, y que no existe responsabilidad de las demandadas al no existir daño. La actora no ha contestado el traslado de los agravios de la apelación, ha decaído su derecho para hacerlo. Analizadas las constancias y a los efectos del reexamen del factor subjetivo de atribución de responsabilidad, la temeridad o culpa grave en la formulación de la denuncia y, como también la antijuridicidad de la conducta, concluyen enalzada, revocar la resolución, con costas a la recurrida, con un voto en disidencia.

ACCIÓN INDEMNIZATORIA. Acción penal.

El ejercicio de la acción indemnizatoria emergente de una acción penal, cualquiera sea su fuero no implica por consecuencia la reclamación indemnizatoria, en razón que petitionar la tutela del Estado es un derecho constitucional de todo ciudadano y no puede ser sancionado con una condena indemnizatoria. (Voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández).

DAÑO. Causa.

No es en la acción donde se debe buscar la causa del daño, sino, en los elementos de la acción, específicamente en la causa, entonces, bien puede que el actor motivado por una causa ilegal o ilegítimas busque solo el perjuicio del demandado, a sabiendas que la acción ejercitada tiene una causa ilegal, como puede darse con la acción prescripta o ilegítima con una denuncia falsa. (Voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández).

DAÑO. Causa.

El hecho jurídico (sobreseimiento definitivo), hace que la actora de esta demanda se encuentre habilitada para pretender la indemnización, en razón que, efectivamente ha sufrido un daño en su persona y su patrimonio por la infundada denuncia en contra, correspondiendo advertir que el mismo juez penal en su considerando de la resolución mencionada ha dicho que la denuncia en contra de la actora no pudo ser probada su autoría ni su participación, estando reunidos los requisitos y acreditados los extremos del daño sufrido por la actora que le ha perjudicado en su persona y su patrimonio y no habiéndose cuestionado los rubros indemnizatorios, por las recurrente razón, estos deben ser confirmados, imponiendo las costas a la parte perdedora. (Voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández).

DAÑO. Requisitos.

Los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización, es decir, debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva– un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño, las acciones de indemnización por daños derivados de denuncias o querellas penales deben configurar también los supuestos de indemnización previstos por nuestro ordenamiento para ser procedentes, debiendo concurrir los requisitos exigidos a tal efecto.

DAÑO. Requisitos. Antijuridicidad del hecho.

Para establecer la existencia de un daño, la antijuridicidad del hecho, es una cuestión que tiene que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud y, por ende, de antijuridicidad, contenido en el Código Penal, y aquí se trata de una denuncia penal, en virtud de la cual se ha atribuido judicialmente a la hoy demandante, la comisión del delito de hurto.

DAÑO. Conducta antijurídica.

Las disposiciones relativas a la denuncia falsa y la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no, generando un daño. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Ilícito penal. Ilícito civil.

En el ilícito penal, la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa–, en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pue-

den estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstos en la ley.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta antijurídica. Abuso del derecho.

La atribución de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio constituye un antijurídico en nuestro derecho civil, según que vulnere los límites o marcos teleológicos para los cuales fue creado el instituto en cuestión y se configure un verdadero abuso del derecho de querellar o denunciar, así pues la configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución –que en materia civil no solo es doloso sino también culposo–, es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Criterios de valoración.

La responsabilidad civil, juzgada en base a criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de valoración, no pueden aplicarse criterios más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad, esos criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil, requiere la omisión de las diligencias correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del CCP, por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta dolosa.

Para la responsabilidad civil en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circunstancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en los demás supuestos, dado que un hecho culposo sólo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine, esto es, la regla es la existencia del dolo, la culpa solo será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta culposa.

Para la responsabilidad civil, tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de obrar culposo, basta con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Ilícito civil. Intención de dañar. Formulación de denuncia

Si la ley penal ve como punible la simple divulgación de un hecho capaz de malograr la reputación, más aún debe entenderse como ilícito civil la comisión de un hecho de divulgación cometido con mera negligencia, sin mediar interés de dañar. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse, la intención con la que se hace –dolo o culpa-, no se debe olvidar que la divulgación de un hecho demeritorio para la honra, cuya ocurrencia puede darse a través de cualquier medio, inclusive a través de la formulación de una denuncia.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta culposa.

Si bien el hecho tiene entidad suficiente para configurar un antijurídico, debe además existir un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y no habiéndose probado el dolo del demandado, se debe analizar también si no medió una conducta culposa, y en este menester se debe ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia, que por las características del caso *sub examine* se debe descartar esta última.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta culposa. Culpa grave.

La responsabilidad civil, tratándose de denuncias o querellas penales, el denunciante o querellante debe incurrir en culpa grave, esto es, su conducta debe denotar un proceder temerario, precipitado o aventurado, habida cuenta de que el reproche subjetivo sobre su conducta debe ser de tal magnitud o intensidad que desnaturalice el ejercicio de la facultad lícita reconocida por el

ordenamiento jurídico: la de denunciar o querellar. Este aserto encuentra asidero en las prescripciones de los arts. 372 y 421 del Cód. Civil.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta temeraria.

La cuestión está así en establecer si en la denuncia formulada por la ahora demandada contra la autora en autos, existió temeridad, es decir, que haya obrado contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar, y para que dicha temeridad quede configurada, la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge es obvio que tal temeridad desaparece.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta temeraria.

Para establecer la existencia de la temeridad, se deben examinar las constancias de la causa penal, advirtiéndose según un orden cronológico, la denuncia, la consiguiente actuación del Ministerio Público, la declaración de la rebeldía, así también se realizaron, la declaración indagatoria, la audiencia de imposición de medidas, la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva y prórroga ordinaria del plazo de investigación, evidenciando, que la imputada –hoy demandante– no ha facilitado las investigaciones y aclarar los hechos, se resistió a someterse a la justicia, y el modo y las causas del sobreseimiento de la imputada es de vital importancia, así como el presupuesto legal dentro del cual el mismo ha sido principio in dubio pro reo demostrando que la conducta endilgada no resultó lo suficientemente clara o esclarecida. En estas condiciones, la incertidumbre respecto de la configuración de la conducta punible atribuida a la actora debe extenderse a la denunciante, cuyo obrar así no puede ser calificado como temerario.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta temeraria.

El pedido del sobreseimiento definitivo, la Fiscalía fundamentó en que la imputada no participó en el hecho punible investigado, ahora bien, de las constancias del expediente penal, no se observan diligencias investigativas que sustenten dichos extremos alegados, no obstante ello, al ser facultad exclusiva del Ministerio Público la persecución de los hechos punibles de acción penal pública, el Juzgado Penal acogió favorablemente el requerimiento, en síntesis, la serie de circunstancias que giran en torno de la denuncia formulada por la ahora demandada, obstan la posibilidad de valorar su conducta como temeraria, o que, en su caso, en la misma haya mediado culpa grave.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Conducta temeraria.

Al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad o culpa grave en la formulación de la denuncia y, en consecuencia, como también la antijuridicidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar, consecuentemente, la sentencia debe ser revocada, desestimando la acción de indemnización incoada, con costas en esta instancia a la recurrida, conforme a lo dispuesto en el art. 203 inc. "a" del CPC.

T. DE APEL. Tercera Sala. 06/03/13. "EMILIANA ACOSTA LÓPEZ c/ CARMEN RAQUEL ARANDA HERKEN Y OTROS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD". (Ac. y Sent. N° 15)

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: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La parte recurrente ha desistido de este recurso interpuesto y, al no advertirse en el auto recurrido, vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración oficiosa de nulidad, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil, dicho recurso debe ser declarado desierto.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: NULIDAD: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto, y dado que no se advierten en la resolución recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Por la sentencia apelada N° 465 de fecha 12 de agosto de 2011, la instancia anterior resolvió: "I) HACER efectivo el apercibimiento decretado por providencia del 15 de julio de 2009 y, en consecuencia, tener por confesa a

EMILIANA ACOSTA LÓPEZ, a tenor del pliego que contiene dieciséis posiciones. II) HACER LUGAR, a la demanda ordinaria promovida por EMILIANA ACOSTA LÓPEZ contra CARMEN RAQUEL ARANDA HERKEN e YVONNE BEATRIZ ARANDA HERKEN y, en consecuencia, condenar a estas a pagar a la actora, dentro del plazo de cinco días de quedar firme esta sentencia, la suma de GUARANÍES QUINCE MILLONES (Gs. 15.000.000) en concepto de indemnización, conforme con los rubros y montos detallados en el considerando de esta resolución. III) IMPONER las costas a la parte demandada. IV) NOTIFICAR...” (fs. 138/142 de autos).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 151/163, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a-quo. Contra ella argumenta, que el a-quo solo se fundamentó en la copia del expediente penal sin considerar la denuncia en contra de la actora de hurto doméstico. Manifiesta, que las demandadas son las víctimas del hurto, cuando que sí se ha cometido el hecho de hurto. Arguye, que el Juzgado no ha valorado el caso conforme a la sana crítica, porque no existe responsabilidad de las demandadas al no existir daño. Términa su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte no ha contestado el traslado de los agravios de la apelación, habiendo decaído su derecho por A.I. N° 179 de fecha 02 de abril de 2012, dictada por esta Cámara.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se constata que la parte actora ha presentado demanda de indemnización de daños y perjuicios, argumentando el daño sufrido por causa de la denuncia penal sobre hurto en contra de la damnificada.

En primer orden este Miembro en anteriores resoluciones ha sentado su criterio con relación a la acción indemnizatoria emergente de una acción penal. Así, es posición jurídica de este Magistrado que el ejercicio de la acción, cualquiera sea su fuero no implica por consecuencia la reclamación indemnizatoria, en razón que petitionar la tutela del Estado es un derecho constitucional de todo ciudadano y no puede ser sancionado con una condena indemnizatoria. Pero, no es en la acción donde se debe buscar la causa del daño, sino, en los elementos de la acción, específicamente en la causa. Entonces, bien puede que el actor motivado por una causa ilegal o ilegítimas busque solo el perjuicio del demandado, a sabiendas que la acción ejercitada tiene una causa ilegal, como puede darse con la acción prescripta o ilegítima con una denuncia falsa.

Dada esta aclaración sobre la posición de éste Miembro, corresponde el análisis del tema de decisión de los recursos.

Conforme las constancias de autos y el expediente penal traído a la vista de este Tribunal se constata que la actora señora EMILIANAACOSTALÓPEZ fue denunciada por la comisión de hurto, ante el Agente Fiscal de la Unidad Penal N° 4 de la Capital, Abog. OLINDO LÓPEZ VAESKEN e imputada por el mismo conforme la providencia de fecha 11 de mayo de 2005, dictada por el Juez Penal de Garantías N° 3. A su vez, el mismo Juzgado Penal de Garantías N° 3 ha dictado el A.I. N° 396 de fecha 11 de abril de 2008, por el cual se resuelve: “SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a EMILIANAACOSTALÓPEZ...” y “DEJAR SIN EFECTO las medidas sustitutivas a la prisión preventiva...”.

Este hecho jurídico hace que la actora de esta demanda se encuentre habilitada para pretender la indemnización, en razón que, efectivamente ha sufrido un daño en su persona y su patrimonio por la infundada denuncia en contra. Corresponde advertir que el mismo Juez Penal en su considerando de la resolución mencionada ha dicho que la denuncia en contra de la actora no pudo ser probada su autoría ni su participación.

En cuanto a los rubros indemnizatorios, puntualmente no fue cuestionado por el recurrente razón por el cual estos deben ser confirmados.

En conclusión, estando reunidos los requisitos y acreditados los extremos del daño sufrido por la actora que le ha perjudicado en su persona y su patrimonio, es criterio de este Miembro que la resolución 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 dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LADRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, APELACIÓN: La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia formulada ante el fuero penal.

Por providencia de fecha 31 de agosto de 2011 (fs. 168), este Tribunal ordenó traer a la vista el juicio penal al cual la denuncia base de esta acción dio lugar, y cuyo expediente fuera agregado por providencia de fecha 31 de octubre de 2012 (fs. 169 vlto.).

En primer término debemos recordar brevemente los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización. Es decir, debe existir una conducta

antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo—salvo los supuestos de responsabilidad objetiva— un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

Las acciones de indemnización por daños derivados de denuncias o querrelas penales deben configurar también los supuestos de indemnización previstos por nuestro ordenamiento para ser procedentes. Se debe, pues, analizar la concurrencia de los requisitos exigidos a tal efecto.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestión tiene que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Se trata aquí de una denuncia penal por virtud de la cual se ha atribuido judicialmente a la hoy demandante la comisión del delito de hurto, conforme se aprecia en el formulario de mesa de entrada (fs. 3/4) y en el acta de imputación (fs. 5) del juicio traído a la vista.

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad —excepcionalmente la culpa— en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstos en la ley.

Por otra parte, el mero hecho de denunciar o incluso querellar, ciertamente, no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la

buena razón de que entonces nadie se atrevería a incoar denuncias o promover querellas criminales. La acción de denunciar constituye en principio el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley. Empero, bajo ciertas condiciones puede llevar a situaciones en las que configura un antijurídico. La intencionalidad del agente, con la que se formula la denuncia es aquí determinante. En este contexto no debemos olvidar que la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa. Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito –y por ende excluir su antijuridicidad– puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado; en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente- implica una violación solapada del ordenamiento jurídico (Atilio Aníbal Alterini – Oscar José Ameal – Roberto M. López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, reimpresión, Abeledo-Perrot, pp. 719/720). En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo –en su configuración– a la trasgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional. Existe jurisprudencia que apoya este razonamiento: “...*La antijuridicidad, en el caso particular del delito de calumnias que se imputa a la emplazada, se encuentra íntimamente ligada al factor de atribución por lo que no cabe sino analizarlos en forma conjunta. Es que la denuncia de un hecho configurativo de un delito no sólo no es a priori antijurídica sino que es un derecho de todo ciudadano y, en algunos supuestos específicos, un deber; pero si el delito no existió y, además, el denunciante actuó con dolo o culpa, entonces la conducta se transforma en antijurídica. Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.*” (Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 19/09/2006, B., G.M. c. A., M.E., LLBA2006, 1454).

En síntesis, la atribución de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio constituye un antijurídico en nuestro derecho civil, según que vulnere los límites o marcos teleológicos para los cuales fue creado el instituto en cuestión y se configure un verdadero

abuso del derecho de querellar o denunciar. Así, pues, la configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución –que en materia civil no solo es doloso sino también culposo–. Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

Cuestión de relativa dificultad es establecer el presupuesto de la imputabilidad.

El primer paso es establecer qué factor de atribución de responsabilidad se aplica en estos casos, esto es, si el factor subjetivo –que es el ordinario y normal– o el factor objetivo. Aquí no debemos olvidar que la atribución objetiva de responsabilidad es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. arts. 1.846 y 1.847 del Cód. Civ. a menos que se considere como actividad riesgosa –posición que no suscribimos– la denuncia no se inscribe en ninguno de los supuestos de la norma civil y por lo tanto es inaplicable. Al no poder aplicar un factor objetivo de responsabilidad solo queda determinar la atribución subjetiva.

En cuanto a la imputabilidad subjetiva, bien sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia. Debemos mencionar que en casos como el presente que involucra el ejercicio de una facultad, la de denunciar o querellar, no existe una posición jurisprudencial unívoca respecto del factor de atribución y su definición. Tampoco lo es la de la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto de si la acusación, denuncia o querrela calumniosa requieren el conocimiento de la inocencia del acusado, o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. Sin embargo, es menester destacar que en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia, la tesis que propiciaba en estos casos la configuración del dolo para la procedencia de la indemnización de los daños se encuentra en franca retirada. Por lo demás, de acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Cód. Civ. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que, al no haber norma legal que lo requiera expresamente, no

existe razón alguna para que el juez no aprecie la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. 6ª Ed, Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175). La doctrina ampliamente mayoritaria se pronuncia en esta dirección: “...La previsión legislativa de los arts. 1089 y 1090 Cód. Civ. no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual ‘todo aquel que ejecutando un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otra, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta postura merece nuestra adhesión, aún cuando es de advertir que requiere un prudente ejercicio de la función judicial que exija severamente la prueba de la culpa, sea ligereza, negligencia o imprudencia en el denunciante acusador, so peligro de desaliento a quienes pretenden colaborar con las autoridades mediante el ejercicio de una facultad, y a veces, obligación de denunciar los presuntos delitos de que tomo conocimiento”. (Parellada, Carlos Alberto, “Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente”, J.A.1979-III-692); “...Queda claro, por tanto, que la falta de dolo delictual, entendido éste como conocimiento por parte del denunciante de la falsedad de la imputación, implica lisa y llanamente la no configuración de la figura de la acusación calumniosa del art. 1090 del CC. Empero, ello no es óbice para que pueda hablarse de la existencia de un cuasidelito no regulado expresamente por el CC: la denuncia penal culposa...” (Aita Tagle, Fernando - Cornet, Santiago, “Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral”, LLC 2009 abril, 267).

Obviamente, también existe jurisprudencia en este sentido. Así ha podido decirse que “si bien el art. 1090 del Código Civil se refiere al delito de “acusación calumniosa”, a lo que supone ser en sede penal donde, el desestimarse la querrela, se califique de calumniosa la acusación; nada se opone a que la calificación se produzca por la justicia civil en aquellos casos en que la actuación de aquélla jurisdicción en ese sentido no puede producirse, porque lo contrario llevaría a imponer a los jueces civiles a la obligación de establecer una indemnización retaceada, no comprensiva del daño moral”. (ED, 27-346); “La responsabilidad civil de los querellantes no puede tener lugar por el único hecho de que la acción haya sido rechazada, pues la ley solo la admite cuando la acusación ha sido calumniosa u obedeció a una conducta culpable”. (ED, 66-151.); “No cabe confundir la acusación calumniosa del art. 1.090 del C.C. que requiere de un factor

subjetivo de atribución, esto es que el denunciante haya actuado con dolo, pero ello no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1109 C.C. ‘Basta entonces con que el denunciante haya actuado culposamente, si bien suele exigirse la existencia de una culpa grave o grosera (Conf. Belluscio y Zannoni, “Código Civil Comentado”, t. V, ps. 258 y ss.)’. (Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02/12/2008, Filippi, Luis José y otro c. Hernández, Dardo Iván, LLC 2009 abril, 268); “No es exacto que para la configuración del delito civil de ‘acusación calumniosa’ no sea necesaria la presencia del dolo (arts. 1072 y 1090, Código Civil), siendo suficiente que el agente hubiere obrado con temeridad, ligereza, esto es, culposamente”. (ED, 99-376.); “Parece más ortodoxo reservar la expresión ‘acusación calumniosa’ para el delito civil previsto por el art. 1090 del Código Civil, en tanto que la figura culposa encarnada en el art. 1109 del mismo cuerpo legal –falsa imputación por observancia de una conducta temeraria, imprudente, precipitada, etc.– ha de nominarse ‘acusación’ o ‘denuncia culposa’. (ED, 99-376.); “Pese al empleo del término ‘delito’ en los artículos 1089 y 1090, cabe admitir la atribución de responsabilidad por culpa en casos de acusación calumniosa, armonizando las normas específicas con los principios generales que rigen la responsabilidad por daños resultantes de hechos ilícitos (arts. 1109, 1066, 1067, 1071 segunda parte, 1078, 1089, 1090, 1099, Cód. Civil). E incurre en ella quien, al formular la denuncia en sede penal, lo hace en forma precipitada o carente de elementos objetivos.”. (CC0002 SM 48969 RSD-19-1 S 20-2-2001, Juez CABANAS (SD), CARÁTULA: G.,J.C. c/ H.,M.A. s/ Daños, y perjuicios, MAG. VOTANTES: Cabanas-Mares-Occhiuzzi); “Existe obligación de reparar el daño, sea que medie la voluntad y conciencia de hacer una falsa imputación, o porque no se hubiere obrado con malicia sino solo con negligencia. Para el primero de tales supuestos legisla específicamente el art 1089 del Código Civil y el segundo se rige por el art. 1109 del mismo cuerpo legal, habiéndose decidido, en tal sentido, que aunque la denuncia formulada no sea calumniosa, el denunciante responde por los daños y perjuicios que de ella deriven si ha procedido con culpa o negligencia al efectuarla, en cuyo caso es aplicable el art 1109 del Cod. Civil.”. (CC0002 SI 97303 RSD-35-5 S 11-3-2005, Juez MALAMUD (SD), CARÁTULA: Barna c/ Russo s/ Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: MALAMUD-KRAUSE); “5º) Que, por lo demás, no es aceptable la posición

del recurrente en cuanto alega que la decisión del fiscal de no elevar la causa a juicio y su posterior absolución implican que la denuncia no tenía sustento objetivo. Esta Corte tiene dicho que la sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o sobreseimiento del imputado no hace precedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, pues resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (Fallos: 319:2824)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/05/2007, “Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional”, LA LEY 28/06/2007, 7).

Juzgándose la responsabilidad civil en base a criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de valoración para casos como éste, no pueden aplicarse criterios más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad. Los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil, requiere la omisión de las diligencias correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos- de la denuncia.

Analicemos, a la luz de estos aportes, la normativa vigente en la época de la denuncia, a fin de extraer conclusiones definitivas.

Así pues, debe ciertamente atenderse a las disposiciones de la ley penal vigente, pero son los factores de atribución –dolo o culpa– los que habrían de diferir en el ámbito civil respecto de la ley penal para la cual es perseguible primordialmente el acto doloso. En efecto, en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circunstancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en los demás supuestos, dado que un hecho culposo sólo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine. Esto es, la regla es la existencia del dolo, la culpa solo será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga. Ahora bien, tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la

intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de obrar culposo. Basta con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado. Ahora bien, en orden de juzgar el presente caso no debemos perder de vista que la propia ley penal actual ve como un ilícito la simple divulgación de un hecho capaz de malograr la reputación independientemente de si el agente sabía o debía saber su falsedad. Es decir, el dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados. Si la ley penal ve como punible un hecho con estas características, más aún debe entenderse como ilícito civil la comisión de un hecho de divulgación cometido con mera negligencia, sin mediar interés de dañar. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse, como lo tenemos dicho, la intención con la que se hace –dolo o culpa-. Aún más, si tomáramos el presupuesto penal, descrito en el art. 151 del Código Penal, llegaríamos a la conclusión de que la atribución de un hecho disvalioso hecha respecto de una persona ante terceros constituye un acto riesgoso en sí mismo, pues su licitud y exoneración de punición no depende de la conciencia de su falsedad, ni tan siquiera de su temeridad –factores subjetivos de imputabilidad–, sino en ciertos casos –previstos en los núm. 3 y 4– del simple hecho objetivo de ser susceptible de prueba, y de probarlo efectivamente. Entonces, será un ilícito penal aún cuando el sujeto ignorara que el hecho no era verdadero, o todavía más, si tenía dudas sobre si el hecho era o no cierto. No debemos olvidar que estamos aquí ante la divulgación de un hecho demeritorio para la honra, cuya ocurrencia puede darse a través de cualquier medio, inclusive a través de la formulación de una denuncia.

Sin embargo, si bien el hecho tendría entidad suficiente para configurar un antijurídico, debe además existir un factor subjetivo de atribución de responsabilidad. En autos no se ha probado el dolo del demandado, pero –y como lo apuntáramos ya *ut supra*– debemos analizar también si no medió una conducta culposa por su parte. Y en este menester debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputa-

ción, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso *sub examine* debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas.

Por otra parte, tratándose de denuncias o querellas penales, el denunciante o querellante debe incurrir en culpa grave, esto es, su conducta debe denotar un proceder temerario, precipitado o aventurado, habida cuenta de que el reproche subjetivo sobre su conducta debe ser de tal magnitud o intensidad que desnaturalice el ejercicio de la facultad lícita reconocida por el ordenamiento jurídico: la de denunciar o querellar. Este aserto encuentra asidero en las prescripciones de los arts. 372 y 421 del Cód. Civil. En este sentido se expide autorizada doctrina, con argumentos atendibles: "...Dentro de esta vertiente, algunos remarcan, con razón, la necesidad de que esa culpa sea grave, en el caso concreto, pues de otro modo no se preserva adecuadamente el interés social en la investigación y represión de los delitos penales. De allí que no cabría imponerle al denunciante una diligencia mayor de aquellas que correspondería en una situación semejante, conforme a las circunstancias del caso concreto, por ejemplo, requiriéndosele una previa y exhaustiva investigación..." (Pizarro-Vallepeino, "Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones", Tomo 4, p. 368).

La cuestión está así en establecer si en la denuncia formulada por la Sra. Carmen Raquel Aranda Herken contra la Sra. Emiliana Acosta López existió temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además para que dicha temeridad quede configurada, la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge es obvio que tal temeridad desaparece.

En orden, pues, de establecer la temeridad se deben examinar las constancias de la causa penal caratulada "EMILIANA ACOSTA LÓPEZ s/ HURTO". Respecto de dichas constancias se advierte que primeramente, según un orden cronológico se ubica la denuncia de la Sra. Carmen Raquel Aranda Herken, que posteriormente provocó la investigación fiscal de los hechos informados. La consiguiente actuación del Ministerio Público, y las decisiones tomadas por éste contribuyen a esclarecer el punto que estamos tratando de dilucidar. En efecto, en el marco de las investigaciones llevadas adelante por el Ministerio Público se declaró la rebeldía de la imputada (fs. 10), se tomó declaración indagatoria a la imputada (fs. 12), se realizó la audiencia de imposición de medidas (fs. 16), se

dispuso la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva a la imputada (fs. 20/21) y se solicitó prórroga ordinaria del plazo de investigación (fs. 27) el cual fue concedido por el Juez Penal de Garantías (fs. 32). Como puede verse, la imputada -hoy demandante- en vez de facilitar las investigaciones y aclarar los hechos debidamente y con prontitud, se resistió a someterse a la justicia.

Luego, en la misma línea argumental, reviste vital importancia el modo y las causas del sobreseimiento de la imputada, Sra. Emiliana Acosta López, así como el presupuesto legal dentro del cual el mismo ha sido dictaminado. Del escrito de requerimiento conclusivo –sobreseimiento definitivo– presentado por la Fiscalía se advierte que la misma sustentó su pedido sobre la base del art. 359 inciso 1° del Cód. Proc. Penal, que textualmente expresa: “Corresponderá el sobreseimiento definitivo: 1) cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye hecho punible o que el imputado no ha participado en él...”. Por su parte, el Juzgado Penal de Garantías N° 3 resolvió encuadrar el pedido en los arts. 351 y 359 incisos 1° y 2° del Cód. Proc. Penal. Este último, en su inciso 2°, textualmente establece: “Corresponderá el sobreseimiento definitivo: ...2) cuando, a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundamentadamente la apertura a juicio...”. Este presupuesto difiere notoriamente del dispuesto en el inciso 1°, que prevé el sobreseimiento para los casos en que resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye un hecho punible o que el imputado no ha participado en él. La Fiscalía, como vimos, no hizo actividad investigativa sustancial que soporte la acusación. Dado que a partir del Cód. Proc. Penal la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, la víctima denunciante carece de medios para impulsar el proceso. Por ello no se le puede endilgar negligencia alguna a dicha parte por tal motivo. Como puede advertirse entonces, el sobreseimiento de la imputada se produjo debido a la aplicación del principio *in dubio pro reo* consagrado en la Constitución Nacional y en las normas penales. Con ello se demuestra que la conducta endilgada no resultó lo suficientemente clara o esclarecida. En estas condiciones, la incertidumbre respecto de la configuración de la conducta punible atribuida a la actora debe extenderse a la denunciante, cuyo obrar así no puede ser calificado como temerario.

Igualmente debemos señalar que la Fiscalía fundamentó su pedido de sobreseimiento definitivo en la circunstancia de que la imputada no participó en

el hecho punible investigado. Ahora bien, de las constancias del expediente penal traído a la vista no se observan diligencias investigativas que sustenten dichos extremos alegados por la Fiscalía. No obstante ello, al ser facultad exclusiva del Ministerio Público la persecución de los hechos punibles de acción penal pública, el Juzgado Penal de Garantías N° 3 acogió favorablemente el requerimiento.

En síntesis, la serie de circunstancias que giran en torno de la denuncia formulada por la Sra. Carmen Raquel Aranda Herken obstan la posibilidad de valorar su conducta como temeraria, o que, en su caso, en la misma haya mediado culpa grave.

En estas condiciones, al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad o culpa grave en la formulación de la denuncia y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuridicidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar. Consecuentemente, la sentencia debe ser revocada, desestimando, con costas, la acción de indemnización incoada. Las costas en esta instancia deben ser soportadas por la recurrida, conforme a lo dispuesto en el art. 203 inc. "a" del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ; Que se adhiera al voto de la magistrada que antecede por compartir idénticos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

SENTENCIA N°: 15.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR la sentencia apelada y, en consecuencia, DESESTIMAR la acción de indemnización de daños y perjuicios incoada por la actora Sra. EMILIANA ACOSTA LÓPEZ, en los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas a la parte recurrida.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, Y NERI EUSEBIO VILLALBA FERNÁNDEZ.

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 22

Cuestión debatida: *Se promueve juicio ordinario por nulidad de acto jurídico, sobre transferencia de propiedad de un inmueble con un supuesto pacto de retroventa, el Juzgado de Primera Instancia hace lugar a la excepción de prescripción de la causa deducida por la parte demandada, por lo que la actora interpone recursos de nulidad y apelación contra la misma. El Tribunal de Apelación dispone la revocación no haciendo lugar a la prescripción contra la acción de nulidad y, por ende, hace lugar a la nulidad del acto jurídico pretendida por la accionante.*

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Medio general de defensa. Resolución

La excepción de prescripción interpuesta como medio general de defensa, debe ser resuelta mediante la forma de una de sentencia definitiva.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia

El incumplimiento de la forma, por sí mismo, no es razón suficiente para la nulidad de la resolución, el artículo 159 del Código Procesal Civil. establece los requisitos que una sentencia definitiva debe contener, los que en la resolución recurrida se verifican en su totalidad, por ende, la resolución apelada contiene todos los puntos que se requieren en una sentencia definitiva, no procede el recurso de nulidad.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia

La nulidad por la mera diferencia en el tipo y forma de resolución no puede pronunciarse, cuando la recaída en autos tiene todos los requisitos impuestos a aquella que se pronuncia sobre el mérito, por lo que el recurso de nulidad no procede

COMPRAVENTA. Pacto de retroventa. PRESCRIPCIÓN. Procedencia

La venta con pacto de retroventa constituye un negocio jurídico ilícito en cuanto a su objeto, y por ende provoca en el acto una nulidad ab initio, de orden público y no confirmable por las partes, por lo que para determinar el tiempo de prescripción, el art. 658 inc. a) del Código Civil. dispone que no prescribe la acción de impugnación de actos nulos, por tanto la prescripción opuesta a la demanda entablada no está dada y por ende la excepción opuesta no es procedente.

COMPRAVENTA. Pacto de retroventa. ACCIÓN DE NULIDAD

Independientemente de que se haya demostrado o no la existencia o no de un mutuo entre las partes, garantizado con la enajenación, la acción de nulidad por causa de la retroventa tendrá andamio, por lo que la ley presume la ilicitud de la causa de la cláusula de retroventa y la fulmina de invalidez, solo en casos de leyes especiales –como la de fideicomiso– esta presunción está salvada por normas específicas que permiten la operación de retroenajenación, la resolución recurrida debe ser revocada parcialmente y, en consecuencia, se debe hacer a lugar a la presente demanda que por nulidad de acto jurídico

ACCIÓN DE NULIDAD. Demanda contra escribano

El escribano es ajeno a los efectos del acto y por ende un pronunciamiento de nulidad a su respecto carecería no solo de sentido, sino también de eficacia jurídica, debido a que es deber del órgano juzgador revisar la procedencia sustancial de la pretensión, independientemente de las defensas que se hayan opuesto, la acción contra este demandado es improcedente; la sentencia recurrida debe ser revocada parcialmente y, en consecuencia, se hace lugar a la demanda que por nulidad de acto jurídico

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 21/03/13. “MARÍA LUISA FARIÑA VDA. DE ANNARUMMA c/ FULVIA CELINA AQUINO DURÁN Y OTROS s/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO” (Ac. y Sent. N° 22).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI P., VILLALBA y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: El recurrente fundamentó el presente recurso con agravios que se refieren a la cuestión de fondo y deben ser estudiados en la apelación. No obstante existen aspectos que ameritan su análisis oficioso *ex art.* 113 del Cod. Proc. Civ.

En este sentido, debemos puntualizar que en autos nos hallamos ante un juicio ordinario por nulidad de acto jurídico, conforme se aprecia a fs. 48, en la que obra la providencia de inicio del proceso. A fs. 54/57 y 62/66 los codemandados Sr. César Augusto Sanabria Vierci y la Sra. Fulvia Celina Aquino contestan

respectivamente la demanda e interponen la excepción de prescripción a los efectos de rebatir las pretensiones de la parte actora. Es importante advertir que ambos codemandados han dejado a criterio del juez la interpretación de que si dichas excepciones serían juzgadas como una cuestión previa o como un medio general de defensa, según se advierte de los cuerpos y petitorios de los escritos supramencionados. También cabe mencionar que ambos codemandados han solicitado que la cuestión se declare de puro derecho. Esta petición que tuvo su fruto positivo en la providencia de fecha 07 de septiembre de 2010, obrante a fs. 74, en la cual se tuvo por contestada la excepción de prescripción, declaró la cuestión de puro derecho y llamó autos para resolver, lo que finalmente se realizó por medio de la resolución que se halla apelada, la cual tiene nomenclatura de sentencia definitiva, pero estructura de auto interlocutorio.

Entonces, lo que hay que determinar es primeramente si estamos ante la decisión de una excepción previa perentoria, la cual debe tener la forma de auto interlocutorio conforme lo establecen los arts. 158, 223, 233 del Cód. Proc. Civ., o ante la decisión de sobre la procedencia total de la acción, la cual debe tener formato y estructura de sentencia. Según el trámite que ha recibido la causa, el juez ha entendido a la excepción interpuesta como medio general de defensa, que debe ser resuelta mediante la forma de una de sentencia definitiva. En este caso se ha dado a la resolución el nombre de sentencia definitiva pero tiene la estructura de un auto interlocutorio.

Este Tribunal tiene reiteradamente decidido que el incumplimiento de la forma, por sí mismo, no es razón suficiente para la nulidad de la resolución. El artículo 159 del Cod. Proc. Civ. establece los requisitos que una sentencia definitiva debe contener, los que en la resolución recurrida se verifican en su totalidad. Se aprecia la designación de las partes, la cuestión debatida y las alegaciones de las partes, los fundamentos de hecho y de derecho –si bien concisos–, y la decisión, además del pronunciamiento sobre costas. Por ende, la resolución apelada contiene todos los puntos que se requieren en una sentencia definitiva. Por ello, la nulidad por la mera diferencia en el tipo y forma de resolución no puede pronunciarse, cuando la recaída en autos tiene todos los requisitos impuestos a aquella que se pronuncia sobre el mérito; sin perjuicio de que la presente resolución se dicte bajo la forma de sentencia definitiva, en atención a la pronunciación sobre el mérito de la cuestión. El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

Al no advertirse otros vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe ser desestimado.

ASUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que se adhieren al criterio del preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 327 de fecha 11 de mayo de 2.001 el *a quo* resolvió: “1) HACER LUGAR, con costas, a la prescripción deducida por la parte demandada y en consecuencia declarar operada la prescripción de la acción en la presente causa, desestimándose la acción de nulidad de acto jurídico, en los términos del considerando de esta resolución. Ejecutoriada que fuere la presente resolución, ordenar el levantamiento de la medida cautelar decretada sobre el inmueble en cuestión. ANOTESE...”(sic.) (fs. 76 vlt.).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 101/113 arguyendo que de las constancias de autos surge que en este caso no ha transcurrido el plazo requerido por el ordenamiento legal para la prescripción de la acción. Sostiene igualmente que esta demanda se generó a consecuencia de un préstamo de características usurarias entre la Sra. Aquino y la Sra. Fariña. Sostiene que el crédito no fue garantizado por una hipoteca sino mediante una transferencia directa del inmueble a la Sra. Aquino quien otorgó una exclusividad de venta por el término de un año en base a un contrato privado de exclusividad de retroventa. Manifiesta que es así que la Sra. Fulvia Aquino Duran se constituyó en acreedora de la Sra. María Luisa Fariña por quince millones de guaraníes y se comprometió a retrovender el inmueble a cambio de la devolución o pago del préstamo de quince millones de guaraníes más veinticinco millones que con capital más intereses ascienden a cuarenta millones de guaraníes. Agrega que frente a estos hechos la escritura pública y el contrato privado reúnen las condiciones que permiten la nulidad expresada por su objeto ilícito en virtud de lo establecido en el art. 770 del Cód. Civ. Arguye que el art. 365 del Cód. Civ. claramente establece que esta clase de nulidades no prescriben ya que el negocio jurídico en sí era ilícito. Manifiesta que la escritura si bien reúne las condiciones de una escritura formalmente válida, lo cual no quita que el acto que le dió origen y fuera consignada en la misma sea ilícito y por ello sin efecto, como lo establece el art. 356 del Cód. Civ. y si el objeto del contrato es ilícito, como en este caso lo es la compraventa en el

marco de un pacto de retroventa, los actos son nulos por carecer de objeto lícito, no son prescriptibles. Finalmente solicita la revocación del fallo apelado, haciendo lugar a la acción de nulidad promovida por su parte, con expresa imposición de las costas.

El Abog. Carlos Dami Llano contesta los agravios en su escrito obrante a fs. 116/117 señalando que la escritura publica en cuestión no adolece de vicio alguno y que esta revestida de todas las formalidades legales. Sostiene que en la misma no se inserto ninguna cláusula ni pacto que pudiera invalidarla. Manifiesta que dicha escritura publica no contiene ninguno de los requisitos establecidos en el art. 357 y 358 para declararla nula o anulable. Arguye que la carta oferta que alude el recurrente no fue reconocido en juicio, en la instancia inferior por lo que dicho documento es irrelevante para su parte. Sostiene que no observándose violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes no es posible detectar nulidad alguna en este juicio. Manifiesta que la acción para demandar la presente nulidad se halla largamente prescripta ya que han transcurrido todos los plazos posibles establecidos en el Cód. Civ. Expresa finalmente que la resolución apelada se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada.

El notario público César Augusto Sanabria, contesta los agravios en su escrito obrante a fs. 118/120 diciendo que el cómputo realizado por el inferior a los efectos de determinar la prescripción de la acción es correcto. Sostiene además que la falta de acción en este caso es evidente.

En autos se discute la excepción de prescripción opuesta por los demandados a la acción de nulidad intentada por el actor respecto del acto jurídico de enajenación de un inmueble, así como la procedencia misma de la pretensión de nulidad de tal acto.

En primer término debemos resaltar que estamos ante una demanda que ataca un acto jurídico traslativo de dominio sobre un inmueble con un supuesto pacto de retroventa. La enajenación hecha por la Sra. María Luisa Fariña del inmueble individualizado como Finca N° 4.718 con cta. cte. ctal. N° 14-0147-13 del Distrito de la Recoleta, a la demandada Sra. Fulvia Celina Aquino Durán, consta en la escritura pública N 128 de fecha 15 de octubre de 1992 llevada a cabo ante el Escribano Publico Cesar Augusto Sanabria Vierci, transferencia ésta que se ha perfeccionado con un alegado pacto de retroventa, el cual surgiría del instrumento glosado a fs. 13 de autos, atribuido a la demandada, y cuya validez y firma no han sido negadas en el escrito de contestación.

Ahora bien, es de suma importancia hacer un análisis substancial de la instrumental obrante a fs. 13, carta oferta, y de la escritura traslativa de dominio obrante a fs. 15/17, a fin de establecer qué tipo de relación contractual se convino entre las partes y cuál fue su contenido. De las constancias de autos obrantes a fs. 15/17 se colige que efectivamente en fecha 15 de octubre de 1992 la parte actora, Sra. María Luisa Fariña, ha transferido el inmueble individualizado como Finca N° 4.718 con cta. cte. ctral. N° 14-0147-13 del Distrito de la Recoleta, a la demandada Sra. Fulvia Celina Aquino Durán por el monto de quince millones de guaraníes, mediante la escritura pública N° 128 llevada a cabo ante el escribano César Augusto Sanabria Vierci en la fecha supra mencionada. Cabe advertir que prima facie este instrumento público no adolece de vicio formal nulificante alguno. Ahora bien, a fs. 13 de estos autos obra la instrumental catalogada como “carta oferta” también de fecha 15 de octubre de 1992, atribuida a la demandada, y cuya validez y firma no han sido negadas en el escrito de contestación, dirigida a la Sra. María Luisa Fariña –parte actora en estos autos– y que tiene como remitente a la Sra. Fulvia Celina Aquino Durán –parte demandada en estos autos–. En dicha instrumental la Sra. Fulvia Celina Aquino Durán, manifiesta que ofrece en venta exclusiva a la Sra. María Luisa Fariña el inmueble individualizado como Finca N° 4.718 con cta. cte. ctral. N° 14-0147-13 del Distrito de la Recoleta por el precio de cuarenta millones de guaraníes (G. 40.000.000). Esta oferta tiene un plazo de un año de duración desde la fecha de remisión de dicha nota. Estos dos actos deben ser analizados en actos en conjunto, no solamente por la coincidencia de fechas, sino también por la vinculación estrecha de sus contenidos. En efecto, de la lectura de uno y otro vemos cómo los mismos en realidad son dos partes de un mismo negocio jurídico de enajenación con pacto de retroventa. Si bien las partes no han incluido dentro de la escritura pública de transferencia de dominio el pacto de retroventa, lo cual tampoco suele ser usual, claramente lo han hecho en la instrumental obrante a fs. 13 que fue realizada en la misma fecha que dicho instrumento público y entre las mismas partes. De dicha instrumental se puede colegir que para que la actora pueda recuperar el dominio del inmueble vendido a la demandada, debía pagarle la suma de cuarenta millones de guaraníes en el plazo de un año.

Así entonces, la nulidad que debemos de, examinar, en orden a determinar la prescripción de la acción es la de la prohibición de venta con pacto de retro-

venta. Esta prohibición, de carácter legal, está prevista en el art. 770 del Cód. Civ. La cuestión está en determinar la naturaleza de la prohibición, esto es, si constituye una norma dispositiva –que las partes pueden dejar de lado en sus transacciones– o si tiene el carácter de una norma de orden público. Para establecer este carácter debemos recurrir a una interpretación teleológica de la norma, esto es, desentrañar la finalidad buscada por la misma. Y concluimos que el fin de la prohibición se encuentra en la protección de los particulares frente a negocios que ocultan operaciones lesivas y abusivas contra sus patrimonios, que inclusive podrían configurar el ilícito penal de usura. Dado este objetivo que persigue la norma, podemos decir que la misma no tiene una naturaleza dispositiva, sino tuitiva y atinente al orden público. Establecido el punto, debemos pasar a determinar el tipo de invalidez que provoca la violación de esa prohibición. Y aquí debemos referirnos a lo dispuesto en el art. 357 inc. b), que sanciona con la nulidad los actos cuyo objeto es ilícito. Podemos decir que la venta con pacto de retroventa constituye un negocio jurídico ilícito en cuanto a su objeto, y por ende provoca en el acto una nulidad ab initio, de orden público y no confirmable por las partes. Establecida la índole de la nulidad, puede definirse la prescriptibilidad de la misma. Y aquí debemos aplicar el art. 658 inc. a) del Cód. Civ. que dispone que no prescribe la acción de impugnación de actos nulos. Se concluye pues que la prescripción opuesta a la demanda entablada por la actora contra Fulvia Celina Aquino Duran no está dada y por ende la excepción opuesta no es procedente.

Luego, la enajenación con pacto de retroventa es un negocio prohibido por la ley, porque ésta presume que encubre un ilícito. Hemos establecido ya supra que estamos aquí frente a una venta con pacto de retroventa. Por ende, independientemente de que se haya demostrado o no la existencia o no de un mutuo entre las partes, garantizado con la enajenación, la acción de nulidad por causa de la retroventa tendrá andamio. Como se dijo, la ley presume la ilicitud de la causa de la cláusula de retroventa y la fulmina de invalidez. Solo en caso de leyes especiales –como la de fideicomiso– esta presunción está salvada por normas específicas que permiten la operación de retroenajenación.

En cuanto al escribano autorizante, César Augusto Sanabria, este Tribunal ya tiene dicho que un pronunciamiento de nulidad solo tiene andamio entre las partes que han sido vinculadas por el negocio jurídico y alcanzadas por sus efectos. El escribano es ajeno a los efectos del acto y por ende un pronunciamien-

to de nulidad a su respecto carecería no solo de sentido, sino también de eficacia jurídica. Recordemos que es deber del órgano juzgador revisar la procedencia sustancial de la pretensión, independientemente de las defensas que se hayan opuesto. La acción contra este demandado es improcedente.

En consideración de todo lo antedicho se concluye que la recurrida debe ser revocada parcialmente y, en consecuencia, se debe hacer a lugar a la presente demanda que por nulidad de acto jurídico promueve la Sra. María Luisa Fariña Vda. de Annarumma contra la Sra. Fulvia Celina Aquino Durán.

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. Voto en tal sentido.

ASUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que se adhieren al criterio del 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,

SENTENCIA N°: 22.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR la resolución recurrida, no haciendo lugar a la excepción de prescripción contra la acción de nulidad y en consecuencia corresponde hacer lugar a la presente demanda de nulidad de acto jurídico promovida por la Sra. María Luisa Fariña Vda. De Annarumma contra la Sra. Fulvia Celina Aquino Durán.

IMPONER costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 24

Cuestión debatida: *Si procede una demanda de daños y perjuicios originados en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia realizada contra el actor que derivó en una investigación penal.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. PROCEDENCIA.

Debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva– un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. “EUGENIO CABALLERO TORALES c/ CAMBIOS LA MONEDA S.R.L. s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (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: BUONGERMINI P., MARTÍNEZ PRIETO, y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI DIJO: El recurrente desiste expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida de oficio, el mismo tenerse por desistido.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al voto del preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la S.D. N° 125 de fecha 14 de marzo de 2.012 el a-quo resolvió: “RECHAZAR, con costas, la demanda ordinaria de indemnización promovida por el señor EUGENIO CABALLERO TORALES, contra la firma LA MONEDA S.R.L. CAMBIOS. NOTIFICAR, anotar...” (fs. 223).

De dicha sentencia recurre el abogado de la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 229/232. Manifiesta que la parte

demandada es responsable civilmente por haber acusado a su parte de hechos punibles, por haber acusado a su parte de un delito que ni siquiera el Ministerio Público ha imputado y menos acusado y por haber presentado la querrela y acusación por más de que no estaba obligado y que este accionar le ha causado un perjuicio. Dice que la demanda ha sostenido una acusación en su contra por el delito de producción de documento no auténtico, del cual tuvo que defenderse y que ni el Ministerio Público ha acusado, por lo que no puede sostener que lo ha realizado por un deber legal. Sostiene además que la denuncia y la posterior acusación por parte de la demandada le ha causado daños y perjuicios, según se puede colegir del escrito inicial de demanda y cuyos montos no fueron cuestionados por la parte demandada. Arguye que la interpretación del art. 1869 es totalmente opuesta al del juez inferior, porque en el presente juicio civil la parte demandada no puede discutir el hecho principal por el cual ha querellado. Manifiesta que la parte demandada en la querrela no ha demostrado ninguna diligencia en la investigación penal y no se opuso al sobreseimiento provisional ni al sobreseimiento definitivo. Arguye que la parte demandada ha acusado a mi parte de un hecho punible inexistente, no ha realizado las diligencias tendientes a sostener su acusación presentando los balances donde se demostraren las supuestas pérdidas, no ha utilizado los recursos que le otorga el Código Procesal Penal apelando la resolución y se ha allanado al pedido de sobreseimiento provisional y definitivo. En tales términos solicita la revocación de la sentencia apelada.

Corrido traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 235/243. Sostiene que la pretensión de la parte actora de cobrar suma de dinero a la Moneda Cambios S.R.L. por supuesto daño, no encuentra tutela jurídica y mucho menos respaldo legal, pues el hecho de querellar es un acto permitido por la ley y lejos está de ser un acto ilícito, más aun cuando el querellante es la propia víctima del injusto. Arguye que en los delitos de acción penal pública, la querrela adhesiva como en este caso, no tiene autonomía y está obligada a atarse a las decisiones del Ministerio Público quien es el verdadero titular de la acción. Manifiesta que la participación de la querrela adhesiva en la acción penal contra el demandante, se ajusta perfectamente a la expectativa permisiva del derecho y no genera responsabilidad alguna, como acertadamente lo ha concebido el a quo al rechazar la presente demanda. Dice que el sobreseimiento libre de la actora no está fundado en la inexistencia de hechos puni-

bles, ni en la no participación del mismo, la representante del Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento libre de los imputados en virtud al art. 359 inc., 2 del CPP porque se ha extraviado entre el Juzgado y la Fiscalía, la evidencia principal que se había utilizado para perjudicar su parte y no porque el hecho no existió. Manifiesta que la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte Suprema de Justicia señala que el daño es indemnizable cuando fue realizado por acto ilícito debiendo la ilicitud cumplir con las condiciones de antijuricidad, voluntariedad y daño, elementos que no se reúnen en la conducta de la demandada. Sostiene que su parte realizó la denuncia pertinente para así ejercer sus derechos contemplados en los Arts. 9º y 15 de la Constitución Nacional y los Arts. 68 y 69 del CPP, este derecho de relevancia constitucional, se erige como un derecho inalienable, debido a que el Estado debe asegurar el acceso a la justicia a la víctima, otorgando las herramientas para que ella pueda participar en el juicio penal en calidad de sujeto procesal. Dice que el sobreseimiento provisional se dictó por ausencia de elementos de convicción para requerir la apertura a juicio en los términos del Art. 362 del CPP, y el sobreseimiento definitivo por la falta de posibilidad razonable de incorporar nuevos elementos de prueba, conforme al art. 359 inc. 2) del CPP, es decir, se probó que los accionantes participaron en un faltante que fue cubierto con un cheque sin fondo, pero no se elevó a juicio oral porque dicho cheque desapareció. Sostiene que en el presente caso claramente no se configura temeridad ni culpa alguna en la conducta del demandado, por ende la demanda por indemnización no es procedente. En estos términos solicita la confirmación de la sentencia apelada.

La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda de daños y perjuicios originados en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia realizada contra el actor que derivó en una investigación penal.

En primer término debemos recordar brevemente los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización. Es decir, debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva– un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

Las acciones de indemnización por daños derivados de denuncias realizadas ante la autoridad u órganos competentes para recibirlas, para ser procedentes, deben configurar también los supuestos de indemnización previstos por nuestro ordenamiento. Se debe, pues, analizar la concurrencia de los requisitos exigidos a tal efecto.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestiones de esta naturaleza tienen que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Se trata aquí de una denuncia penal por virtud de la cual se ha atribuido judicialmente al hoy demandante la comisión de un delito, a saber: lesión de confianza y apropiación; conforme se aprecia de las constancias del expediente penal “Emilio Daniel Vergara Cartes, Luis Enrique Cartes Araujo y Eugenio Caballero Torales s/ lesión de confianza y apropiación” que se encuentra agregado a estos autos.

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y a la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público, a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva previstos en la ley.

El mero hecho de denunciar o incluso querellar no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la buena razón de que entonces nadie se animaría a incoar denuncias. La acción de denunciar constituye en principio el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, en incluso, en determinadas hipótesis previstas en la ley configura una verda-

dera obligación (cfr. art. 286 del Cód. Proc. Penal). Empero, bajo ciertas condiciones puede llevar a situaciones en las que configura un antijurídico. La intencionalidad del agente, con la que se hace la denuncia es aquí determinante. En este contexto no debemos olvidar que la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa –y aún la simple temeridad-. Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito –y por ende excluir su antijuridicidad– puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado, en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente– implica una violación solapada del ordenamiento jurídico (Atilio Anibal Alterini – Oscar José Ameal – Roberto M. López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, pp. 719/720). En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo –en su configuración– a la trasgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional. Existe jurisprudencia que apoya este razonamiento: “...*La antijuridicidad, en el caso particular del delito de calumnias que se imputa a la emplazada, se encuentra íntimamente ligada al factor de atribución por lo que no cabe sino analizarlos en forma conjunta. Es que la denuncia de un hecho configurativo de un delito no sólo no es a priori antijurídica sino que es un derecho de todo ciudadano y, en algunos supuestos específicos, un deber; pero si el delito no existió y, además, el denunciante actuó con dolo o culpa, entonces la conducta se transforma en antijurídica. Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.*” (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, 19/09/2006, B., G.M. c. A., M.E., LLBA 2006, 1454).

Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

A la luz de las disposiciones legales reseñadas y los conceptos ensayados precedentemente, podemos arribar a una primera conclusión. La denuncia

entendida como modo de poner a conocimiento de la autoridad pública competente, sea jurisdiccional o administrativa, ciertos hechos contrarios a Derecho –hechos punibles o ilícitos en general– que de ser ciertos ameriten una sanción, y su atribución falsa a una persona determinada, es un conducta antijurídica. También lo es la denuncia que sin atribuir la comisión de ilícitos penales o faltas, por su contenido, es susceptible de lesionar el honor de una persona.

En síntesis, la atribución falsa de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal, administrativa u otro medio, constituye un antijurídico en nuestro derecho civil. También lo es la denuncia que por su contenido y sin atribuir una conducta punible tiene entidad suficiente para dañar el honor del afectado. Pero he aquí lo determinante, para configurar la ilicitud se requiere además, como vimos, la culpabilidad del agente: dolo o culpa.

Cuestión de relativa dificultad es establecer el presupuesto de la imputabilidad.

El primer paso es establecer qué factor de atribución de responsabilidad se aplica en estos casos, esto es, si el factor subjetivo –que es el ordinario y normal– o el factor objetivo. Aquí no debemos olvidar que la atribución objetiva de responsabilidad es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. Arts. 1.846 y 1.847 del Cód. Civ. a menos que se considere como actividad riesgosa –posición que no suscribimos– la denuncia no se inscribe en ninguno de los supuestos de la norma civil y por lo tanto es inaplicable. Al no poder aplicar un factor objetivo de responsabilidad solo queda determinar la atribución subjetiva. En este sentido el argumento y agravio principal de la actora según el cual *“si la sentencia es absolutoria, el acto es ilícito y los daños generados son resarcibles”* es equivocado, pues es importante remarcar que la absolución del denunciado o la desestimación de la denuncia o querrela no puede generar *per se* responsabilidad civil en cabeza del denunciante, porque -como vimos- nuestro sistema de responsabilidad civil en su órbita subjetiva requiere un juicio de valor o reproche sobre la conducta del agente, esto es, la atribución de dolo o culpa en su conducta, conforme con lo dispuesto en el art. 1834 inc. “c” del Cód. Civil. La doctrina y jurisprudencia dominante se inclina decididamente en este sentido: *“...Para que sea procedente un reclamo indemnizatorio por denuncia penal culposa deben concurrir, además del daño resarcible y de la relación de causalidad adecuada, dos elementos específicos:*

uno relativo a la finalización de la causa penal (absolución o sobreseimiento) y otro relativo al factor de atribución de responsabilidad (imprudencia, negligencia o precipitación en el denunciante). No caben dudas de que el proceso penal iniciado por la denuncia debe haber finalizado. Ello por cuanto, de no aguardarse la finalización del proceso penal, podría darse el absurdo de que se condene penalmente al imputado por el delito denunciado, al mismo tiempo que en sede civil se obligue al denunciante a pagar una indemnización por denuncia negligente. Por otra parte, sin la finalización del proceso penal le sería harto dificultoso al magistrado civil juzgar el elemento subjetivo, esto es, la culpa del denunciante.” (Aita Tagle, Fernando - Cornet, Santiago, “Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral”, LLC 2009 abril, 267); “... Vale remarcar que la absolución del imputado no significa por sí sola que el querellante o denunciante vea comprometida su responsabilidad, debiendo probarse el elemento subjetivo al que hemos hecho referencia anteriormente...”. (Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, “Instituciones de derecho civil, Obligaciones”, Editorial Hammurabi, Tomo IV, p. 370.); “...Finalmente, del mero rechazo de la denuncia no cabe, sin más, inferir su índole dolosa o culposa. Cabe examinar con prudencia sus términos y su fundamentación.” (Jorge Mosset Iturraspe - Miguel A. Piedecasas, “Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil”, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 194/195); “...El autor de falsa denuncia puede incurrir en responsabilidad civil cuando como consecuencia de su conducta resulte un daño a quien sea detenido o procesado por el hecho inexistente. Lo fundamental será que se reúnan los elementos del acto ilícito: dolo o culpa, daño, antijuridicidad de la conducta y relación de causalidad”. (Parellada, Carlos Alberto, “Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente”, J.A.1979-III-692).

Descartado el hecho objetivo de atribución, se debe mirar a los factores subjetivos. En cuanto a la imputabilidad subjetiva, bien sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia. En casos como el presente, que involucra el ejercicio de una facultad, la de denunciar o imputar, no existe una posición jurisprudencial unívoca al respecto del factor de atribución y su definición. Tampoco lo es la de la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto

de si la acusación, denuncia o querrela calumniosa requieren el conocimiento de la inocencia del acusado, o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. Sin embargo, actualmente —y desde hace ya mucho tiempo— la tesis que propiciaba en estos casos la configuración del dolo para la procedencia de la indemnización de los daños se encuentra en franca retirada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además, de acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que, volviendo sobre lo expuesto más arriba, todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Cód. Civ. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que, al no haber norma legal que requiera expresamente el dolo, y sí por el contrario una que incluye el presupuesto culposo, no existe razón alguna para que el juez no aprecie tanto la culpa como la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. 6ª Ed., Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175). Obviamente, existe jurisprudencia, además de la ya reseñada, que avala lo sustentado. Así ha podido decirse que *“si bien el art. 1090 del Código Civil se refiere al delito de ‘acusación calumniosa’, a lo que supone ser en sede penal donde, al desestimarse la querrela, se califique de calumniosa la acusación; nada se opone a que la calificación se produzca por la justicia civil en aquellos casos en que la actuación de aquella jurisdicción en ese sentido no puede producirse, porque lo contrario llevaría a imponer a los jueces civiles la obligación de establecer una indemnización retaceada, no comprensiva del daño moral”* ED, 27-346; *“No cabe confundir la acusación calumniosa del art. 1.090 del C.C. que requiere de un factor subjetivo de atribución, esto es que el denunciante haya actuado con dolo, pero ello no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1109 C.C. ‘Basta entonces con que el denunciante haya actuado culposamente, si bien suele exigirse la existencia de una culpa grave o grosera’* (Conf. Belluscio y Zannoni, “Código Civil Comentado”, t. V, ps. 258 y ss.).” (Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02/12/2008, Filippi, Luis José y otro c. Hernández, Dardo Iván, LLC 2009 abril, 268); *“Exceptuando aquellos casos en que la prejudicialidad de la sentencia penal sea impeditiva (arts. 1102 y 1103, Código Civil), el juez civil puede apreciar la ‘intención’ dolosa en la figura del*

art. 1090 del Código Civil (“acusación calumniosa”); y, a fortiori, tendrá amplias facultades para hacerlo cuando se está frente al cuasidelito de “acusación culposa” (art. 1109 del mismo código- contactado con el art. 1090) que no se corresponde con delito criminal alguno (de donde no puede haber prejudicialidad)”. ED, 99-376.; “Pese al empleo del término ‘delito’ en los artículos 1089 y 1090, cabe admitir la atribución de responsabilidad por culpa en casos de acusación calumniosa, armonizando las normas específicas con los principios generales que rigen la responsabilidad por daños resultantes de hechos ilícitos (arts. 1109, 1066, 1067, 1071 segunda parte, 1078, 1089, 1090, 1099, Cód. Civil). E incurre en ella quien, al formular la denuncia en sede penal, lo hace en forma precipitada o carente de elementos objetivos.”. (CC0002 SM 48969 RSD-19-1 S 20-2-2001, Juez CABANAS (SD), CARÁTULA: G., J.C. c/ H., M.A. s/ Daños, y perjuicios, MAG. VOTANTES: Cabanas-Mares-Occhiuzzi).

Juzgándose la responsabilidad civil en base a criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de valoración para casos como éste, no pueden aplicarse criterios más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad. Los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil requiere la mera omisión de las diligencias correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia. A ello nos abocaremos de inmediato.

Así pues, debe ciertamente atenderse a las disposiciones de la ley penal vigente, pero son los factores de atribución –dolo o culpa– los que habrían de diferir en el ámbito civil respecto de la ley penal, para la cual es perseguible primordialmente el acto doloso. En efecto, en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circunstancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en los demás supuestos, dado que un hecho culposo sólo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine. Esto es, la regla es la existencia del dolo, la culpa solo será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga. Ahora bien, tratándose de la

difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de culpa. Basta con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado. Así pues, en orden de juzgar el presente caso no debemos perder de vista que la propia ley penal actual ve como ilícito la simple divulgación de un hecho capaz de malograr la reputación independientemente de si el agente sabía o debía saber su falsedad. Es decir, el dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, que resulta indiferente, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados. Si la ley penal ve como punible un hecho con estas características, independientemente de la intención de falsear, más aún debe entenderse como ilícito civil la comisión de un hecho con mera negligencia en el obrar, aun sin mediar la intención falsaria. En cuanto a la intención de dañar, esta nunca ha sido en nuestro sistema civil requisito ineludible de resarcimiento, por lo que la mera culpa ya haría generar la responsabilidad. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse la intención con la que se hace y aún la simple temeridad de ella. Aún más, si tomáramos el presupuesto penal, descrito en el art. 151 del Código Penal, llegaríamos a la conclusión de que la atribución de un hecho disvalioso hecha respecto de una persona ante terceros constituye un acto riesgoso en sí mismo, pues su licitud y exoneración de punición no depende de la conciencia de su falsedad, ni tan siquiera de su temeridad -factores subjetivos de imputabilidad-, sino en ciertos casos –previstos en los núm. 3 y 4– del simple hecho objetivo de ser susceptible de prueba, y de probarlo efectivamente. Entonces, será un ilícito penal aún cuando el sujeto ignorara que el hecho no era verdadero, o todavía más, si tenía dudas sobre si el hecho era o no cierto. No debemos olvidar que estamos aquí ante la divulgación de un hecho desmeritador para la honra, cuya ocurrencia puede darse a través de cualquier medio, inclusive a través de una simple denuncia.

Sin embargo, si bien el hecho podría tener entidad suficiente para configurar un antijurídico, debe además existir, como ya vimos, un factor de atribución subjetivo que cierre a la vez el requisito de ilicitud y de imputabilidad. En autos no se ha probado el dolo del demandado, pero –y como lo apuntáramos ya *ut supra*– debemos analizar también si no medió una conducta culposa por su parte. Y en este menester debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso *sub examine* debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas. Tratándose de afirmaciones de hechos capaces de lesionar el honor, que se hacen a través de denuncias, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad. La cuestión está así en establecer si en la denuncia efectuada por los demandados contra el Sr. Luis Barrientos existió temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además para que dicha temeridad quede configurada la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge tal temeridad desaparece.

En orden, pues, de establecer la temeridad se deben examinar las constancias de la causa penal.

Del expediente “EMILIO DANIEL VERGARA CARTES, LUIS ENRIQUE CARTES ARAUJO Y EUGENIO CABALLERO TORALES S/ LESIÓN DE CONFIANZA Y APROPIACIÓN”, obrante en autos, surge que el proceso se inició como consecuencia de una denuncia penal realizada por la Moneda Cambios S.R.L. contra los Sres. Emilio Daniel Vergara, Luis Enrique Cartes y Eugenio Caballero Torales; el Fiscal Penal de la Unidad N° 3 de Asunción por resolución Fiscal N° 202 de fecha 25 de noviembre de 2006 dispuso, entre otras cosas, la detención preventiva del Sr. Eugenio Caballero Torales; en fecha 10 de mayo de 2007 el Fiscal interviniente formula acusación y solicita apertura a juicio; declarándose abierta la etapa intermedia. Posteriormente por A.I. N° 553 de fecha 01 de julio de 2008, obrante a fs. 107, el Juzgado Penal de Garantías N° 5 dispuso el sobreseimiento provisional de los imputados entre ellos al actor de la presente demanda en virtud a lo establecido en el art. 362 del CPP. Por A.I. N° 438 del 12 de mayo de 2009 el Juzgado Penal de Garantía N° 5 finalmente dispuso sobreseer definitivamente al Sr. Eugenio Caballero Torales en virtud a lo establecido en el art. 359 inc. 2 del CPP.

Recordemos que el hecho punible atribuido al Sr. Eugenio Caballero Torales se originó en un operativo realizado por la Policía Nacional a los efectos de constatar la situación irregular denunciada por la firma La Moneda S.R.L., según se colige de las instrumentales obrantes a fs. 16/21. La situación irregular consistía en la supuesta apropiación y lesión de confianza, por parte del Sr. Emilio Daniel Vergara Cartes, de la suma de 50.051 dólares americanos, 12.500 pesos argentinos y 28.084.518 guaraníes, dejando en contrapartida un cheque de guaraníes 320.466.400, que al ser presentado en fecha 20 de noviembre de 2006, fue devuelto por insuficiencia de fondos. Dicha supuesta operación fue realizada en fecha 17 de noviembre de 2006 por el Sr. Emilio Daniel Vergara Cartes, constatándose dicho faltante el día 18 de noviembre de 2006, mediante una fiscalización realizada por el Sr. Juan Cristóbal Fleitas Torres, socio gerente de la referida casa de cambios. En tal sentido se imputo al Sr. Eugenio Caballero Torales como cómplice de la redacción del contenido del cheque N° 7956910 de la cuenta corriente N° 06.0.063819/8, abierta en el Banco Nacional de Fomento, perteneciente al Sr. Luis Enrique Cartes Araujo que fuera dejado en contrapartida por el Sr. Vergara. Quizás sea reiterativo y esté por demás decir, por constituir una obviedad, que la referencia efectuada al hecho punible no es al efecto de la investigación de la configuración —o no— de la conducta imputada al actor a través de la querrella como hecho punible tipificado y sancionado por la ley penal, sino que reconoce como única finalidad la de contrastar o confrontar la conducta de la firma de los demandados en su actuar para establecer la existencia de temeridad en su proceder. En otros términos, para determinar si el accionar de los demandados, en base a los elementos con que contaba y las circunstancias que rodearon al caso, denota o no la existencia de culpa grave en la promoción de la denuncia penal.

En otro orden de cosas, es menester destacar que para evaluar la existencia de temeridad o culpa grave en la conducta de los demandados, no puede perderse de vista que el art. 421 del Cód. Civil preceptúa que la omisión de la diligencia debe apreciarse en función a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En este orden de ideas, conviene precisar que no puede exigirse a los demandados una diligencia mayor a la exigida normal o comúnmente a las personas en general para la promoción de una querrella criminal. Y ello es así porque no existe criterio normativo o fáctico en el caso de marras que imponga un deber de diligencia más intensa que la exigida a la generalidad de las personas que

intenten querellas criminales, esto es, no se mide este actuar con un criterio de atención a la profesionalidad u otra cualidad del agente, porque dicha profesionalidad o calidad no está dada en el mismo. Además, porque la imputación de un delito a una persona determinada a través de una querella criminal se realiza –al menos en principio y ordinariamente- a los efectos de esclarecer los hechos que la motivan y, eventualmente, obtener una condena. Por otra parte y en el mismo sentido, debemos decir que ordinariamente cuando se presentan hechos que sean susceptibles de afectar determinados bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección y que podrían ser considerados penalmente perseguibles, las personas, profanas en cuestiones jurídicas, antes de asumir una posición como la de querellante en un proceso penal buscan asesoramiento profesional a fin enmarcar jurídicamente la conducta objeto de reproche y sopesar las probabilidades de éxito de su pretensión en base a las circunstancias y elementos con los que se cuenta a disposición. A dicho motivo obedece el patrocinio obligatorio de abogado para promover querellas –requisito no exigido para incoar denuncias–, previsto en el art. 73 concordante con el art. 291 inc. 1 del Cód. Proc. Penal.

Esta causa penal, finalmente, y previo los trámites pertinentes culminó con el sobreseimiento libre del Sr. Caballero Torales por tecnicismos propios del proceso, vale decir la sospechosa pérdida de uno de elementos de prueba –el cheque N° 7956910– y la imposibilidad de aportar nuevas instrumentales al proceso. Aparentemente se probó que los hoy accionantes participaron en un faltante que fue cubierto con un cheque sin fondo, pero no se elevó a juicio oral porque dicho cheque –elemento de prueba fundamental- se ha extraviado. Dicha resolución se encuentra aparentemente firme.

Sin embargo y si bien resultó que los hechos no tuvieron entidad suficiente para constituir hechos punibles no puede predicarse que los demandados incurrieron por dicho motivo en un comportamiento temerario o aventurado en la promoción de la denuncia, que es lo que interesa a los fines del resarcimiento de los daños en sede civil. En síntesis, en base a lo expuesto *supra* y a las constancias del expediente penal, se desprende que los demandados no obraron de manera irracional, sin razón o fundamento alguno, ni que ello lleve a demostrar culpa grave o temeridad en su conducta. De modo que al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuricidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

JURISPRUDENCIA

Consecuentemente, la sentencia debe ser confirmada. Las costas en esta instancia deben ser soportadas por el recurrente, conforme a lo dispuesto en el art. 203 inc. "a" del Cód. Proc. Civ.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al criterio del 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.

SENTENCIA N° 24.

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 el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas al recurrente.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 30

Cuestión debatida: *La demandada interpone recursos de nulidad y apelación en contra de la sentencia de primera instancia que no hace lugar a la excepción de falta de acción, no hace lugar a la impugnación de factura presentada por la actora y hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios y condena al pago más intereses en el 2,5% mensual a partir de la notificación de la demanda. El Tribunal de Apelación dispone hacer lugar parcialmente al recurso de nulidad sobre la condena accesorio de los intereses; luego confirma la sentencia recurrida haciendo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios.*

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia parcial.

En el caso de la condena accesoria es una cuestión que, si bien forma parte del fallo, es independiente al análisis de la procedencia sustancial de la demanda. En estas condiciones no podemos sino hacer lugar parcialmente al recurso de nulidad; nulidad que solo se extiende a la condena accesoria de intereses contra el accionado, se hace parcialmente al recurso de nulidad y se confirma la sentencia apelada.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia parcial.

De conformidad al art. 406 del Código Procesal Civil, el Tribunal pasará a resolver sobre el fondo de la cuestión anulada, conjuntamente con la apelación, con la cual estas cuestiones se hallan estrechamente vinculadas, dado que la entidad y cuantificación del daño solo habrá de ser procedente si se establece previamente la existencia de una responsabilidad civil, esto es, un factor de atribución en el demandado y en nexo causal entre el hecho y el daño alegado. Habiendo la parte expresado agravios respecto de estas cuestiones, no cabe sino examinarlas previamente.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños materiales patrimoniales. Daños personales.

En la excepción de falta de acción se debe probar que el actor o el demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. empero, esta falta de calidad solo puede estar referida a los daños materiales patrimoniales que alega el actor, no así a los daños personales, los cuales corren independientemente de cualquier consideración de titularidad sobre el automóvil siniestrado.

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA.

Si las partes invocan erradamente el carácter o título de propietario, pero de la relación de hechos en la demanda surge que el demandante es poseedor, por aplicación del principio *iura novit curia*, se incursan los hechos y circunstancias alegadas en la normativa que corresponda. Sin embargo, para que el Juzgador pueda aplicar el principio enunciado, la calidad de poseedor debe surgir de la exposición de hechos alegados por el actor, que sería tan solo reinterpretada por el órgano jurisdiccional.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Calidad invocada.

Cuando en el escrito inicial, no surge literalmente la calidad invocada, debido a que el actor utiliza expresiones como “mi vehículo” y “mi automóvil”

pero luego al contestar la excepción de falta de acción, clarifica que lo que fue expresado es la propiedad registral del automotor, esta presentación vincula y limita al actor, quien clarifica así la calidad jurídica de su pretensión, por tanto se confirma la resolución apelada la cual hace lugar a demanda por indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Titularidad del vehículo siniestrado.

Al haberse acreditado la titularidad del vehículo siniestrado con la agregación –bien o mal– de las instrumentales, no cabe más que desestimar la excepción de falta de acción planteada por la recurrente, así como no ataca la culpabilidad ni los daños patrimoniales.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral. ACCIDENTE DE TRÁNSITO.

Como consecuencia del accidente de tránsito, la parte actora ha padecido dolor físico de cierta entidad, lo cual de por sí ya sustentaría el daño moral; es sabido que la conservación intangible de la integridad del cuerpo es uno de los bienes jurídicos que son atributos de la persona; cualquier alteración del cuerpo tiene repercusiones sobre el bienestar emocional de los sujeto, por lo que se considera que los daños aquí causados pueden ser correctamente incluidos en el rubro de indemnización por daño moral, por tanto corresponde confirmar la cuantía de lo dispuesto en este concepto, procede a la confirmación de la sentencia recurrida que hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Intereses. Determinación. ACCIDENTE DE TRÁNSITO.

Los intereses se deben desde el mismo momento del ilícito y no desde la interposición o notificación de la demanda, ni desde “la notificación de la demanda” como equivocadamente se sostuvo en primera instancia, por lo que el hecho dañoso –y consiguiente ilícito– es el accidente de tránsito, los intereses habrían de computarse desde el día del siniestro, empero, la inferior los fijó desde la notificación de la demanda. Como el actor no apeló esta decisión, el asunto pasó para él en autoridad de cosa juzgada, así pues y en virtud del principio de la prohibición de *reformatio in peius* y de lo ya explicitado en la nulidad en cuanto a este punto, la tasa de interés debe ser fijada conforme con la pretensión incoada, pues así lo exige el principio dispositivo, en un 2% men-

sual, y que la misma corra a partir del día de la notificación de la presente demanda.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 04/04/13. “PERFECTO BENÍTEZ EMERY c/ GRIELDASAMANIEGO ROMERO s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (Ac. y Sent. N° 30).

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, MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO DIJO: El recurrente sostiene que se agravia de la imposición del 2.5% de interés mensual a partir de la notificación de la demanda. Sostiene que la parte actora en su escrito inicial ha solicitado únicamente el 2% mensual hasta el momento de dictar sentencia definitiva. Arguye que en estos términos la interpretación dada por la a-quo es errada y extra petita por haber impuesto un monto superior de intereses al solicitado por la parte actora.

En esta inteligencia del reexamen de los autos surge que la actora al presentar su escrito de demanda ha solicitado el monto de: “...Guaraníes Diez Millones Setecientos Mil más 2% (dos por ciento) mensual hasta el momento de dicta sentencia definitiva según el escrito obrante a fs. 18. Sin embargo, la *a-quo*, soslayando este hecho, ha establecido en la sentencia definitiva que “...intereses del 2.5% mensual a partir de la notificación de la demanda”. Se constata, pues, otra incongruencia del fallo.

Al respecto, el Art. 15 del Código Procesal Civil expresa: “Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial:.. inciso d) pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales...”. El Cód. Proc. Civ., en su artículo 159 cita los requisitos que deberá contener necesariamente la sentencia definitiva, disponiendo en su inciso c): “... El juez deberá decidir todas las pretensiones deducidas y sólo sobre ellas...” y en su inciso e) “...la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio...”.

Aquí debemos decir que la nulidad de una parte del acto no afecta a las otras que son independientes de aquella parte, así como tampoco la de aquellos que no dependen de él ni son su consecuencia, conforme lo tiene establecido el art. 115 del Código de Ritos. En el caso de la condena accesoria es una cuestión que, si bien forma parte del fallo, es independiente al análisis de la procedencia sustancial de la demanda. En estas condiciones no podemos sino hacer lugar parcialmente al recurso de nulidad; nulidad que solo se extiende a la condena accesoria de intereses contra el accionado.

Luego, de conformidad al art. 406 del Cód. Proc. Civ., el Tribunal pasará a resolver sobre el fondo de la cuestión anulada, conjuntamente con la apelación, con la cual estas cuestiones se hallan estrechamente vinculadas, dado que la entidad y cuantificación del daño solo habrá de ser procedente si se establece previamente la existencia de una responsabilidad civil, esto es, un factor de atribución en el demandado y ennexo causal entre el hecho y el daño alegado. Habiendo la parte expresado agravios respecto de estas cuestiones, no cabe sino examinarlas previamente.

A SUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al criterio de la preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 1081 de fecha 08 de noviembre de 2010 el *a-quo* resolvió: “I. NO HACER LUGAR a la excepción de falta de acción opuesta por la demandada GRISELDA SAMANIEGO ROMERO por lo motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. II. NO HACER LUGAR a la impugnación de la factura presentada por la parte actora deducida por la demandada GRISELDA SAMANIEGO ROMERO por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. III. HACER LUGAR a la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve PERFECTO BENÍTEZ EMERY contra GRISELDA SAMANIEGO ROMERO y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de la suma GUARANÍES UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS (Gs. 1.952.200), suma que deberá ser abonada en el perentorio plazo de diez días de ejecutoriada la presente resolución, con intereses del 2,5% mensual a partir de la notificación de la demanda. IV. IMPONER las costas de la demanda y la impugnación de facturas a la parte demandada y las de la excepción de falta de acción a la parte actora por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR...” (sic.) (fs. 64 vlta.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de fs. 76/77. Manifiesta que su parte ha opuesto excepción de falta de acción fundada en que el actor reclamó la indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de un accidente de tránsito, manifestando ser propietario del automotor siniestrado, sin embargo, el actor no ha acompañado con la demanda ningún documento que acredite la titularidad y menos aún la exigida por la jurisprudencia. Sostiene que la consecuencia del incumplimiento de la carga del actor de acompañar los documentos, en la oportunidad procesal que la ley establece, es la de que no deben ser admitidos los documentos acompañados al contestar la excepción de falta acción. Arguye que el a-quo sostuvo que su parte supuestamente no se ha opuesto a la agregación de tales documentales contrariando lo manifestado más arriba de que el propio Juzgado no tuvo por agregado las instrumentales acompañadas con la contestación y mucho menos ordenó el traslado de dichos documentos. Manifiesta también que su parte se agravia con relación al monto dado en concepto de daño moral. Al respecto sostiene que el daño moral deviene totalmente improcedente por cuanto que en reclamaciones dinerarias no puede admitirse tal tipo especial de resarcimiento porque solamente está reservado para aquellos casos en que a consecuencia del hecho dañoso es razonable entender que la persona perjudicada no se comporta luego de la misma manera como se comportaba antes del acto lesivo o dañoso, hecho que no fue demostrado en autos. Finalmente solicita que se revoque la sentencia recurrida, con costas.

La parte actora contesta dichos agravios en su escrito de fs. 78/79. Aduce que el recurrente se siente agraviado por no haberse acompañado con la promoción de la demanda la copia de título del vehículo involucrado en el percance, pero el mismo acepta el hecho, la culpa y el daño que sufrió su persona y el vehículo a consecuencia del impacto del accidente de tránsito ocurrido. Sostiene que a fs. 26/36 se encuentran agregadas las instrumentales con relación a la propiedad del vehículo siniestrado, donde se demuestra que el vehículo es de su propiedad y a fs. 39 se halla agregada la cédula de notificación a la parte demandada con relación a la contestación a la excepción de falta de acción y la agregación de los documentos pertinentes. Arguye que la apelación planteada no procede primeramente por no haberse especificado cuál de los puntos de la sentencia y no ha fundamentado en debida y legal forma los agravios. Concluye solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

Se trata aquí de determinar la procedencia de una excepción de falta de

acción, asimismo determinar el monto del daño moral de la indemnización de daños y perjuicios provenientes de un accidente de tránsito.

No hacemos sino reiterar cosa sabida cuando decimos que para la procedencia de una demanda por indemnización de daños y perjuicios proveniente de hechos ilícitos es preciso que se den los elementos de antijuridicidad, imputabilidad de dicho acto, daño sufrido por el actor en alguno de sus derechos personales o patrimoniales, y la relación de causalidad entre el ilícito y el daño, así como también deben acompañarse elementos que permitan llegar, o cuanto menos aproximarse, a una cuantificación pecuniaria del perjuicio sufrido.

En cuanto a la excepción de falta de acción opuesta por la demandada, sabido es que, dicha defensa prevista en el art. 224 inc. "c" del Cód. Proc. Civ. constituye el modo de denunciar la falta de legitimación sustancial activa o pasiva de las partes, que se configurará en aquellos casos en los que el actor o el demandado no son titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. La normativa procesal supedita el tratamiento como previa de dicha defensa a la circunstancia de que la falta de legitimación sustancial surja manifiesta, notoria, patente o evidente, vale decir, que pueda resolverse con los elementos incorporados al expediente sin necesidad de producirse prueba adicional, ya que esta última circunstancia sería indicadora de que la ausencia de legitimación no aparece con la evidencia exigida por la ley para su tratamiento en calidad de previa. En estos autos la discusión sobre la legitimación se hace tan solo en torno de calidades, habida cuenta que, lo que el excepcionante principalmente objeta es la falta de agregación de documento alguno que acredite la titularidad de la parte actora del automóvil siniestrado.

En efecto, bien es sabido que la excepción de falta de acción solo puede tener el tratamiento de previa cuando es manifiesta, vale decir, cuando su admisibilidad puede juzgarse con los elementos aportados por las partes al interponer la demanda y/o al contestarla, sin que sean necesarios otros medios de prueba para su resolución (art. 224, inc. "c"). Al abrir la excepción a prueba, el a-quo reconoce, sin embargo, que el juzgamiento de la excepción no puede hacerse con los elementos probatorios que tiene a disposición, y por consiguiente califica indirectamente a la misma como excepción perentoria. Es decir, la apertura a prueba en una excepción de falta de acción es incongruente con la calidad de previa de la excepción.

En el presente caso, verdaderamente ni el excepcionante ni el juez han definido adecuadamente si estamos ante una expresión previa o no. Esto es así

porque el excepcionante en su escrito, obrante a fs. 19/21, ha interpuesto excepción de falta de acción lisa y llanamente, sin especificar nada más. De dicha excepción se ha corrido traslado a la parte actora en virtud del proveído de fecha 27 de agosto de 2008. Al momento de contestar dicha excepción, en el escrito obrante a fs. 35, la parte actora ha presentado las instrumentales obrantes a fs. 26/34. Ahora bien si la a-quo pretendía tratar la presente excepción como previa, la misma debía basarse exclusivamente en los elementos ya agregados en autos. Ahora bien, la inferior, no obstante, decidió abrir la causa a prueba. Esta decisión solo podría entenderse en el contexto de pruebas instrumentales; mas en los hechos no fue así, ya que la inferior, por providencia de fecha 21 de agosto de 2009 (fs. 42), admite prueba testifical además de las instrumentales. Este hecho también contra la naturaleza propia de la excepción, dado que la única actividad probatoria permitida en esta clase de excepciones son las pruebas instrumentales ofrecidas y agregadas debidamente con el escrito de demanda o contestación. Ahora, ni el actor ni el demandado recurrieron estas decisiones, por lo tanto, y a pesar de no tener puridad procesal, debemos entender que la excepción se trató y se resolvió como defensa de fondo.

La calidad o legitimación para obrar es la viabilidad de poder ejercer una acción –que no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión– respecto del adversario. Para que prospere la excepción de falta de acción se requiere, entonces, que no exista vínculo jurídico que sustente la pretensión entre actor y demandado. No se trata, pues, de que no se den los presupuestos o requisitos de procedencia de la pretensión –fundabilidad–, sino de que no haya sustrato obligacional o relacional de derecho entre las partes. Así pues, habiéndolo, la excepción no prosperará, aunque la pretensión misma resulte luego no ser admitida por falta de algún requisito de procedencia o fundabilidad. Aquí debe resaltarse la distinción entre vínculo o vinculación y requisitos de procedencia o fundabilidad de la pretensión, ya son cosas distintas. Así lo ha entendido la doctrina: “(...) entre la falta de legitimación y la falta de interés median diferencias conceptuales, puesto que la primera se refiere pura y exclusivamente a la cualidad de titular o no de la relación jurídica sustancial, mientras que la segunda es un elemento sustancial del llamado “derecho de acción” que ha sido debidamente diferenciado por CARNELUTTI (“Instituciones”, I, pág. 516), “el que en síntesis hace notar que el interés en obrar solamente puede plantearse ante quien ya posee legitimación” (FALCÓN, Enrique. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. Tomo III. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 43 p.).

En la excepción de falta de acción se debe probar que el actor o el demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. Empero, esta falta de calidad solo puede estar referida a los daños materiales patrimoniales que alega el actor, no así a los daños personales, los cuales corren independientemente de cualquier consideración de titularidad sobre el automóvil siniestrado.

Meramente obiter diremos que el artículo 1835 del Código Civil autoriza a reclamar daños y perjuicios, no solo al dueño de la cosa, sino también a quien detenta la posesión de ella. Esta Tercera Sala del Tribunal, en reiterada jurisprudencia ha entendido que, si las partes invocan erradamente el carácter o título de propietario, pero de la relación de hechos en la demanda surge que el demandante es poseedor, por aplicación del principio *iura novit curia*, se incurran los hechos y circunstancias alegadas en la normativa que corresponda. Sin embargo, para que el juzgador pueda aplicar el principio enunciado, la calidad de poseedor debe surgir de la exposición de hechos alegados por el actor, que sería tan solo reinterpretada por el órgano jurisdiccional.

Es pertinente señalar que en este caso, en el escrito inicial, no surge literalmente la calidad invocada, ya que el actor utiliza expresiones como “mi vehículo” y “mi automóvil”, pero luego, al contestar la excepción de falta de acción, clarifica que lo que fue expresado es la propiedad registral del automotor. Esta presentación vincula y limita al actor, quien clarifica así la calidad jurídica de su pretensión.

Ahora bien, hay que considerar el agravio de la accionada en cuanto a la oportunidad en que el actor presentó las instrumentales sustentativas de la titularidad del rodado, con la contestación de la excepción, y no con la propia demanda, como lo dispone el art. 215 del Cód. Proc. Civ. A este respecto debemos decir que si bien tales instrumentales no han sido agregadas por la providencia de inicio, ni la de fecha 31 de septiembre de 2008; sin embargo, al cierre del periodo probatorio la actuario incluye tales instrumentales en el informe sobre las probanzas producidas, fs. 52, y el inferior ordena la agregación de todas ellas incluida estas instrumentales, hoy cuestionadas, por proveído de fecha 11 de febrero de 2010. Tal proveído no fue cuestionado por la demandada, quien, al consentirlo, también confirmó su efecto jurídico: la agregación de las mentadas instrumentales. Estas probanzas efectivamente demuestran la titularidad registral del actor del automóvil siniestrado.

Entonces bien, al haberse acreditado la titularidad del vehículo siniestrado con la agregación –bien o mal– de las instrumentales obrantes a fs. 26/34, no cabe más que desestimar la excepción de falta de acción planteada por la recurrente.

El apelante luego no ataca la culpabilidad ni los daños patrimoniales.

En cuanto a los agravios planteados contra el rubro asignado a daño moral, cabe decir que en cuanto a la prueba del daño moral existen diversas corrientes doctrinarias y jurisdiccionales que se han pronunciado contradictoriamente a su respecto. Esta Magistratura estima en este punto que, como todo daño, debe ser sometido a prueba. Lo que no debemos olvidar son las reglas probatorias. Algunos hechos se exoneran de prueba por su carácter de notorios, a tenor del art. 249 del Cód. Proc. Civ. Así, en el ámbito de los daños morales, puede considerarse como notorio, vgr., la existencia de un dolor espiritual por la pérdida de un familiar cercano, como un hijo. En ese caso sería ocioso requerir prueba del daño porque surge ostensible, susceptible de ser percibido y entendido por todos. En otras circunstancias esta notoriedad no será tan extrema, y el daño podrá ser inducido de los hechos conocidos, aplicando las presunciones y los indicios; juegan aquí un papel fundamental las *presunctio hominem*, que son hechos que surgen derivados de otros hechos conocidos, según el normal y natural acontecer de las cosas. Así, se puede presumir que una cicatriz ocasione ansiedad y disminuya la autoestima de quien la sufre, aunque por excepción pudiera haber individuos a quienes una circunstancia semejante no melle su ánimo. Luego, es posible que existan daños que no puedan surgir de presunciones y necesiten la prueba directa; así, el caso de los daños morales ocasionados por el desvanecimiento de una mera esperanza que apareciera como relativamente lejana.

En el caso de autos, se trata de determinar la existencia del daño moral como consecuencia de un accidente de tránsito, a favor del ocupante del automóvil Nissan Bluebird embestido por la conductora del automóvil Nissan Sunny. Se acompaña como elemento probatorio la fotografía de fs. 15, los certificados médicos obrantes a fs. 7 y 9 y el estudio de resonancia magnética obrante a fs. 11. En los mismos se hace referencia a las condiciones de ingreso al servicio de emergencia y a las constataciones del examen físico: “Paciente con antecedente de accidente de tránsito. Dolor a la palpación a nivel de la apófisis L5-L6 aprox... Tomografía: Fractura ni desplazada sin ocupación del canal medular de la lámina de L5 aprox. Lado derecho. Fractura de la Lámina de L5.” (sic.).

Estos elementos demuestran que, como consecuencia del accidente de tránsito, la parte actora ha padecido dolor físico de cierta entidad, lo cual de por sí ya sustentaría el daño moral. Es sabido que la conservación intangible de la integridad del cuerpo es uno de los bienes jurídicos que son atributos de la persona; cualquier alteración del cuerpo tiene repercusiones sobre el bienestar emocional de los sujetos. En esta tesitura, esta Magistratura considera que los daños aquí causados pueden ser correctamente incluidos en el rubro de indemnización por daño moral.

Admitida la existencia de daño moral, resta por considerar su cuantía. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia considera que el daño moral tiene por objeto compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la víctima; la indemnización asignada en concepto de daño moral a la víctima directa o indirecta no tiene carácter de “sanción” –en el sentido de pena privada-, sino un carácter “satisfactorio” o resarcitorio. Hay que apuntar que el daño moral tiene una entidad indemnizatoria per se y su cuantificación no depende ni es una alícuota de ningún otro daño, lo cual implica que es susceptible de ser estimado por sí mismo y con independencia de los demás rubros reclamados. Las tesis que sostenían una proporcionalidad respecto de los gastos materiales derivados del daño emergente han sido hoy ampliamente superadas. “La antigua jurisprudencia solía fijar la indemnización del daño moral en un porcentaje generalmente pequeño y nunca superior al daño patrimonial. Es una solución inspirada en la idea de que el daño moral era algo así como un apéndice del daño material, una suerte de extra. Era una concepción totalmente errónea. Se trata de dos daños distintos, cuya importancia (y la cuantía de su reparación) debe quedar librada al prudente arbitrio judicial. Hay muchos casos en los que el daño moral es mucho más grave que el material...” (Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Tomo I, Abeledo-Perrot, §179 bis).

En consecuencia y siendo extremadamente razonable el monto dado por la *a-quo* en este rubro en relación con las probanzas realizadas en autos en cuanto al daño sufrido por la parte actora como consecuencia del siniestro acaecido, corresponde confirmar la sentencia recurrida en este punto.

El último punto a tratar respecto de la sentencia apelada corresponde a los agravios del apelante que guardan relación con los intereses. En este sentido, el demandado manifiesta que los intereses deben correr desde el día de notificación de la demanda o desde que la sentencia quede firme. Sin embargo, sabemos

que en nuestro ordenamiento legal los mismos se producen *ex re*, es decir, desde el mismo momento del ilícito, y no se requiere interpelación de conformidad con el art. 424 *in fine* del Cód. Civ. En consecuencia, los intereses se deben desde el mismo momento del ilícito y no desde la interposición o notificación de la demanda, ni desde “la notificación de la demanda” como equivocadamente se sostuvo en primera instancia. Como aquí el hecho dañoso –y consiguiente ilícito– es el accidente de tránsito, los intereses habrían de computarse desde el día del siniestro, es decir, a partir del 02 de enero de 2008. Empero, la inferior los fijó desde la notificación de la demanda. Como el actor no apeló esta decisión, el asunto pasó para él en autoridad de cosa juzgada. Así pues, y en virtud del principio de la prohibición de *reformatio in peius* y de lo ya explicitado en la nulidad en cuanto a este punto, la tasa de interés debe ser fijada conforme con la pretensión incoada, pues así lo exige el principio dispositivo, en un 2% mensual, y que la misma corra a partir del día de la notificación de la presente demanda.

Las costas en esta instancia deben ser soportadas de forma proporcional, habida cuenta que algunas de las pretensiones del apelante han sido admitidas, en un 20% de la actora y un 80% a la demandada.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al voto de la 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;

SENTENCIA N° 30.

RESUELVE:

HACER LUGAR parcialmente al recurso de nulidad interpuesto, de conformidad al exordio de la presente resolución.

CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas de forma proporcional en un 20% de la actora y un 80% a la demandada.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto,
Neri E. Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 34

Cuestión debatida: *Se discute la procedencia de la acción de cobro de guaraníes en concepto de obligación derivada de una presumible relación contractual de alquiler de estructuras metálicas para la construcción. El Juzgado de primera instancia resuelve hacer lugar a la excepción de falta de acción interpuesta como medio general de defensa por la demandada, hace lugar parcialmente a la demanda por cobro de guaraníes y no así en cuanto a la restitución de elementos y cosas alquiladas. El demandado interpone recursos de nulidad y apelación sobre el monto adeudado, el Tribunal de Apelación resuelve revocar la sentencia apelada y rechaza la demanda.*

PRUEBA. Pruebas instrumentales

No se puede dar eficacia jurídica a instrumentales emanadas unilateralmente de una parte, a los efectos de intentar demostrar su pretensión frente a otra, por lo que un documento sea oponible a un sujeto, aquél tuvo que haber emanado de éste, no haber sido otorgado unilateralmente por la contraria, esta disquisición es de suma importancia ya que la parte demandada niega a lo largo de la presente causa adeudar suma alguna a la parte actora y sostiene reiteradamente la ineficacia e inidoneidad de las instrumentales adjuntadas para probar la existencia de algún monto de débito pendiente, ni fundamentar la pretensión de la parte actora.

PRUEBA. Carga de la prueba

La carga de la prueba de las alegaciones de hecho y de la procedencia de las pretensiones deducidas en un juicio corre a cargo de la actora proponente; en caso de que las aportaciones en este sentido sean insuficientes, la demanda debe ser desestimada. Es así pues que, no habiendo producido debidamente la parte actora las probanzas necesarias para sostener su pretensión, la presente demanda se hace improcedente, en consecuencia se revoca la resolución recurrida.

COSTAS. Costas al vencido

Habiéndose desestimado la demanda, y no existiendo argumentos que ameriten la aplicación de las exenciones previstas en el Cód. Proc. Civ., las costas deben ser impuestas a la perdedora, en ambas instancias, conforme con lo que disponen los arts. 195 y 203 del Código Procesal Civil.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 09/04/13. “RM 8 DESARROLLO S.R.L. c/ GRUPO VP S.A. Y OTROS s/ COBRO DE GUARANIES ORDINARIO”. (Ac. y Sent. N° 34).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI P., y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: El Abog. Sanguina desiste expresamente del recurso de nulidad interpuesto por él. El Abog. Schapt no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto. Al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida de oficio, el mismo debe ser declarado desierto para el Abog. Schapt y desistido para el Abog. Sanguina.

A SUS TURNOS los Dres. Buongermini y Villalba, manifestaron que se adhieren al voto del preopinante.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada S.D. N° 348 de fecha 22 de junio de 2012 el *a-quo* resolvió: I. HACER LUGAR, con costas, a la Excepción de Falta de Acción opuesta como medio general de defensa por la MUNICIPALIDAD DE YPACARAÍ, y en consecuencia, no hacer lugar a la presente demanda promovida en su contra por la parte actora RM 8 DESARROLLO S.R.L., de conformidad con los fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución. II. HACER LUGAR, parcialmente, a la demanda promovida por RM 8 DESARROLLO S.R.L. en contra de GRUPO VP S.A., de conformidad con los fundamentos expuestos en el Considerando de esta Sentencia, y en consecuencia, condenar a la demandada GRUPO VP S.A. a abonar a la actora

RM 8 DESARROLLO S.R.L. en el plazo de diez días de adquirir firmeza la presente sentencia, la suma de GUARANÍES CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO (Gs. 143.906.585), más sus intereses devengados desde la fecha de inicio de la demanda, a una tasa del 2% (dos por ciento) mensual. III. NO HACER LUGAR a la demanda promovida por RM 8 DESARROLLO S.R.L. en contra de GRUPO VP S.A., en cuanto a la restitución de elementos y cosas alquiladas, de conformidad con los fundamentos expuestos en el Considerando de esta Sentencia. IV. NO HACER LUGAR, a la presente demanda promovida por RM 8 DESARROLLO S.R.L. en contra de ROBERTO GAONA ROJAS, de conformidad con los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. V. IMPONER las costas en el orden causado con relación a RM 8 DESARROLLO S.R.L. y GRUPO VP S.A., de conformidad con los fundamentos expresados en el exordio de esta resolución. VI. NO HACER LUGAR a la declaración de litigante de mala fe y ejercicio abusivo del derecho de RM 8 DESARROLLO S.R.L., peticionada por GRUPO VILLALBA PIÑEIRO S.A. (V.P.S.A.), por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. VII. ANOTAR..." (sic.) (fs. 219/219 vlt.).

De dicha sentencia recurre el Abog. Víctor Sanguina y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 240/244, arguyendo que la resolución recurrida se funda en hechos y situaciones falsas y en pruebas inexistentes. Sostiene además que el inferior basó su resolución en documentos que no han sido reconocidos en juicio. Igualmente señala que no existen planillas de facturación, que no existen facturas a crédito o contado y que los correos electrónicos no son documentos válidos para determinar ninguna deuda ni un precio cierto convenido. Finalmente aduce que la actora no demostró en ningún momento que su parte le deba pagar alguna suma de dinero, ya que no acompañó documento válido en tal sentido y no demostró en la etapa probatoria deuda alguna. Solicita que la recurrida sea revocada, con costas.

El Abog. Rolando Schapt presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 230/231 arguyendo que en cuanto a las costas impuestas en el punto 5 de la resolución, las mismas han sido erróneamente impuestas en el orden causado. Sostiene que el art 195 del Cód. Proc. Civ. Claramente establece que cuando existen vencimientos recíprocos entre las partes las costas serán impuestas de forma proporcional. Arguye que el principio general en cuanto a la imposición de las costas se halla establecido en el art. 192 del Cód. Proc. Civ., por

el cual se dispone que la parte vencida en el juicio debe pagar las costas. Manifiesta que para que el juez o tribunal exonere total o parcialmente de las costas al litigante vencido el juez debe expresar sus razones, en virtud de lo establecido en el art. 193 del Cód. Proc. Civ. Solicita que dicho numeral sea revocado, con costas.

El Abog. Rolando Schapt contesta los agravios de su contraparte en su escrito obrante a fs. 247/250 arguyendo que al contestarse la demanda el demandado reconoce varias notas de remisión, donde se consignan el listado de los materiales alquilados recibidos por la demandada, mediante sus encargados en las obras. Sostiene que el representante legal de la firma demandada reconoció al momento de absolver posiciones que la empresa RM 8 Desarrollo S.R.L. le proveyó de materiales metálicos varios para la obra del Polideportivo Municipal de Ypacarái. Arguye que tanto las remisiones reconocidas como las desconocidas constan igualmente en los correos electrónicos cruzados entre las partes y admitidos como elementos probatorios al ser confirmados por el A.I. N° 397 de fecha 18 de abril de 2011. Manifiesta que la adversa centra sus cuestionamientos en el informe de la pericia contable, que tomó los correos electrónicos cruzados entre el representante de la empresa actora y la parte demandada como uno de los elementos de ponderación, admitiendo expresamente los contactos entre las partes por correo electrónico como elemento probatorio. Dice también que los correos entre las partes eran la vía de comunicación usual por la cual se confirmaban las remisiones y se pagaban muchas de las liquidaciones notificadas por ese medio. Sostiene que la demandada en su escrito de contestación reconoció los derechos de la empresa demandante y que la demandada no ha podido demostrar que su mandante no adeude a la parte actora por los materiales metálicos varios utilizados para la construcción del Polideportivo Municipal de Yparacai. Aduce además que los documentos cuestionados por la adversa en su escrito de agravios debieron ser impugnados en la etapa procesal oportuna. Finalmente solicita que la recurrida sea confirmada, con costas.

El Abog. Víctor Sanguina contesta los agravios de su contraparte en el escrito obrante a fs. 238/239, arguyendo que desde el momento que la contraparte no probó los extremos controvertidos en la demanda, corresponde imponer las costas en el orden causado. Manifiesta que del escrito de la contraria solo se leen opiniones sobre la interpretación de la norma que no pueden enervar el razonamiento de la *a-quo* que ni pueden ser considerados como una impugna-

ción de la sentencia. Solicita finalmente que se declare desierto el recurso o bien que los mismos sean rechazados, con costas.

En autos se discute la procedencia de la acción de cobro de guaraníes en concepto de obligación derivada de una presumible relación contractual de alquiler de estructuras metálicas para la construcción.

En cuanto a la existencia o inexistencia de contrato, en primer término debemos recordar que para que exista la obligación de pagar por parte de la demandada, es necesario que ella se encuentre fundada en un contrato válido y exigible por las partes. El art. 706 del Cód. Civ. dispone que los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos deben hacerse por escrito y probarse por instrumentos. Concordante con esta disposición el art. 704 del mismo cuerpo legal establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no revistieran la forma prescrita, salvo que exista principio de prueba por escrito o si existe principio de ejecución, esto es, si una de las partes ya hubiera recibido alguna prestación y se negara a cumplir el contrato. En estos últimos supuestos, los contratos pueden probarse por cualquier medio de prueba.

Con estas premisas, debemos, pues, determinar la existencia de un contrato entre el Grupo VPS.A. y RM 8 Desarrollo S.R.L. Aquí, como detalle relevante debemos hacer notar que del escrito de contestación de demanda, específicamente fs. 129/133, surge que la demandada, al momento de refutar lo debido por su parte, manifestó que efectivamente ha contratado con la demandante y que su parte ya le pagó la suma de G. 258.369.325 por dichos alquileres. Sólo objeta la existencia de deudas pendientes. Cabe advertir también que a lo largo de toda la tramitación del presente expediente la aludida relación contractual no es negada de forma definitiva y solo es controvertido el supuesto monto debido. Esto se colige en también de las constancias obrantes a fs. 13 y 20 del cuaderno de pruebas de la parte actora y de los alegatos obrantes a fs. 195/200. En consecuencia, la existencia del contrato de alquiler no es un hecho controvertido, solo la pertinencia de la contraprestación debida en virtud del mismo lo es. En esta instancia no se puede alterar la situación fáctica, ni negar un hecho ya reconocido en la instancia inferior.

Amén de ello, se debe considerar que la demandada –Grupo VP S.A.– afirmó haber recibido la prestación pactada, es decir, el alquiler de estructuras metálicas para las construcciones necesarias para llevar a cabo el proyecto

asumido por el Grupo VP S.A. en cuanto a la construcción del Polideportivo Municipal de la Ciudad de Ypacaraí. Es también de suma importancia advertir que a fs. 36 del cuaderno de pruebas de la parte actora obra la absolución de posiciones del representante legal de la empresa Grupo VP S.A., Sr. Jorge Villalba Piñeiro. En dicha audiencia el Sr. Villalba, a modo de respuesta a la primera posición, en la cual se le pregunta si la empresa RM 8 Desarrollo S.R.L. proveyó a la empresa Grupo VP S.A. materiales de construcción en la obra del Polideportivo Municipal de Yparacaí, claramente contesta que sí. Además, el principio de ejecución quedó demostrado en este caso con parte de la documentación presentada.

Así pues, pese a que no se ha arrimado un instrumento específico que contenga el contrato, a más de haber admitido ya inicialmente la existencia de la relación negocial, hemos visto que concurren también alguna de las circunstancias establecidas en el art. 704 del Cód. Civ. Tenemos entonces por cierto que el contrato fue celebrado entre las partes.

Debemos entonces estudiar ahora el hecho controvertido en autos, cual es el monto debido. Es de destacar que la determinación de una suma pendiente de satisfacción, en este contexto, está relacionada con la determinación de la entidad de las prestaciones según hayan sido acordadas. De modo que es esencial primeramente establecer dicha entidad, la cuantía y los montos pactados por las partes en cuanto a sus prestaciones recíprocas. En este orden de cosas merecen atención las copias de las notas de remisión obrantes a fs. 9/41 y 47/61, las cuales la demandante intenta utilizar como medio de prueba a los efectos de demostrar la supuesta deuda aún pendiente. Cabe advertir que la mayoría de ellas no pueden ser consideradas como ninguna clase de factura. En efecto, de una lectura minuciosa de las citadas instrumentales se puede ver que adolecen de serios defectos: en ellas no se ha consignado el monto y precio final de los bienes y/o servicios prestados, ya sea en guaraníes o en cualquier otra moneda de curso legal. A pesar de que en ellas figura una firma de recepción, no identificada, la falta de una liquidación de cantidades y precios hace imposible que se les pueda asignar valor probatorio en el sentido de establecer la concreta entidad y cuantía de las prestaciones acordadas, ni de las satisfechas o, por ende, de las posibles o supuestamente pendientes, reclamadas por la parte actora. La única factura que reúne todos los requisitos necesarios a tales efectos obra a fs. 42 de autos, empero en ella se ha consignado una suma mucho menor que el

supuesto monto debido y admitido como pagado tanto por la demandada como por la actora, de manera que no tenemos asidero para considerar o entender que instrumenta otra obligación distinta de la ya satisfecha.

Ahora bien, en cuanto a los documentos obrantes a fs. 62/94 y consistentes en correos electrónicos que habrían sido supuestamente enviados por el demandante a la parte demandada, empleando la dirección de correo electrónico oficial de la empresa con la dirección lapazorro@live.com, es conveniente hacer algunas apreciaciones. Estos instrumentos se han presentado como correos electrónicos. Recién desde el 24 de diciembre de 2010 existe una legislación aplicable a los documentos electrónicos. En efecto, en dicha fecha se ha promulgado de forma oficial la ley 4017 que legisla sobre los documentos electrónicos y firmas electrónicas. En el caso de autos todas las instrumentales obrantes a fs. 62/94 no solo han sido presentados al proceso en fecha anterior a esa data, sino que también son de fecha anterior de su vigencia, y por ende insusceptibles de regirse por una ley posterior. De modo que, al no constar en ellos signatura alguna que indique su paternidad u origen, no pueden propiamente considerarse, al tiempo en que debemos remitirnos para su juicio, como instrumentales. Y por la misma razón tampoco pueden tenerse por admitidas o reconocidas, de conformidad con los arts. del Cód. Proc. Civ. 235, ya que ambas normas, para tener el efecto pretendido, presuponen o requieren la obligación de manifestarse en la parte a quien se corre el traslado, obligación que no nace si las instrumentales carecen, como aquí, de toda firma.

Luego, y de mucha mayor relevancia, es el hecho de que toda esta documentación proviene unilateralmente de la parte actora. Es sabido que no se puede dar eficacia jurídica a instrumentales emanadas unilateralmente de una parte, a los efectos de intentar demostrar su pretensión frente a otra. Para que un documento sea oponible a un sujeto, aquél tuvo que haber emanado de éste, no haber sido otorgado unilateralmente por la contraria. Esta disquisición es de suma importancia ya que la parte demandada niega a lo largo de la presente causa adeudar suma alguna a la parte actora y sostiene reiteradamente la ineficacia e inidoneidad de las instrumentales adjuntadas para probar la existencia de algún monto de débito pendiente, ni fundamentar la pretensión de la parte actora.

Es menester recalcar también que el Sr. Neri Martínez, a quien aparentemente se remitieron los correos electrónicos que la parte actora dice haber

enviado a la parte demandada en la dirección lapazorro@live.com, en su respuesta a la pregunta: “Diga el testigo si sabe o le consta que el Grupo VP S.A. le debe alguna suma de dinero a RM8 Desarrollo?” el mismo dijo: “No, no le debe ningún guaraní”. Esta declaración contradice la pretensión de la actora de probar por ese medio los montos adeudados, ya que el Sr. Martínez aparece como destinatario en los correos electrónicos enviados que la parte actora dice haber enviado a la accionada, y quien en teoría era el responsable de consentir u objetar los supuestos montos de facturación dentro del contrato entre las partes. De modo que su testimonio, propuesto por la propia accionante, no corrobora tampoco las instrumentales en las que se pretende fundar la postura de la demandante.

En lo que hace a la pericial realizada por el Lic. Ángel María Vargas Arnold, de los anexos que la acompañan y de la metodología descrita en ella se advierte que el perito ha hecho una interpretación de la relación comercial contractual desarrollada entre ambas empresas utilizando la misma documentación presentada por la actora en juicio, y cuyas deficiencias ya hemos apuntado más arriba. El dictamen así elaborado tampoco cumple con los parámetros de una pericia contable, la cual siempre debe apoyarse en la contabilidad, vale decir, en los libros de comercio y contabilidad llevados por los sujetos a los cuales alude o se refiere la pericia; en este caso, a las entidades en conflicto entre las cuales se concertó la relación comercial cuyo contenido se quiere develar a través de la prueba, libros que, además, por ser ambas partes comerciantes son para éstas de tenencia obligatoria. En efecto, una pericia rendida solo sobre las instrumentales acompañadas por la actora en su demanda no ancla sus conclusiones en constancias documentales generadas por los sujetos frente a los cuales se quiere hacer valer la prueba, y oponibles, por tanto, a ellos. Y tal método de proceder además coloca al perito en una posición que, jurídicamente, no le compete: la de valorar y juzgar sobre la validez formal y la eficacia probatoria de las instrumentales aportadas por las partes, facultad que está exclusivamente reservada al órgano jurisdiccional.

Finalmente, no cabe sino remarcar que es bien sabido que la carga de la prueba de las alegaciones de hecho y de la procedencia de las pretensiones deducidas en un juicio corre a cargo de la actora proponente; en caso de que las aportaciones en este sentido sean insuficientes, la demanda debe ser desestimada. Es así pues que, no habiendo producido debidamente la parte actora las

probanzas necesarias para sostener su pretensión, la presente demanda se hace improcedente. Corresponde en consecuencia revocar la resolución recurrida.

En lo que hace a la apelación de las costas y su imposición en el orden causado en la instancia inferior, cabe recordar que las costas buscan reintegrar a la parte gananciosa los costos que le ha acarreado el desarrollo del proceso. Por ello, el principio general de imposición de costas establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos a la contraria, aún cuando su contraparte no lo hubiese solicitado, vale decir, rige, en principio, el sistema objetivo de imposición de costas.

En efecto, el sistema de imposición de costas regulado por nuestra ley procesal se basa, fundamentalmente y salvo las excepciones previstas, en la teoría objetiva del vencimiento. No obstante, para los casos de exoneración de costas, el código sigue la teoría subjetiva de la conducta del litigante, según surge de los arts. 193 y 198 del Cód. Proc. Civ. Si aquél, con su actuación procesal o incluso con su comportamiento antes del proceso en relación con los derechos de la contraparte, ha dado lugar a la reclamación -principal o incidental- entonces no puede ser beneficiado con la exoneración de costas. Así pues, habiéndose desistido la demanda, y no existiendo argumentos que ameriten la aplicación de las exenciones previstas en el Cód. Proc. Civ., las costas deben ser impuestas a la perdedora, en ambas instancias, conforme con lo que disponen los arts. 195 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Buonghermini y Villalba, manifestaron que se adhieren al criterio del 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,

SENTENCIA N°: 34.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Schapt.

TENER por desistido el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Sanguina.

REVOCAR, con costas, la sentencia apelada y en consecuencia rechazar la presente demanda que promueve RM8 Desarrollo S.R.L. contra Grupo VP S.A.

MODIFICAR, con costas, la imposición de las costas en primera instancia en una proporción del 93% para el demandado y 7 % para el actor.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 61

***Cuestión debatida:** Se interpone acción de nulidad de registro de marca, el Juzgado de Primera Instancia hace lugar a la prescripción opuesta por la demandada y no hace lugar a la demanda de nulidad del registro de la marca promovida por el actor, contra la cual el accionante interpone recursos de nulidad y apelación. El Tribunal de Apelación resuelve confirmar la sentencia apelada.*

MARCA DE FÁBRICA. Legislación aplicable.

La ley vigente al tiempo del registro de la marca –acto que se pretende anular– es la que rige la pretensión de la invalidación, ello así, por la forma de los actos y su validez, dependen del lugar y tiempo de celebración u otorgamiento, esta regla se aplica tanto a los actos públicos como privados.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción.

Para la consideración de la prescriptibilidad de la acción se debe tomar en cuenta la fecha del registro inicial de la marca.

MARCA DE FÁBRICA. Registro de la marca. Reinscripción.

El registro de una marca, si bien es constitutivo, otorga un derecho originario al registrante, el cual con la reinscripción solo se prolonga en el tiempo, con las mismas características que tenía al tiempo del primer registro, la reinscripción no mejora ni empeora la titularidad original.

MARCA DE FÁBRICA. Registro de la marca. Mala fe en el registrante.

La mala fe en el registrante de la marca no se presume, se requiere demostrarla, ya sea por su conocimiento particular de la marca, es decir por haber

importado, representado o distribuido, entre otros, productos con la marca en cuestión, o mediante la notoriedad.

MARCA DE FÁBRICA. Hecho notorio.

El hecho notorio es aquel que por su evidencia –sobre la base de su incorporación al conocimiento colectivo, por ser un presupuesto del saber general o por haber sido percibido simultáneamente por todo el grupo social– no necesita ser demostrado.

MARCA DE FÁBRICA. Marca notoria.

Notoriedad marcaria, es un hecho que debe ser probado y que supone la efectiva implantación del signo entre sus destinatarios y su reconocimiento como instrumento de identificación de los productos de un agente económico, respecto de los productos idénticos o similares de otro agente.

MARCA DE FÁBRICA. Marca renombrada.

Las marcas renombradas tienen una fuerza distintiva extraordinaria, que le viene de la posición sobresaliente que ha conseguido en el tráfico comercial.

MARCA DE FÁBRICA. Registro en varios países.

La circunstancia del múltiple registro de la marca en numerosos países no es índice ni prueba de notoriedad, tan solo de la titularidad de la marca en tales países, pero tal titularidad no puede suponer liminarmente que la marca ha sido efectivamente implantada en estos mercados, pues puede darse el caso de que el titular nunca la haya usado, o que su uso sea mínimo, o, aún, que siendo usada, o que su uso sea mínimo, o aún, que siendo usada sea poco conocida.

MARCA DE FÁBRICA. Registro en varios países.

Los registros extranjeros son, pues, aquí inhábiles para respaldar una nulidad de marca por supuesta notoriedad, dado que ésta debe existir en el país, en el sector pertinente del público referido a los consumidores de productos amparados por la marca en cuestión.

PRUEBAS. Pruebas instrumentales. Idioma extranjero

Las pruebas instrumentales que no se encuentran en idioma oficial, redactados en lengua extranjera, no traducidas por traductor público, no pueden ser tenidas en cuenta en juicio.

MARCA DE FÁBRICA. Invalidación del registro. Mala fe.

La mala fe no se halla demostrada en autos, y sin este presupuesto no se da tampoco la consecuencia jurídica derivada del mismo, es decir, el tratamiento de la pretensión invalidante de la marca y su imprescriptibilidad consiguiente

como acto nulo, regida por el art. 658 del Código Civil, por tanto, procede la confirmación de la sentencia recurrida que hace lugar a la excepción de prescripción y no hace lugar a la demanda del registro de marca.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 24/06/13. “SOCIETE DES PRODUITS NESTLÉ S.A. C/ CAFÉ DAMASCO S.A. S/ NULIDAD DE REGISTRO DE MARCA” (Ac. y Sent. N° 61).

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 P., MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: Los argumentos aquí esgrimidos pueden ser resueltos en el recurso de apelación, y dado que no se advierten en la resolución recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, es recurso debe ser declarado desierto.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votan en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 338 de fecha 04 de junio de 2012 el *a-quo* resolvió: “HACER LUGAR la excepción de prescripción opuesta por la firma demandada CAFÉ DAMASCO S.A., por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes y en consecuencia, NO HACER la demanda de nulidad de registro de marca promovida por Societe Des Produits Nestlé S.A. contra la empresa CAFÉ DAMASCO S.A. IMPONER las costas a la parte actora. ANOTAR...” (sic.) (fs. 221).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 226/242. Manifiesta al respecto que la Ley 751/79 de Marcas, no puede aplicarse bajo ningún punto de vista al caso que nos ocupa, ni a ningún otro caso, ya que es una ley derogada. Arguye que no puede aplicarse la Ley 751/79 de Marcas, dado que la misma Constitución Nacional establece la prohibición de la aplicación de leyes derogadas para la solución de

caso en conflicto, bajo pena de nulidad. Sostiene que la presente demanda es contra el registro N° 287.092 de la marca NEGRESCO de fecha 17 de mayo de 2006 en la clase 30 a nombre de CAFÉ DAMASCO S.A., el cual constituye renovación del registro originario otorgado en nuestro país a nombre de la empresa demandada. Sostiene que se equivoca la inferior al sostener que el plazo de prescripción de la acción ha tenido principio de ejecución o empezado a correr desde la fecha de otorgamiento del primer registro de la marca NEGRESCO a nombre de la demandada en nuestro país, pues como ya se ha dicho, carecería de total sentido que su parte entable la demanda contra un registro ya vencido al tiempo de ser promovida la misma. Arguye que no está en discusión el primer registro de la marca NEGRESCO, sino la mala fe, la confundibilidad y la apropiación indebida de un registro marcario notorio y ajeno por parte de la hoy accionada. Manifiesta que su representada basó la demanda en la mala fe de la parte demandada al obtener el registro de la marca NEGRESCO, apropiándose de la marca idéntica NEGRESCO de su representada. Arguye que en ese sentido su parte ha invocado y probado la mala fe del demandado al tiempo de la obtención del registro marcario “NEGRESCO” a su nombre en nuestro país. Manifiesta que el simple hecho de confundibilidad acredita en forma fehaciente que hubo mala fe en la parte demandada al tiempo de la concesión del registro marcario NEGRESCO a su nombre en nuestro país. Sostiene que a fin de demostrar tanto la mala fe de la demandada y la notoriedad de la marca NEGRESCO su parte ha acompañado a los autos los registros previos de la marca NEGRESCO otorgados en otros países del mundo a nombre de su instituyente; también afirma acompañar la publicidad y difusión de dicha marca, que la posicionan como marca notoria según las instrumentales obrantes a fs. 11/17. Arguye que la jueza inferior simplemente se detuvo a realizar un cálculo matemático contado desde el otorgamiento del primer registro de la marca NEGRESCO a nombre de la accionada en el Paraguay, para luego concluir que el plazo de prescripción se había operado al tiempo de iniciarse la demanda. Señala que de las constancias de autos surge que la presente demanda fue iniciada el 9 de abril de 2007, y que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho debido a que el inferior no habría considerado la imprescriptibilidad de los actos nulos, es decir de aquellos realizados con mala fe. Agrega que la demanda se fundó en la mala fe del demandado y no en el cómputo de ningún plazo, dado que es sabido que de un acto jurídico realizado con mala fe no nace

ningún derecho según lo dispone el art. 356 y 656 del Cód. Civ. Sostiene que la confrontación de las marcas da la prueba de la intención dolosa: la marca impugnada no ha podido dibujarse sin tener presente la marca legítima, por lo que afirma tener la seguridad de que ha existido intención de apropiarse, de que ha existido intención dolosa. Finalmente solicita que la recurrida sea revocada, con costas.

Este Tribunal, por A.I. N° 188 de fecha 19 de abril de 2013, dio por decaído el derecho que la contraria tenía para contestar los agravios de la parte recurrente y dispuso que la instancia siga su curso según su estado.

En autos se discute la nulidad de la renovación del registro N° 287.092 de la marca “NEGRESCO” de fecha 17 de marzo de 2006 en clase 30.

En primer lugar debemos determinar cuál es la legislación aplicable al presente caso, en el que se trata de una marca registrada en el Paraguay inicialmente el 11 de agosto de 1995, como ya fuera apuntado. La ley vigente al tiempo del registro -acto que se pretende anular- es la que rige a la pretensión de invalidación, ello así, porque la forma de los actos, y su validez, dependen del lugar y tiempo de celebración u otorgamiento. Esta regla se aplica tanto a los actos públicos como a los privados. Así pues, a dicha fecha regían la Ley 300/94 en especial su art. 6 bis, la ley 751/79 y el Cód. Civ., en tanto sea pertinente.

Aunque aquí se ha demandado la nulidad de la reinscripción, hecha en fecha 17 de marzo de 2006, para la consideración de la prescriptibilidad de la acción debe tomarse en cuenta la fecha del registro inicial de la marca en el año 1995. En efecto, el registro de una marca, si bien es constitutivo, otorga un derecho originario al registrante, el cual con la reinscripción solo se prolonga en el tiempo, con las mismas características que tenía al tiempo del primer registro, la reinscripción no mejora, ni empeora la titularidad original.

Así pues la situación aquí planteada, en concreto, el modo y plazo de prescripción de la acción de nulidad se rige por la ley 751/79, pero también por el tratado de París, ratificado por Ley N° 300 del año 1994, que se encontraba vigente en la fecha de registro original, y debe ser utilizado para la renovación que ahora nos ocupa. Así, la normativa aplicable aquí será: La ley 751/79, la Ley 300/94 en especial su art. 6 bis y el Código Civil, en tanto sea pertinente.

La ley 751/79 establecía la prescripción de dos años para toda acción de nulidad de marcas. El art. 6 del Tratado de París estatuye que: “1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien

a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta. 2) Deberá concederse un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha del registro para reclamar la anulación de dicha marca. Los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso. 3) No se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso, de las marcas registradas o utilizadas de mala fe.”

Ahora bien, la actora ha alegado que la registración atacada configura un acto nulo, dado que quien registró la marca conocía de la titularidad anterior de ésta a favor de otra persona, y que ello se halla incurso por tanto dentro de la enunciación del art. 357 del Código Civil. En cuanto a los actos nulos, el Código Civil ha establecido en el art. 658 que los mismos son imprescriptibles. Entonces la cuestión de si la marca habría sido registrada de mala fe por el demandado, es crucial, ya que con ello se configuraría el supuesto de imprescriptibilidad de los actos nulos, ya apuntado. Así pues, para establecer la calidad de nulo del acto es necesario establecer si el registrante actuó con mala fe. En cuanto a ella, debemos empezar por precisar su contenido conceptual. En este caso debe entenderse por mala fe, el estado subjetivo del registrante en relación con su conocimiento de si tal registro vulneraba o no derechos de exclusiva de terceros. En caso de que al momento del registro, el hoy titular hubiera conocido o razonablemente podido conocer el registro previo, y por ende, la titularidad preexistente de la marca a favor de otro sujeto, la mala fe se habría configurado. Ahora bien, la referida mala fe no se presume, sino que se requiere demostrarla en el registrante ya sea por su conocimiento particular de la marca, es decir por haber importado, representado o distribuido, entre otros, productos con la marca en cuestión, o mediante la demostración de la notoriedad de la marca. No se debe confundir el concepto de marca notoria con el de hecho notorio. El hecho notorio es aquél que por su evidencia -sobre la base de su incorporación al conocimiento colectivo, por ser un presupuesto del saber general o por haber sido percibido

simultáneamente por todo el grupo social- no necesita ser demostrado. Notoriedad marcaria, por el contrario, es un hecho que debe ser probado y que supone la efectiva implantación del signo entre sus destinatarios y su reconocimiento como instrumento de identificación de los productos de un agente económico, respecto de los productos idénticos o similares de otro agente. La protección excepcional de la marca exige la implantación y reconocimiento de la marca entre un sector cuantitativamente importante del círculo de potenciales destinatarios del producto. Las marcas renombradas tienen una fuerza distintiva extraordinaria, que le viene de la posición sobresaliente que ha conseguido en el tráfico comercial. A menudo los empresarios crean una imagen personalizada de sus productos como estrategia de éxito comercial, sobre la base de cuidadosas estrategias de marketing. El resultado de estas estrategias es el de una marca dotada de un carácter simbólico autónomo, relativamente desvinculado de las características del producto que identifica. La fuerza atractiva del signo podría emplearse entonces en la promoción y éxito de otros productos o servicios, pero sobre la base del aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Es por ello que existe una protección especial para las marcas renombradas y para aquellas especialmente renombradas. Ahora bien, no es lo mismo notoriedad que reputación, aunque estos conceptos están interrelacionados. El primero hace relación con el conocimiento que de la marca tiene un determinado porcentaje de consumidores, se trata de signos que resultan familiares a la mayoría de ellos. El segundo hace referencia a la fama de calidad que pueda haber conseguido un signo. La notoriedad supone una cualidad basada en parámetros esencialmente cuantitativos, en tanto que la reputación se basa en criterios cualitativos. Como hemos dicho estos factores están interrelacionados: los signos notorios a menudo tienen una reputación elevada y un valor que excede el meramente distintivo. El logro de este valor exige frecuentemente el grado de notoriedad del signo. Pero la reputación como valor agregado al signo, más allá de su función distintiva, es lo que justifica también la explotación de la marca más allá de su función distintiva. Lo antedicho en lo referente a la notoriedad de la marca significa que la misma debe ser conocida en el mercado donde se reclama la nulidad, y que no es suficiente la invocación de la notoriedad de la marca en el extranjero.

En autos la accionante no ha realizado actividad probatoria alguna tendiente a demostrar que la registrante haya tenido conocimiento de la marca “NEGRESCO” por haber mantenido relaciones comerciales entrambas, ni tam-

poco ha demostrado que la misma haya sido notoriamente conocida en nuestro país o en el extranjero. La circunstancia de su múltiple registro en numerosos países no es índice ni prueba de notoriedad, tan solo de la titularidad de la marca en tales países, pero tal titularidad no puede hacer suponer liminarmente que la marca ha sido efectivamente implantada en estos mercados, pues puede darse el caso de que el titular nunca la haya usado, o que su uso sea mínimo, o, aún, que siendo usada sea poco conocida. Los registros extranjeros son, pues, aquí inhábiles para respaldar una nulidad de marca por supuesta notoriedad, dado que ésta debe existir en el país, en el sector pertinente del público referido a los consumidores de productos amparados por la marca en cuestión. Las instrumentales de fs. 14/33 no pueden ser tenidas en cuenta, dado que no se hallan en idioma oficial. Recordemos que el art. 105 del Cód. Proc. Civ. establece que únicamente podrán agregarse a los autos documentos redactados en lengua extranjera cuando fueren vertidos al español por traductor público. Por lo demás las instrumentales referidas tampoco se hallan agregadas en copia auténtica, lo cual ya fue señalado por la juzgadora inferior.

En síntesis, la mala fe no se halla demostrada en autos, y sin este presupuesto no se da tampoco la consecuencia jurídica derivada del mismo, es decir, el tratamiento de la pretensión invalidante de la marca y su imprescriptibilidad consiguiente como acto nulo, regida por el art. 658 del Cód. Civ.

Como la parte demandante no lo ha acreditado en este proceso la mala fe alegada en su escrito de demanda, no podemos incursar esta acción dentro de los extremos señalados *supra* para la imprescriptibilidad. Siendo que el plazo de prescripción se halla vencido con creces, la excepción debe ser acogida. En virtud de los argumentos expuestos precedentemente, corresponde confirmar la sentencia apelada.

En cuanto a las costas su imposición se debe hacer a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba, manifestaron que votan en 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,

SENTENCIA N°: 61.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Mercedes Buongermini Palumbo, Neri Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 87

Cuestión debatida: *Se demanda indemnización de daños y perjuicios ocasionados en un accidente de tránsito, entablada contra el titular registral de un vehículo conducido por otro, también demandado en el proceso. Se discute la procedencia de la demanda de pago por subrogación intentada por la empresa aseguradora contra la empresa propietaria del vehículo sindicado como causante del accidente de tránsito. La sentencia de primera instancia resuelve no hacer lugar a la excepción de falta de acción interpuesta por la demandada y hace lugar a la demanda contra la empresa propietaria y el conductor del vehículo. La parte demandada interpone recursos de nulidad y apelación contra la misma. El Tribunal de Apelación resuelve confirmar la sentencia apelada.*

CONTRATO DE SEGURO. Subrogación.

Para demostrar la subrogación solo debe acreditarse el pago y la existencia del siniestro.

CONTRATO DE SEGURO. Subrogación.

La subrogación significa que la aseguradora reemplaza al asegurado en la acción que éste pueda tener contra el tercero, sustituyéndole en idéntica posición jurídica en la que aquel se encontraba.

CONTRATO DE SEGURO. Subrogación.

El art. 1616 del Código Civil establece los requisitos para la acción de subrogación, pero no los requisitos para que la acción misma prospere, los cua-

les están dados en el capítulo referente a la responsabilidad derivada de los actos ilícitos.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. Culpa del conductor. Solidaridad.

La irregular maniobra causante del impacto la produjo el conductor del vehículo, cuya culpabilidad debe ser atribuida a la firma demandada, en igual medida y con los alcances de solidaridad respecto del conductor, frente a la parte demandante.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

Se establece el monto indemnizatorio en concepto de daño emergente, según el art. 452 del Código Civil, teniendo en cuenta las constancias de autos, las fotografías confrontando con los ítems de trabajos y repuestos, que han probado la existencia del daño, si bien no fueron reconocidos en juicio, sirven como elementos indiciarios para establecer la cuantía de los costos de reparación en ese concepto.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. “LA RURAL S.A. DE SEGUROS c/ EUROCAR S.A. Y OTROS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.” (Ac. y Sent. N° 87).

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 P., MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., DIJO: El art. 404 del Cód. Proc. Civ. establece: “El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes”. Los agravios vertidos por el representante convencional de la parte demandada en sustento de la nulidad pueden y deben ser analizados en sede de apelación, por ser argumentos *in iudicando*, que no hacen alusión a defectos formales del fallo recurrido; y dado que no se advierten en la recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, corresponde declarar desierto el recurso.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández y, manifestaron que se adhieren al voto de la preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia N° 88 de fecha 28 de febrero de 2013 el *a-quo* resolvió: “I. NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción promovida por la demandada, contra el progreso de la presente acción, por los argumentos esgrimidos en los considerandos de la presente resolución. II. HACER LUGAR, con costas, a la demanda promovida por LA RURAL S.A. DE SEGUROS contra EUROCAR S.A. y ADEMIR FARÍAS DE OLIVEIRA, por los argumentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia condenar a estos últimos a proceder al pago a la nombrada en primer lugar, la suma de GUARANÍES OCHENTA MILLONES (Gs. 80.000.000), en el plazo de 24 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución. III. ANOTAR...” (sic.) (fs. 235).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 251/253. Manifiesta que las pruebas obrantes a fs. 119 al 138 de autos no son válidos en el presente juicio, ya que los mismos fueron declarados nulos por el mismo *a-quo* y tampoco diligenciadas nuevamente por la actora, esto es una vez abierto de nuevo la causa a prueba, mal entonces podría considerarse estos documentos como pruebas para llegar a una conclusión válida. Arguye que la audiencia de reconocimiento de firma, fs. 205, donde fue citado el Sr. Milton Pegoraro carece de validez y mal podría tenerse en cuenta como prueba, ya que, como se podrá notarse claramente en el Acta de audiencia, no se especifica, no se individualiza qué documento se le exhibe y de qué o de cuál documento el compareciente reconoce su firma. Sostiene que la parte actora se presenta a reclamar sus derechos en el presente juicio con una subrogación de derechos y acciones del Sr. Miguel Milton Pegoraro, sin tener este documento los requisitos legales estipulados en la ley, o sea, es un escrito simple sin tener por lo menos certificación de firmas o pasado este por escritura pública, sin mencionar que dicho documento está suscripto únicamente por el Sr. Miguel Milton Pegoraro y no por su Sra. Esposa Max Sandra Pegoraro. Arguye que su parte nunca tuvo participación ni conocimiento de la resolución administrativa que tuvo por condenado al Sr. Ademir Farías de Oliveira por el siniestro ocurrido. Manifiesta que la firma Eurocar S.A. no tiene responsabilidad ni culpa alguna, la demanda debe ser dirigida contra las personas que

utilizaban el automotor y lo tenían a su servicio y la actora además carece de acción contra su representada, ya que se presenta a reclamar sus derechos en el presente juicio con una subrogación de derechos y acciones, documento este que no reúne los requisitos legales estipulados en la ley. Arguye que en su carácter de tercero sin responsabilidad hacen que la responsabilidad recaiga exclusivamente en el comprador y conductor del automotor Fiat Strada, y quien según manifiesta la actora se hizo responsable del accidente, y es así, ya que asume el mismo desde esa fecha todas las responsabilidades civiles contra terceros, personas y cosas emergentes y así como penales inherentes al uso del automotor bien adquirido, por lo tanto libera toda obligación y responsabilidad a la firma vendedora. Concluye su escrito solicitando se dicte resolución revocando la resolución recurrida, con costas.

El representante convencional de la parte actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 254/262, arguyendo que los elementos de convicción para que el a quo dictara su sentencia hoy apelada, las tuvo con las instrumentales acompañadas con la demanda y no como lo sostiene el apelante con instrumentales no válidas. Arguye que el vehículo conducido por el Sr. Ademir Farías de Oliveira, fue el principal protagonista del accidente de tránsito al ir a chocar por la parte trasera del vehículo marca Fiat Doblo conducido en el momento del hecho por la Sra. Maxandra Pegoraro, según se desprende del expediente N° 60/08 del Juzgado N° 1 de Yby Yaú, de la Policía Caminera obrante a fs. 9/23 de autos. Sostiene que el único documento que acompañó la demanda con su escrito de contestación es el poder general que le otorgara su mandante, y nada más. No presentó documentación alguna que justifique que el vehículo vendido por su mandante al Sr. Pegoraro se encuentre a inscripto a nombre del mismo en el registro público pertinente. Manifiesta que en estos autos no existen otras facturas o constancias firmadas por el Sr. Milton Pegoraro, por lo tanto los únicos documentos que se le pudo haber exhibido para que reconozca su firma estampada en los mismos es la factura obrante a fs. 36 y la constancia por indemnización de fs. 37, desnudando así que la omisión de consignar en el acta las fojas donde se encontraban los documentos con sus firmas, se trató simplemente de una omisión del dactilógrafo actuante, por lo que el argumento del a-quo al dar por válida la afirmación del Sr. Pegoraro, de que lo que estaba afirmando de ser su firma fue sobre los documentos obrantes a fs. 36 y 37 de autos, lo cual es lo correcto y lógico, por lo que dicha prueba es válida. Sostiene que en los juzgados

de falta no se indaga si quién es el propietario de los vehículos involucrados, sino cuál de los conductores involucrados infringió las reglas de tránsito, por lo que mal se le podría citar a la firma Eurocar S.A., propietaria del vehículo conducido por el Sr. Ademir Fariás de Oliveira, ante el juzgado de faltas y contravenciones, ya que dicha firma ni algún personal de Eurocar S.A., participó en dicho siniestro. Arguye que, de conformidad con lo establecido en los arts. 1842 y 1852 del Cód. Civ., su parte tiene legitimación activa para demandar al conductor del automóvil como a la firma de Eurocar S.A., propietaria del vehículo. Solicita finalmente la confirmación de la sentencia, con costas.

En autos se discute la procedencia de la demanda de pago por subrogación intentada por la empresa aseguradora contra la empresa propietaria del vehículo sindicado como causante del accidente.

En primer lugar debemos considerar que la subrogación legal en sí y los requisitos para que ella opere, son distintos de los derechos que la subrogación operada acuerda y de los requisitos para el ejercicio de los mismos.

La subrogación legal en materia de contratos de seguros se produce con el pago de la indemnización prevista en el contrato por parte de la aseguradora, en virtud del art. 1616 del Cód. Civ. Y para demostrar la subrogación sólo debe acreditarse el pago y la existencia del siniestro. Sin embargo, la subrogación significa que la aseguradora reemplaza al asegurado en la acción que éste pueda tener contra el tercero, sustituyéndole en idéntica posición jurídica en la que aquél se encontraba. Vale decir, el art. 1616 establece los requisitos para la subrogación de la acción, pero no los requisitos para que la acción misma prospere, los cuales están dados en el capítulo referente a la responsabilidad derivada de los actos ilícitos. Al colocarse en la posición del asegurado, la empresa aseguradora tiene todos los derechos de éste, pero también las cargas procesales derivados de la acción que intenta. Debe demostrar el hecho, su ilicitud, el daño, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la legitimación para el ejercicio de la acción. En efecto, la subrogación le sustituye en los derechos del asegurado, pero con el mismo alcance y calidad que éstos derechos tuvieren. Así, si el subrogado debe probar una determinada calidad o carácter, el subrogante, al remplazarlo, debe también probarlos.

Isaac Halperín, en su obra “Seguros”, Tomo II, ed. Depalma, Bs. As., Argentina, año 1991, pág. 732 menciona: “REGLAS QUE RIGEN LA ACCIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL TERCERO: En la causa que promueve el asegu-

rador contra el tercero responsable, aquel no necesita acreditar más título que su contrato y pago hecho al asegurado, sin necesidad de cumplir las formas de las cesiones de derecho y acciones litigiosas”. Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz en su obra “Contrato de Seguro”, Ed. La Rocca, Bs. As., Argentina, año 1988, pág. 498, refieren: “Las consecuencias jurídicas propias de la subrogación legal, se producen entonces en los seguros de daños, y en tanto concurren los presupuestos de derecho del asegurador para que la subrogación misma tenga lugar, a saber: a) La existencia de un contrato de seguro válido; b) el nacimiento, como consecuencia del evento dañoso, de un derecho a indemnización del asegurado (víctima) contra el tercero responsable; c) El pago de la indemnización efectuado por el asegurador como tal, o sea en virtud del contrato y de la verificación del siniestro...”, y continúa diciendo en op. cit. pág. 500: “En cuanto a la medida del derecho a la subrogación siguiendo los lineamientos del derecho común, queda limitada por el art. 80 L.S., hasta el monto de la indemnización abonada..., que al cabo comporta: la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación...”.

Así, de las constancias de autos se puede colegir que la parte ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 1616 del Cód. Civ. en su parte pertinente. En cuanto a la supuesta falta de reconocimiento de la instrumental obrante a fs. 37 –constancia de indemnización– por parte del asegurado de la parte actora cabe decir lo siguiente: Primeramente, de las constancias de autos, obrantes a fs. 205, se advierte que la audiencia de reconocimiento de dicho documento se ha realizado en fecha 06 de diciembre de 2011. En segundo lugar, se advierte que, efectivamente, en dicha audiencia no se ha consignado específicamente cuál documento era el que estaba siendo expuesto al asegurado de la parte actora, Sr. Milton Pegoraro, a los efectos pertinentes, circunstancia que reclama el recurrente. No obstante, es también importante advertir que en estos autos solo existen dos documentos que llevan la firma del Sr. Pegoraro, el que obra a fs. 36 –Autofactura N° 0001002– y el que obra a fs. 37 –Constancia por Indemnización–. Ambos o cualquiera de ellos resultan suficientes para sostener la pretensión resarcitoria de la parte actora. En efecto, y como ya hemos dicho, sólo debe acreditarse el pago y la existencia del siniestro a los efectos de la subrogación legal en materia de contratos de seguros. Entonces, el reconocimiento debe entenderse hecho de los únicos documentos obrantes en autos que emanan de quien es beneficiario del seguro, esto es, el Sr. Miguel Milton Pego-

raro. Así las cosas, se concluye que en el caso de marras se hallan reunidos los requisitos necesarios a los efectos de la subrogación legal.

En segundo término, debemos recordar que la parte subrogada se coloca en la posición subrogada; así, compete a la aseguradora la prueba de todos los elementos necesarios para la procedencia de la pretensión.

En tal orden de ideas, primeramente se debe ver la legitimación. Al analizar la legitimación vemos que de las constancias de autos obrantes a fs. 39/42 se puede colegir que al momento del siniestro en cuestión el asegurado de la parte actora era el propietario registral del vehículo Fiat tipo Dublo. Ello atañe a la legitimación activa; el bien siniestrado ha sido transferido a la aseguradora, conforme consta a fs. 39/42. Empero, los daños de los que aquí se trata ocurrieron durante el tiempo en que el asegurado era aún propietario. Esta última calidad surge de las instrumentales de fs. 39/42. Por lo que entonces el damnificado original –ya subrogado por la aquí actora– se encontraba facultado a exigir la compensación de los daños ocurridos en ese entonces. En lo que respecta a la legitimación pasiva, el recurrente, firma Eurocar S.A., dice que dicho vehículo ya no era de su propiedad y que lo había vendido, y entregado en posesión y dominio al Sr. Ademir Farías de Oliveira, codemandado en este proceso. En suma, cuestiona la legitimación pasiva. La cuestión de propiedad o posesión normalmente hace relación con la responsabilidad objetiva. En este punto debemos recordar que, si se tratara en el caso de responsabilidad objetiva -lo cual aún no se ha establecido aquí y corresponde solamente al factor de atribución, que será examinado más adelante- la legitimación devendría de la sola propiedad o posesión de la cosa. Como hemos visto, el demandado resulta propietario registral del rodado. En cuanto a la posible descarga de responsabilidad en un tercero, atañe al factor de atribución y no a la legitimación. Por otra parte, si nos posicionamos en el supuesto de la atribución subjetiva de la responsabilidad, Eurocar S.A. no negó haber autorizado a conducir el vehículo al Sr. Ademir Farías de Oliveira, quien protagonizó el accidente. Así pues, la cuestión de la legitimación queda zanjada. Otra cosa es el factor de atribución que es relevante al caso, cuyo examen se verá más adelante.

Ahora bien, la firma Eurocar S.A. no ha admitido su calidad de propietario del vehículo Fiat Strada, Chapa N° BAP 723. No obstante esta negación, de las constancias de autos y en especial del informe obrante a fs. 74, emitido por la Dirección del Registro del Automotor, se puede colegir que efectivamente dicho

vehículo se encuentra inscripto a nombre de la empresa Eurocar S.A. y que dicha firma no ha aportado prueba alguna desvirtuando este informe.

Entonces bien, el caso en cuestión se trata de una demanda de indemnización de daños y perjuicios ocasionados en un accidente de tránsito, entablada contra el titular registral de un vehículo conducido por otro, también demandado en el proceso. A los efectos de resolver el conflicto hemos de analizar los siguientes elementos: la ilicitud del hecho, la culpabilidad, el daño ocasionado y el vínculo causal.

Así pues, para establecer la procedencia de la presente demanda debemos considerar si la misma proviene de un hecho que está en contravención con alguna disposición legal; es decir, algún hecho antijurídico. También, hemos de examinar a quién atribuir la responsabilidad del accidente ocurrido, lo cual involucra todas las formas posibles de culpa admitidas en nuestro sistema legal. Ello resulta clave para la resolución del conflicto. Finalmente analizaremos el daño causado y si el mismo fue consecuencia del siniestro al que hace alusión.

En cuanto al factor de responsabilidad, se advierte que el juez inferior se limitó a citar los dos artículos del Código Civil relativos a las formas de responsabilidad: la objetiva, por cosa riesgosa –art. 1847– y la subjetiva por hechos propios –art. 1834– y por hechos ajenos –art. 1842–. Empero, luego hace una fundamentación anclada en el criterio de culpa, sobre la base de la atribución de responsabilidad administrativa pronunciada por el Juzgado de Faltas de Yby Yaú. Ya se tiene dicho que se ha de examinar primeramente la objetiva, por haber sido expresamente planteada esta forma de atribución, al ser el demandado el dueño de una cosa riesgosa.

Así pues, en cuanto a la aplicabilidad de las normas de responsabilidad objetiva, el hecho de que el propietario del vehículo no condujera el rodado al momento de la producción del siniestro, y por ende la sola circunstancia de que el dueño o guardián de la cosa no sea el factor conductual directo en la producción del siniestro, no habilita a aplicar, sin más, las reglas de la responsabilidad objetiva.

Más bien, al tratarse de la colisión de dos vehículos, corrientemente no son aplicables los arts. 1847 y sptes. del Cód. Civ. En efecto, cuando ambos conductores emplean, como en este caso, una cosa calificada pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia como peligrosa o riesgosa –un automotor–, el factor de riesgo recíprocamente creado con su empleo queda, de esta manera, neutraliza-

do. En esta tesitura, la atribución de responsabilidad ha de resolverse con criterio basado exclusivamente en factores subjetivos: o dolo o culpa, imputables al agente causante de los daños.

Así pues, la eventual responsabilidad u obligación de indemnizar los daños reclamados por el actor se debe ver de acuerdo con las reglas de la responsabilidad por culpa y, eventualmente, la responsabilidad por hecho ajeno, de los arts. 1.842 y siguientes del Cód. Civ. Los principios que rigen este tipo de responsabilidad siguen la regla común de la prueba, esto es, la carga probatoria no será invertida y se mantendrá sobre el actor el peso de probar la autorización, expresa o tácita, del dueño del rodado al uso de la cosa de su propiedad, así como la carga de la culpa en la persona que lo conducía. Igualmente, hay que recordar que en el tipo de responsabilidad que emerge de estos supuestos no existen presunciones a favor del actor, y remanen inalterables los presupuestos para enervar una pretensión contra otra. En otras palabras, la carga probatoria se mantiene en cabeza del actor, y al demandado le valdrá la simple negación de que el conductor llegó a la cosa sin su autorización. No obstante, según las circunstancias de cada caso, se podrían aplicar las presunciones *hominis* para probar la autorización del conductor.

El codemandado alega, también, que el vehículo se encontraba fuera de su control, y que por ende debe eximirse de responsabilidad. La hipótesis del acto de un tercero por el cual el codemandado no deba responder, que parece ser, desde luego, el encuadre que enfoca la alegación del accionado cuando dice que el vehículo no se encontraba bajo su control, es propio de la responsabilidad objetiva, que ya hemos descartado como factor de atribución. Ahora bien, cuando la norma señala la posibilidad de descargar la culpa en un tercero “por quien no se deba responder”, supone que el descontrol sobre la cosa se debe a que el tercero ha obrado por su propia actividad y sin conocimiento o consentimiento del dueño o guardián, privando a éste de prever el cuidado adecuado respecto de la cosa, a fin de evitar la efectivización de su riesgo inherente. Pero cuando es el propio dueño o guardián quien pone al tercero en posesión de la cosa, también delega en él la custodia de ella, y debe responder por esta delegación de diligencia, como una circunstancia *ineligendo*. Así pues, la alegación de extrañamiento de la cosa no tiene andadura en supuestos en los cuales el propio dueño o guardián ha provocado el desplazamiento de la custodia de la cosa.

De autos, en especial de la manifestación hecha por la recurrente a fs. 253 en su expresión de agravios y del informe de fs. 74, surge que la demandada se

constituyó en propietaria del vehículo interviniente del siniestro en fecha 2 de mayo de 2007, es decir antes del accidente. Luego, también de las constancias de autos y de los dichos de la demandada se advierte que admite haber enajenado y haber hecho entrega de la cosa vendida al Sr. Ademir Farías de Oliveira, quien protagonizara el accidente como conductor del rodado. Ello claramente posiciona a la firma Eurocar, demandada, en la situación de un constituyente de una relación de custodia –depositante o, cuando menos, un comodatante–, con el conductor del vehículo. En efecto, si bien el contrato de compraventa de cosa registrable formulado en escritura pública es traslativo de dominio entre las partes, no lo es respecto de terceros, para los cuales se debe hacer siempre la inscripción registral. No conocemos si la compraventa se hizo por escritura pública traslativa o por contrato privado, meramente obligacional, ya que el instrumento del negocio jurídico no fue adjuntado a autos. Lo que sí sabemos es que la demandada es propietaria registral y que permitió o consintió el uso por el conductor del vehículo siniestrado. En estas condiciones, la responsabilidad por el ilícito recaería no solo sobre el conductor sino también sobre la firma propietaria del rodado, que lo puso en su custodia, en los términos del art. 1842 del Cód. Civ; esta norma responsabiliza por la comisión de un acto ilícito no sólo al dependiente o autorizado sino también al principal o autorizante. Entonces, al ser establecida la culpabilidad del dependiente o autorizado, ésta recae también sobre la persona del autorizante del conductor, por la aplicación del sistema de culpa *in eligendo* prevista en el citado artículo del Código Civil. Así pues, la responsabilidad que viene aquí a cuenta sería la refleja o por hecho ajeno. Determinado el factor de atribución de la firma Eurocar S.A., debemos abocarnos al estudio de las circunstancias del hecho, en orden de establecer la culpa. Ello impone, de suyo, un análisis de la culpa del conductor que debe ser estudiada, a fin de poder reflejarla en el sujeto llamado a responder por vía indirecta, vale decir, el propietario registral que autorizó el uso del vehículo.

Como estamos estudiando un caso de culpa refleja, aunque el conductor del vehículo, declarado rebelde y condenado en primera instancia, no haya expresado agravios con respecto de la sentencia y sus argumentos, la firma Eurocar S.A. igualmente puede rebatir la forma de ocurrencia de los hechos y debatir la culpa del agente directo en la producción del acto, a fin de eximirse de esa responsabilidad.

Resulta prudente, como paso previo el análisis de la responsabilidad del conductor, determinar si el hecho ocurrido constituye un antijurídico.

Solamente la parte asegurada de la parte actora ha denunciado el hecho acontecido, según las constancias adjuntadas en el expediente. Debemos recordar que la fuerza probatoria de un acta o parte policial solo alcanza en su fedación a los actos acontecidos o pasados directamente ante el oficial interviniente, no a los referidos por las partes, ni por otros.

La parte actora, ofreció y diligenció pruebas documentales. Los codemandados no produjeron prueba alguna durante el proceso, las que, si bien fueron ofrecidas, no fueron diligenciadas. Cabe apuntar que, aunque carezca de virtualidad jurisdiccional el proceso administrativo ante el juzgado de faltas, las manifestaciones ahí vertidas sirven de indicios a los efectos de esclarecer la cuestión.

Así, del examen de las constancias de autos, en especial las que obran a fs. 5/75, se concluye que el siniestro ocurrió el día 09 de agosto de 2008, aproximadamente a las 3:30 a.m., a la altura del Km 411 de la Ruta N° 3 Gral. Elizardo Aquino. El automóvil marca Fiat tipo Doblo –guiado por la Sra. Maxsandra Pegoraro–, circulaba por el carril derecho de la Ruta N° 3, con dirección de Yby Yaú a Asunción y por atrás de dicho vehículo circulaba el vehículo marca Fiat Tipo Strada –guiado por el Sr. Ademir Farías– presumiblemente a una velocidad no prudencial. Al llegar al lugar de referencia aparentemente el vehículo marca Fiat tipo Doblo disminuye la velocidad del mismo y enciende la luz de giro reglamentaria a los efectos de entrar a su domicilio, ínterin en que es embestido en la parte trasera por el vehículo marca Fiat tipo Strada. Como consecuencia de esta colisión, la inercia y *momentum*, el vehículo marca Fiat tipo Doblo fue girado fuera de curso y acabó en el costado izquierdo de la calzada.

Ahora bien, a fin de poder determinar la antijuridicidad debemos establecer cuál es la norma aplicable a este caso. El accidente ha ocurrido en el Km 411 de la Ruta N° 3 por lo que rigen las disposiciones del Reglamento General de Tránsito Caminero, Decreto-Ley N° 22.094/47.

Así, del adelantamiento o colisión y del consecuente accidente de tránsito, se advierte que el conductor del vehículo marca Fiat tipo Strada con chapa N° BAP 723 ha trasgredido el citado Reglamento General de Tránsito Caminero, que en su art. 136 establece: “Toda persona que conduzca descuidadamente un vehículo en los caminos con desprecio de los derechos o los demás, o a velocidades excesivas que peligren las personas será considerada reo de falta contra la integridad física, y pasible de las sanciones que establece este Reglamento”,

además del art. 4 que establece: “El conductor de un vehículo en marcha debe estar constantemente en condiciones, situación y posición de dirigir y dominar completamente su vehículo, debiendo advertir la presencia de éste a los otros conductores y a los peatones que encuentre en su camino, y a tomar todas las precauciones para evitar accidentes y obstrucciones del tránsito”. Se puntualiza especialmente el art. 96: “Cuando un vehículo alcanza a otro que circula en el mismo sentido, lo pasará por la izquierda a distancia prudencial y no tomará la mitad derecha de la calzada hasta haber dejado al otro vehículo completamente atrás. El conductor de un vehículo que alcanza a otro, dará aviso con la bocina antes de adelantársele”.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, el Cód. Civil en su art. 1834 establece que los actos voluntarios tienen el carácter de ilícitos cuando fuesen prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales u otras disposiciones dictadas por autoridad competente. Así como también aquellos que hubieren causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo. En el caso de autos sabemos que ha ocurrido un accidente de tránsito, el cual ha sido causal de pérdida de la integridad de bienes bajo dominio de terceros. Además, como hemos acordado más arriba, se ha efectuado una maniobra indebida, lo cual constituye la génesis del siniestro. Así, pues, con la trasgresión del Reglamento General de Tránsito Caminero –Decreto-Ley N° 22.094/47– y el acontecer de un accidente de tránsito, tenemos un acto ilícito perpetrado.

En cuanto a la imputación de culpabilidad, en el caso particular, ésta se mide por la debida prudencia, pericia y diligencia en la conducción, así como el respeto estricto a las normas de tránsito. En este punto es donde descansa el *thema decidendum* para la resolución del recurso en estudio, por cuanto que las conclusiones a que aquí se arriben determinarán la suerte de la pretensión.

Para distinguir cuál de los conductores es el culpable del accidente de tránsito, debemos remitirnos nuevamente al orden de los hechos y obviamente a la posible inobservancia de las normas de tránsito. En tal sentido, hemos concluido más arriba que se ha trasgredido el Reglamento General de Tránsito Caminero, en lo que se refiere al posible adelantamiento indebido, su incorrecta maniobra y del control vehicular. El incumplimiento de la norma tiene una relación directa con la culpabilidad que estamos analizando. Ello es así porque al producirse una infracción de las reglas de tránsito, quien la produce no obra con la diligencia debida y exigida en las normas de la circulación vehicular, salvo

que se demuestre alguna circunstancia eximente, cosa que no se ha tan siquiera alegado aquí.

En base a las consideraciones vertidas en los párrafos precedentes, se concluye que la imprudencia del conductor del vehículo marca Fiat tipo Strada con chapa N° BAP 723 atribuye a éste la culpabilidad exclusiva por el siniestro ocurrido. Si se hubiesen respetado las normas de tránsito, hay probabilidad sustancial de que accidente no hubiera sucedido.

El análisis de los hechos expuesto anteriormente nos ha llevado a deducir que la irregular maniobra causante del impacto la produjo el conductor del vehículo marca Fiat tipo Strada con chapa N° BAP 723. De esta manera, y en aplicación de las reglas antes enunciadas, la culpabilidad debe ser atribuida a la firma Eurocar S.A., en igual medida y con los alcances de solidaridad respecto del conductor, Sr. Adamir Fariás de Oliveira, frente a la parte demandante.

Finalmente, analizaremos los daños y el nexa causal. Para estudiar la cuestión respecto de los daños ocasionados hemos de remitirnos al material probatorio agregado por la parte demandante. En el escrito de demanda, obrante a fs. 76/79, la parte actora hace alusión a los daños en el automóvil Fiat tipo Doblo. Asimismo, obran a fs. 23/27 las instrumentales fotográficas de dicho vehículo involucrado en el accidente, en las cuales se pueden ver los daños sufridos por el mismo, que coinciden con el relato realizado. Así como de lo antedicho notamos que existieron daños ocasionados, claramente también concluimos que los mismos se han producido como consecuencia del accidente debatido en autos. Esto es así porque los daños alegados coinciden con la lógica de la mecánica de la colisión y de los hechos tenidos como probados.

El Abog. Crosa, sin embargo, se agravia de los presupuestos agregados a autos, sosteniendo que carecen de seriedad para ser presentados en juicio al no reunir los requisitos establecidos por las normas procesales vigentes.

Empero, de las constancias de autos y a través de las fotografías adjuntas al expediente, se ha probado la existencia cierta del daño, por lo que debe echarse mano del art. 452 del Cód. Civ, como ya se hiciera en jurisprudencia anterior, para estimar prudencialmente el rubro peticionado. En efecto, a fs. 23/27 la actora agrega fotografías del automóvil marca Fiat tipo Doblo chocado. Dichas fotografías –cuya veracidad no ha sido puesta en duda– deben servirnos de parámetro para estimar la entidad del daño emergente sufrido por la actora; confrontando ello con los distintos ítemes –trabajos y repuestos– que indican las

JURISPRUDENCIA

instrumentales presentadas –fs.31/35– se concluye que, si bien no fueron reconocidas en juicio, pueden servir como elemento indiciario para establecer la cuantía de los costos de reparación en concepto de daño emergente. El demandado, por su parte, se limitó a contradecir el monto, y no contrarrestó efectivamente los hechos con producción de prueba propia. Las facturas de pago y recibos de dinero agregado a fs. 36/37, las cuales tomamos solamente como indiciarias, coinciden con el monto pretendido como indemnización de los daños emergentes solventados por la aseguradora.

En atención a las consideraciones precedentes, y en ejercicio de la facultad establecida en el art. 452 del Código Civil, esta Magistratura considera pertinente estimar la indemnización en concepto de daño emergente por los daños sufridos en G. 80.000.000 (ochenta millones de guaraníes).

En definitiva, en mérito de las consideraciones expuestas precedentemente, corresponde confirmar la resolución apelada. Las costas debemos imponerlas a la perdidosa, conforme al art. 203 del Cód. Proc. Civ.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández y, manifestaron que se adhieren al voto de la 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;

SENTENCIA N°: 87.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la resolución recurrida de conformidad con el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas en ambas instancias a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Mercedes Buongermini Palumbo, Neri Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 88

Cuestión debatida: *Los excepcionantes interponen las excepciones de nulidad, redargución de falsedad, inhabilidad de título, falta de acción, contra el progreso de la ejecución de sentencia, cuyo fundamento principal gira en torno a la circunstancia de que el poder especial otorgado por ellos para hipotecar el inmueble objeto de discusión fue fraguado. La sentencia de primera instancia hace efectivo el apercibimiento, rechaza las excepciones interpuestas por improcedentes y lleva adelante la ejecución. El Tribunal de Apelación confirma la sentencia de primera instancia.*

PROCESO. Legitimación.

La legitimación activa y pasiva de las partes es una condición que debe ser examinada previamente al análisis de la fundabilidad o mérito de la pretensión, esto es, su procedencia o improcedencia.

PROCESO. Legitimación.

El carácter, la cualidad o la legitimación sustancial es una típica quaestio iuris, que el juez debe examinar con independencia de la actitud que puedan asumir las partes.

DERECHO DE PROPIEDAD. Titular de la cosa.

Los derechos de vindicación de la cosa solo son propios del titular del dominio.

DOMINIO. Transferencia del dominio.

Considerando la normativa y los caracteres de absoluto y exclusivo del derecho real de dominio, se debe advertir que operada la transferencia de la propiedad de un bien inmueble se opera también en cabeza del nuevo propietario la transferencia de cualquier interés, que sea suficiente para merecer tutela jurídica, y, consecuentemente garantizar y proteger dichos derechos.

DOMINIO. Posesión. Transferencia del dominio.

Lo propio de la posesión, una vez transferido a otro, se pierden las facultades que dicha situación de la cosa otorga al poseedor.

DOMINIO. Propiedad. Posesión. HIPOTECA. Ejecución.

El art. 2384 del Código Civil, se refiere a la propiedad y la posesión, como exigencias cualitativas para poder aspirar a plantear cualquier contienda respecto de un bien hipotecado, y en especial frente al ejecutante.

PROPIEDAD. Transferencia de la propiedad.

La transferencia de la propiedad y la posesión del inmueble litigioso a favor de una persona trae aparejada la transferencia, en cabeza de ésta, del interés suficiente sobre el inmueble, y las acciones y defensas para proteger los derechos sobre el mismo, entonces los excepcionantes carecen de interés suficiente, jurídicamente tutelable para proponer obstáculos a un proceso de ejecución forzosa sobre el mismo.

PODER ESPECIAL. Transferencia de inmueble.

El poder especial para la venta del inmueble otorgado fue expresamente reconocido por los hoy excepcionantes, y la venta del inmueble no fue desconocida ni impugnada, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

El principio general sobre la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos, es aquella que en virtud de la cual las declaraciones o manifestaciones vertidas en un sentido se imputan a la parte que las hiciera, así como sus efectos, tanto positivos como negativos, sin que el declarante le sea permitido pretender consecuencias que las contravengan.

HIPOTECA. Reconocimiento del gravamen. Compraventa de inmueble hipotecado.

Los excepcionantes y recurrentes no pueden alegar desconocimiento de la existencia del gravamen hipotecario, toda vez que su mandataria reconoció expresamente el mismo en oportunidad de celebrar la venta del inmueble; inclusive dicho gravamen fue considerado a los efectos de pactar la forma de pago.

T. DE APEL. C. y C. Tercera Sala. 30/08/13. “INTEGRAL TRADING S.A. c/ PETROLUB S.R.L. s/ COBRO DE GUARANÍES ORDINARIO” (Ac. y Sent. N° 88).

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, MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por él

interpuesto; y dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, corresponde declarar desierto el presente recurso.

A SUS TURNOS LOS DRES. MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ, dijeron que se adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 838 de fecha 14 de noviembre de 2012 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno resolvió: “HACER EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO dispuesto por la providencia de fecha 14 de julio de 2012 (fs. 339). RECHAZAR, con costas, las excepciones de NULIDAD, REDARGUCIÓN DE FALSEDAD, INHABILIDAD DE TÍTULO y FALTA DE ACCIÓN interpuestas por el Abog. Mario Rubén Alvarenga en representación de la señora VIRGINIAARBOLINDA URBIETA DE AYALA y del Sr. CARLOS ALBERTO AYALA GONZÁLEZ (representado por su esposa en carácter de curadora), por improcedentes, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. LLEVAR ADELANTE, con costas, la presente ejecución que promueve INTEGRAL TRAFING S.A. contra PETROLUB S.R.L. por el cobro de la suma de GUARANÍES DOS MIL SEISCIENTOS SESENTAY SEIS MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UNO (Gs. 2.666.034.331.-), más intereses, costos y costas. ANOTAR...” (sic.) (fs. 395).

De dicha sentencia recurre el Abog. Mario Rubén Alvarenga, representante convencional de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González, y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 403/410 de autos. Manifiesta que sus representados no reconocieron expresamente como gravamen una hipoteca, lo que sí reconocen es haber otorgado un poder para vender la propiedad a la Sra. Isabel Edith Ayala González quien es la madre del Sr. Jorge Emilio Ayala González otorgante de la hipoteca. Expresa que sus poderdantes no tenían conocimiento que éstos habían fraguado un supuesto poder en connivencia con la Escribana Imelda Fleitas de Céspedes para hipotecar la propiedad falsificando la firma de su representada. Sostiene que sus representados no tenían conocimiento de la hipoteca, ya que en la escritura de transferencia del inmueble se trascribió íntegramente el poder para vender y en el mismo no consta ningún reconocimiento de los poderdantes de que el inmueble se encuentra gravado con hipoteca. Arguye que para que

exista reconocimiento expreso de sus representados este hecho debió constar en dicho poder. Alega que es inconcebible que el reconocimiento de la hipoteca efectuado por la apoderada, quien ha fraguado un poder en connivencia con su hijo y la escribana, pueda comprometer la responsabilidad de sus representados. Aduce que la jueza justifica su resolución en el hecho que no se ha probado en autos la autenticidad de la escritura pública N° 30 (poder especial) y la escritura pública N° 20 (constitución de hipoteca), pero no menciona que las pruebas de reconocimiento de firma y pericia caligráfica del protocolo donde se encuentra inserta dicha escritura, no pudieron ser diligenciadas y producidas por renuencia de la Escribana Imelda Fleitas de Céspedes de presentar el protocolo para el cotejo de firmas, pese a ser intimada en dos ocasiones, y pese a que su parte ha hecho todo lo posible para diligenciarlas y producirlas. Indica que es lógico que la Escribana Imelda Fleitas de Céspedes declare que sus representados han suscripto el poder para hipotecar. Dice que la redargución de falsedad es justamente el presupuesto jurídico esencial para la declaración de nulidad del acto jurídico que ha sido realizado sin las formalidades legales para la validez de un documento público, por haber existido fraude en la manifestación de voluntad de una de las partes. Manifiesta que el hecho de que se haya fraguado una hipoteca le priva a sus representados de la posibilidad de cobrar el precio por la venta del inmueble. Por último solicita se dicte resolución revocando la sentencia recurrida y, en consecuencia, haciendo lugar a las excepciones opuestas, con costas.

Corrido el traslado, el Abog. Hermann Schuchardt, representante convencional de la firma Integral Trading S.A., contesta dichos agravios en su escrito que obra a fs. 411/415 de autos. Manifiesta que la Sra. Edith Isabel Ayala González actuó en nombre y representación de los Sres. Carlos Alberto Ayala González y Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala, ya que éstos dieron facultades suficientes a la misma para la venta del inmueble con las condiciones que ella quisiera estipular. Expresa que la Sra. Edith Isabel Ayala González entregó en propias manos a la Sra. Inés Rouber Sherer copia de la escritura de constitución de hipoteca, que hoy día la Sra. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala extrañamente dice que desconocía y niega su autenticidad. Sostiene que de alguna forma el testimonio de la hipoteca tuvo que haber llegado a poder de la Sra. Edith Isabel Ayala González, y no hay otra que la entrega de la escritura por parte de los propietarios del inmueble a su representante para entrega a la

compradora. Arguye que las actuaciones de la Sra. Edith Isabel Ayala González son reputadas como si hubiesen sido celebradas por sus representados, Sres. Carlos Alberto Ayala González y Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala. Alega que la parte excepcionante a esta altura del proceso ya carece de legitimidad para oponer excepción alguna, en razón de que la nueva propietaria, Sra. Inés Rouber Sherer, ya se ha presentado en juicio a depositar el dinero correspondiente a la garantía hipotecaria más sus gastos en el Banco Nacional de Fomento. Aduce que las excepciones opuestas carecen de valor alguno por no tener ya la legitimidad necesaria para discutir en este juicio la relación existente entre la nueva propietaria del inmueble y su representada, Integral Trading S.A., además de que al momento de depositarse la suma mencionada en el Banco Nacional de Fomento se disuelve el punto de discusión en este juicio por haberse cubierto la deuda de la garantía hipotecaria. Indica que la declaración de nulidad solicitada por la contraria en este juicio no es la vía adecuada para invalidar una escritura pública de constitución de hipoteca, ya que la excepción de nulidad interpuesta es para invalidar actos procesales y no actos jurídicos, lo cual debe ser estudiado, demostrado y analizado en otro juicio independiente. Por último solicita se dicte resolución confirmando la sentencia recurrida, con costas.

En el *sub examine*, se busca determinar la procedencia de las excepciones de nulidad, redargución de falsedad, inhabilidad de título y falta de acción opuestas contra el progreso del presente proceso de ejecución de sentencia.

Se impone preliminarmente, por oportuno, realizar una breve reseña de las actuaciones producidas en el expediente traído a análisis. La firma Integral Trading S.A. promovió demanda ordinaria de cobro de guaraníes contra la firma Petrolub S.R.L. –fs. 168/172–. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, en virtud de la S.D. N° 521 de fecha 28 de julio de 2011, resolvió hacer lugar a la demanda de cobro de guaraníes ordinario promovida por la firma Integral Trading S.A. contra la firma Petrolub S.R.L. y condenar a la parte demandada al pago de la suma de G. 2.666.034.331 –fs. 210/214–. La firma Integral Trading S.A. promovió el proceso de ejecución de sentencia contra la firma Petrolub S.R.L., solicitó se decrete embargo ejecutivo sobre el inmueble individualizado como Finca N° 12.377 del Distrito de Hernandarias, con Padrón N° 15.961, Lote Agrícola N° 45 de la Manzana B, Fracción Paso Itá de la Colonia Itapyte hasta cubrir la suma de USD. 100.000 y sobre los demás bienes de la firma Petrolub S.R.L. hasta cubrir la suma reclamada, y

solicitó la citación de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González, y de la Sra. Inés Rouber Sherer –fs. 219/220–. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, en virtud de la providencia de fecha 21 de septiembre de 2011, citó de venta a la firma Petrolub S.R.L. y a los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González (constituyentes) y a la Sra. Inés Rouber Sherer (adquiriente) –fs. 221–. Los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González opusieron excepciones de nulidad, redargución de falsedad, inhabilidad de título y falta de acción –fs. 245/251 y 274/281–. La Sra. Inés Rouber Sherer se presentó y solicitó la apertura de una cuenta corriente judicial a nombre del presente juicio y a la orden del juzgado en el Banco Nacional de Fomento –fs. 302–. La firma Integral Trading S.A. contestó el traslado de las excepciones opuestas –fs. 305/310–. La Sra. Inés Rouber Sherer comunicó el depósito de la suma de USD 110.000, y solicitó la indisponibilidad de los fondos hasta que se resuelvan las excepciones opuestas, y el levantamiento de los embargos decretados sobre el inmueble –fs. 318–. La firma Integral Trading S.A. solicitó el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas por su parte –fs. 320/321–. Los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González ofrecieron pruebas –fs. 323/325–. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, en virtud de la S.D. N° 838 de fecha 14 de noviembre de 2012, resolvió rechazar las excepciones opuestas y llevar adelante la ejecución –fs. 393/395–.

Así pues, surge de la reseña precedente que los excepcionantes Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González fueron citados en la presente ejecución, en los términos de lo dispuesto por el art. 2384 del Cód. Civ.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de la procedencia de las excepciones opuestas, corresponde determinar la existencia del interés suficiente, jurídicamente tutelable, que pudieran tener los excepcionantes en controvertir la ejecución.

Sabido es que la acción, como todos los derechos potestativos, es un poder meramente ideal, o sea, el poder de querer determinados efectos jurídicos –actuación de la ley–. Igualmente sabido es que toda acción resulta de tres elementos: a) los sujetos, es decir, el sujeto activo al que corresponde el poder de obrar, y el sujeto pasivo frente al cual corresponde el poder de obrar (*personae*);

b) el objeto, es decir, el efecto perseguido por el poder de obrar, lo que se pide (*petitum*); c) La causa eficiente de la acción, es decir, el interés que es el fundamento de que la acción corresponda (*causa petendí*).

Las condiciones de la acción son aquellas necesarias para obtener una resolución favorable y varían según la naturaleza de la resolución. Así, si se ha pedido una sentencia de condena, las condiciones para obtenerla son normalmente: a) la existencia de una voluntad de la ley que garantice a una parte un bien, obligando a la otra a una prestación; b) la calidad, o sea, la identidad de la persona que pretende con la persona favorecida por la ley, y de la persona contra la cual se pretende con la persona obligada; c) el interés de conseguir el bien mediante los órganos públicos (CHIOVENDA, José. 1922. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Traducción española de CASÁIS Y SANTALÓ, José. 1977. Madrid. Reus S.A. Pág. 114).

Siguiendo este hilo de razonamiento, corresponde que nos aboquemos a la cuestión relativa a la legitimación de los excepcionantes. Es harto sabido que la calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente a la “*entrada en la pura sustancia del asunto*”, en palabras de Carlos Eduardo Fenochietto; en otros términos, la legitimación activa y pasiva de las partes es una condición que debe ser examinada previamente al análisis de la fundabilidad o mérito de la pretensión, vale decir, su procedencia o improcedencia en buen derecho. El carácter, la cualidad o la legitimación sustancial es una típica *quaestio iuris*, que el juez debe examinar con independencia de la actitud que puedan asumir las partes.

Así tenemos, por un lado, la legitimación de las partes en lo que hace a la viabilidad de poder ejercer una acción –que no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión– respecto del adversario, con aleatoria eficacia, y, por el otro, el derecho subjetivo material o de fondo que les asiste al actor y al demandado, el cual será finalmente declarado en la sentencia definitiva, oportunidad donde se realiza el examen de fundabilidad de la pretensión.

Se requiere entonces, para que prospere una pretensión, que exista un una titularidad o un vínculo jurídico que la sustente. No se trata, pues, de que se den los presupuestos o requisitos de procedencia de la pretensión –fundabilidad–, sino en que haya sustrato obligacional o relacional de derecho entre las partes. Así pues, habiéndolo, la pretensión tiene chances de prosperar, aunque la pretensión misma resulte luego no ser admitida por falta de algún requisito de

procedencia o fundabilidad; pero si no se tiene legitimación, la pretensión está condenada a fracasar y el análisis de la fundabilidad es vacuo.

La distinción referida entre vínculo o vinculación, y requisitos de procedencia o fundabilidad de la pretensión debe resaltarse. Así lo ha consagrado la jurisprudencia: “5) *Debe distinguirse entre la mera titularidad de una relación jurídica en que se funda una pretensión y la fundabilidad de ésta. Solamente la primera se vincula con la legitimación para obrar y cumple una función procesal, a saber, que el proceso se desarrolle entre los sujetos que, respecto de la pretensión deducida, puedan ser los destinatarios de los efectos del proceso*” (CNCom. Sala C. 02/07/79. LL 1979-D-35; ED 84-497-4) (DE SANTO, Víctor. 1988. *El Proceso Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Universidad. Pág. 626).

No es superfluo también aclarar, meramente *obiter*, la distinción la legitimación *ad causam* –titularidad del derecho– y legitimación *ad processum* –representación del titular del derecho–. La primera, refiere a aquéllos a los que la ley habilita o no a ejercer una pretensión, y ello está dado en función de la existencia o no de un interés tutelable en cabeza del peticionante. La segunda, se examina la existencia o no de representación suficiente –convencional o legal– para incoar la demanda a nombre del actor. Puede darse, entre otras circunstancias, por inexistencia o insuficiencia del poder para estar en juicio.

En el *sub examine*, conforme lo reseñado *ut supra*, los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González opusieron excepciones de nulidad, redargución de falsedad, inhabilidad de título y falta de acción contra el progreso de la presente ejecución de sentencia. El fundamento principal de sus defensas gira en torno a la circunstancia de que el poder especial otorgado por ellos al Sr. Jorge Emilio Ayala González para hipotecar el inmueble objeto de discusión fue supuestamente fraguado, lo cual, acarrearía la nulidad de la hipoteca.

Ahora bien, algunas expresiones vertidas por los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González en su escrito de expresión de agravios merecen ser reproducidas. Los recurrentes manifestaron que “...*lo que sí reconoce mi poderdante es haber otorgado un poder para vender la propiedad a la señora Isabel Edith Ayala González quien es la madre de Jorge Ayala González otorgante de la hipoteca...*”(sic.) (fs. 404); expresaron que “*Mi representada no tuvo siquiera conocimiento que la propiedad ya había sido vendida, recién supo de la venta cuando fue notificada de esta demanda, esto motivó a que*

promoviera un juicio de Rendición de cuentas en contra de la apoderada EDITH ISABEL AYALA GONZÁLEZ, para cobrar el producto de la venta del inmueble...”(sic.) (fs. 406).

Surgen de los fundamentos expuestos por los recurrentes dos circunstancias bien claras. Primero, que reconocieron expresamente haber otorgado un poder especial a la Sra. Edith Isabel Ayala González para vender el inmueble objeto de litigio; segundo, que no desconocen la venta del inmueble ni la han impugnado, ni disputado su eficacia.

Auscultadas las constancias de autos, vemos que a fs. 293/297 y a fs. 343/346 obran sendas fotocopias autenticadas de la escritura pública N° 38 de fecha 08 de junio de 2009. En virtud de dicha escritura pública la Sra. Edith Isabel Ayala González, en nombre y representación de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González, vendió y transfirió a favor de la Sra. Inés Rouber Sherer el inmueble individualizado como Lote Agrícola N° 45, de la Manzana B, Fracción Paso Itá, de la Colonia Itaipyte, situado en el Distrito de Hernandarias, Departamento de Alto Paraná. Las instrumentales mencionadas fueron agregadas a estos autos por la Sra. Inés Rouber Sherer –compradora- y por la Escribana Cinthia Cristina González de Secchia –autorizante–.

Aquí resulta trascendente traer a colación normativa del Cód. Civ. referida a los derechos reales sobre las cosas. El art. 737 del Cód. Civ. textualmente dispone que *“La compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial, por un precio en dinero que debe pagar el comprador”*. El art. 1966 del Cód. Civ. literalmente dispone que *“Adquiérese la propiedad de bienes inmuebles por: a) contrato...”*. Por su parte, el art. 1967 del Cód. Civ. textualmente dispone que *“Se pierde el dominio de los inmuebles: a) por su enajenación...”*. El art. 1968 del Cód. Civ. literalmente reza: *“La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos translativos de dominio están sujetos a la toma de razón en el Registro de Inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros”*. Con ello queda clara la forma como se adquiere y se transmite o se pierde el dominio. Por su parte, el 1954 del Cód. Civ. textualmente dispone que *“La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de*

propiedad. También tiene facultad legítima de repeler la usurpación de los mismos y recuperarlos del poder de quien los posea injustamente. El propietario tiene facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; arrendarla y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar su propiedad y abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona". De modo que los derechos de vindicación de la cosa solo son propios del titular dominial.

Finalmente, el art. 1909 del Cód. Civ. literalmente dispone que “Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera”. El art. 1927 del Cód. Civ. textualmente dispone que “La posesión se adquiere también por la tradición de la cosa. Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra la recibiere del mismo modo”, definiendo de modo claro el carácter o rol de poseedor de una cosa. Todo esto se trae a cuento para determinar la posición de los excepcionantes en la cosa objeto del conflicto y definir su posible interés en plantear defensas a su respecto, en el marco del art. 2384 del Cód. Civ., ya referido.

La escritura pública N° 38 de fecha 08 de junio de 2009, en su parte pertinente, establece que “la representante legal de los vendedores trasfiere a la compradora, todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre el inmueble se tenía, obligándose por la evicción y vicios redhibitorios conforme y con arreglo a derecho...” (sic.) (las negritas son propias) (fs. 295 vlta. y 345 vlta.).

Vemos que, en consideración con las normas que rigen la transferencia de la propiedad y la posesión de un inmueble, ya aludidas, la Sra. Edith Isabel Ayala González, en nombre y representación de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González, vendió y transfirió a favor de la Sra. Inés Rouber Sherer el inmueble hoy en cuestión.

Ahora, es importante tener presente los alcances de toda transferencia de dominio. Sabido es que el dominio como derecho real es el mayor sometimiento de que puede ser objeto una cosa respecto de una persona y, correlativamente, el mayor, más extenso y más completo poder que su titular puede tener sobre la misma cosa; los demás derechos reales no son sino cada uno de ellos un fragmento de esa totalidad que es el dominio.

El dominio es un derecho real “absoluto”, en el sentido de que confiere a su titular la mayor cantidad posible de facultades sobre una cosa. Obviamente, la

cantidad e intensidad de tales facultades dependerá del ordenamiento jurídico, conforme a los criterios filosóficos y políticos que le sirven de base. Por su parte, el dominio es “exclusivo” porque dos personas no pueden tener cada una en él todo el dominio de una cosa. Por eso, cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro debe probar su pretensión, y hasta que no se produzca esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo. La exclusividad en el derecho de dominio deviene de la naturaleza del mismo, y concentra en una sola persona todos los derechos que pueden jurídicamente recaer sobre una cosa mueble o inmueble.

Así pues, analizada e interpretada armónicamente la normativa transcrita, y considerados los caracteres de absoluto y exclusivo del derecho real de dominio, debemos advertir que operada la transferencia de la propiedad de un bien inmueble se opera también en cabeza del nuevo propietario la transferencia de cualquier interés, que sea suficiente para merecer tutela jurídica, y, consecuentemente, las acciones y defensas para garantizar y proteger dichos derechos. Lo propio cabe decir de la posesión, una vez transferida a otro, se pierden las facultades que dicha situación en la cosa otorga al poseedor. Es por ello que el art. 2384 del Cód. Civ. hace alusión, precisamente, a estas dos calidades, la propiedad y la posesión, como exigencias cualitativas para poder aspirar a plantear cualquier contienda respecto de un bien hipotecado, y en especial frente al ejecutante.

En esta inteligencia, la transferencia de la propiedad y la posesión del inmueble litigioso a favor de la Sra. Inés Rouber Sherer, trae aparejada la transferencia, en cabeza de ésta, del interés suficiente sobre el inmueble, y las acciones y defensas para proteger los derechos sobre el mismo. Entonces, los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González carecen de interés suficiente, jurídicamente tutelable, para proponer respecto del inmueble en cuestión excepciones u obstáculos a un proceso de ejecución forzosa sobre el mismo.

En consecuencia, conforme lo manifestado en los párrafos precedentes, no existe vínculo jurídico que sustente las defensas opuestas por los excepcionantes. Esta circunstancia, en sí considerada, es suficiente para rechazar las excepciones opuestas.

Ahora bien, independientemente de la falta de interés suficiente, jurídicamente tutelable, de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Al-

berto Ayala González para oponer defensas relativas a la propiedad y la posesión del inmueble en litigio, debemos señalar que la procedencia o fundabilidad dichas defensas, tropiezan con obstáculos que igualmente impondrían su rechazo. Veamos sucintamente ello.

La escritura pública N° 38 de fecha 08 de junio de 2009, en su parte pertinente, establece que “...se justifica que lo relacionado no ha sufrido modificación, restricción de dominio, pero como GRAVAMEN reconoce una Hipoteca, la constancia trascripta en su parte pertinente es como sigue: ‘...Datos de Registración: Hipoteca 1) Año 2006 Fo. 3969, Serie C. Escribano Autorizante. –monto 100.000 Dol.– Acreedor: Integral..., ES COPIA, DOY FE; LA COMPRADORA manifiesta bajo fe de juramento RECONOCER, ACEPTAR Y HACERSE CARGO DEL PAGO DE LA HIPOTECA INDIVIDUALIZADA...’ (sic.) (fs. 294 vlt. y 344 vlt.). Igualmente establece que “En este acto la representante legal de los vendedores, entrega en propias manos a la compradora, INES ROUBER SHERER una fotocopia autenticada de la Escritura Pública de constitución de hipoteca en primer rango del inmueble objeto de venta, individualizado más arriba, donde se constituyó en Acreedora la firma “Integral”, por el monto de U\$D 100.000 (DÓLARES AMERICANOS CIEN MIL) manifestando bajo fe de juramento que se da por enterada de todos y cada uno de los términos consignados en dicha escritura, declarando su aceptación a la misma” (sic.) (las negritas son propias) (fs. 295 vlt. y 345 vlt.).

Surge de lo trascripto precedentemente que en la escritura pública N° 38 de fecha 08 de junio de 2009 se hizo expresa mención de la existencia del gravamen hipotecario. Inclusive, se señala que la Sra. Edith Isabel Ayala González, mandataria no desconocida de los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González, entregó a la Sra. Inés Rouber Sherer una copia autenticada de la escritura pública de constitución de hipoteca.

La parte pertinente del Poder Especial para la venta del inmueble –escritura pública N° 48 de fecha 17 de junio de 2008- otorgado por los Sres. Virginia Arbolinda Urbietta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González a favor de la Sra. Edith Isabel Ayala González fue trascripto en la escritura pública N° 38 de fecha 08 de junio de 2009.

El art. 880 del Cód. Civ. define el contrato de mandato y el art. 884 del Cód. Civ. dispone cuáles son los actos de mandato que requieren poderes especiales para su ejecución eficaz. Por su parte, el art. 344 del Cód. Civ. literalmente

dispone que *“Los actos del representante se reputarán como celebrados por el representado, siempre que los ejecutare dentro de los límites de sus poderes...”*. Así pues, atendiendo a la normativa traída a colación, y a las estipulaciones de la escritura pública de venta del inmueble, podemos concluir que la mandataria Sra. Edith Isabel Ayala González obró fielmente y dentro de los límites de las facultades conferidas para la venta del inmueble. Igualmente podemos concluir que, en el marco de la eficacia de los actos regulares surgidos de la ejecución de un mandato con poder, el desconocimiento que de la hipoteca hacen los Sres. Sres. Virginia Arbolinda Urbieta de Ayala y Carlos Alberto Ayala riñe contra la teoría de los actos propios, toda vez que los actos celebrados por su mandataria se reputan como celebrados por ellos mismos. Aquí debemos recordar que la doctrina de los actos propios, el *“venire contra factum proprium non valet”*, proclama el principio general que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Es decir, aquélla en virtud de la cual las declaraciones o manifestaciones vertidas en un sentido se imputan a la parte que las hiciera, así como sus efectos, tanto positivos como negativos, sin que al declarante le sea permitido pretender consecuencias que las contravengan. En este mismo sentido, jurisprudencia conteste indica que *“Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”* (CSN, causa Z 36 XXXIII, Zambrano, Luis María, c/ Saravia, José Manuel, y otros, 16/2/93)(*op. cit.* Pág. 51). En efecto, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

En este orden de ideas, los excepcionantes y recurrentes no pueden alegar desconocimiento de la existencia del gravamen hipotecario, toda vez que su mandataria reconoció expresamente el mismo en oportunidad de celebrar la venta del inmueble. Inclusive, el gravamen hipotecario fue considerado a los efectos de pactar la forma de pago. Importante resulta volver a advertir, en este contexto, que el poder especial para la venta del inmueble otorgado por los Sres. Virginia Arbolinda Urbieta de Ayala y Carlos Alberto Ayala González a favor de la Sra. Edith Isabel Ayala González fue expresamente reconocido por los hoy excepcionantes; y que la venta del inmueble no fue desconocida ni impugnada.

En conclusión, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

JURISPRUDENCIA

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS LOS DRES. MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ, dijeron que se adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,
SENTENCIA N°: 88.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la sentencia recurrida.

IMPONER las costas a la parte recurrente y perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Mercedes Buongermini Palumbo, Neri Villalba F.

Ante mí: Rigoberto M. Cabrera, Actuario.

* * *

CUARTA SALA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1

Cuestión debatida: Si corresponde hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato y cobro de dólares norteamericanos.

CONTRATO. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MENORES. Un contrato válido, por el mero evento de la adquisición de la mayoría de edad y la disolución de la incapacidad de hecho relativa, no requiere ratificación alguna por los contratantes. Si el mismo es formal y sustancialmente válido desde su génesis, no es menester su ratificación por las partes para que dicha condición se mantenga incólume durante el plazo de vigencia en el mismo estipulado. Ninguna norma impone la “ratificación” como una carga para que el

contrato siga proyectando los efectos que las partes le atribuyeron al ejercer su autonomía de voluntad.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 19/02/13. “NORMA GARCÍA c/ YESSICA AMANDA SLY VILLALBA s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y OTROS.” Expte. N°: 260/2.009. (Ac. y Sent. N° 01).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl GÓMEZ FRUTOS, Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL y Basilio GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad; y como no se advierten vicios formales en la sentencia recurrida que la invaliden como acto jurisdiccional y motiven su declaración de nulidad *ex officio*, corresponde admitir el desistimiento presentado. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS PROSIGUIÓ DICIENDO: El abogado Secundino MÉNDEZ D., representante convencional de Jessica Amanda SLY VILLALBA, a fojas 131/141 de autos, expresó agravios contra el fallo en recurso. Al hacerlo sostuvo, en lo medular, que yerra la *A-quo* al no haber considerado que la demandada era menor de edad al tiempo en que su madre suscribió el contrato que la vinculaba, por lo que, alcanzada la mayoría, la misma debió suscribir un nuevo contrato a título de ratificación del anterior, *so pena* de nulidad. Señala, además, que el contrato cuya inejecución se atribuye a su comitente carece de todos los requisitos esenciales que prevé el artículo 673 del Código Civil, por lo que no puede producir efectos jurídicos. Por otro lado, advierte que la *A-quo* incurrió en un error al considerar que se debió redargüir de falsas las publicaciones periodísticas, lo que denota que se le atribuyó a las mismas la condición de instrumentos

públicos, cuando resulta que el valor probatorio de este tipo de instrumental se condiciona al reconocimiento en juicio del tercero del cual emana. Finalmente se señala que no se probó el incumplimiento contractual y que, además, se aplicaron al caso normas que no guardan relación con el tema en debate, como ser los artículos 352, 354, 421 del Código Civil. Con estos argumentos se solicitó la revocación del fallo en revisión.

El abogado Oscar Luis TUMA (h), representante convencional de Norma GRACIA, contestó y controvertió los agravios expuestos por el apelante en los términos del escrito glosado a fojas 142/146.

El 24 de setiembre de 2012, este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamo autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia Revisora, se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

Del análisis del escrito de expresión de agravios presentado por la apelante se advierte que las críticas contra el fallo campean sobre: la validez formal del contrato cuyo cumplimiento se ejecuta; la carencia probatoria del incumplimiento alegado; y la incorrecta aplicación de ciertas normas.

Respecto al primer señalamiento, la cuestión se ciñe en el hecho de que al suscribirse el contrato la demandada era menor de edad, por lo que, a criterio del apelante, para su validación debió procederse a la suscripción de un nuevo contrato.

La jueza, atendiendo a la conducta posterior a la suscripción del citado instrumento, y subsumiendo la situación fáctica en lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, concluyó en la validez del contrato otrora suscrito por las partes.

El parecer de la *A-quo*, sin dudas resulta atinado dado que la norma citada suple la incapacidad relativa de hecho de los menores de edad mediante la representación de los padres.

Además, observado el contrato que rola a fojas 6/9 se constata que la demandada fue la celebrante del mismo, concurriendo la madre al solo efecto de dar su aquiescencia al negocio jurídico creado con el mismo.

En tales condiciones resulta inadmisibles las tesis que sostuvo la demandada al oponerse a la pretensión de la actora, la que sin modificación alguna fue reiterada en esta Instancia a título de agravios.

En efecto, un contrato válido, por el mero evento de la adquisición de la mayoría de edad y la disolución de la incapacidad de hecho relativa, no requiere ratificación alguna por los contratantes. Si el mismo es formal y sustancialmente válido desde su génesis, no es menester su ratificación por las partes para que dicha condición se mantenga incólume durante el plazo de vigencia en el mismo estipulado. Ninguna norma impone la “ratificación” como una carga para que el contrato siga proyectando los efectos que las partes le atribuyeron al ejercer su autonomía de voluntad.

Como colofón, no puede desatenderse el hecho de que la demandada, al adquirir la mayoría de edad, emitió facturas por servicios prestados en el marco del contrato, con lo que, por la teoría de los actos propios, el mismo, en definitiva, regía las relaciones entre las partes como la ley misma, tal como lo dispone el artículo 715 del Código Civil.

Pues bien, coincidiendo con la *A-quo* respecto a la validez formal y sustancial del contrato sojuzgado por el apelante, se advierte en el mismo, específicamente en la cláusula segunda, que se previó la prórroga automática por 365 días en tanto no sea comunicada, con sesenta días de anticipación al plazo previsto para el término de su vigencia, la intención de no renovarlo.

En estas condiciones, como no consta en autos comunicación alguna que enerve la prórroga automática contractualmente convenida por las partes, el contrato cuya ejecución residual se pretende regía las relaciones entre las partes, por lo que el sistema de penalizaciones en él previsto resultan aplicables a los efectos de disolver el conflicto sometido a juzgamiento.

Con el cierre conclusivo del primer señalamiento esbozado por el apelante, se pasa al análisis de la suficiencia probatoria en torno a los incumplimientos contractuales alegados por la actora.

Respecto a este punto, lo que el apelante sojuzga es la meritación de recortes periodísticos.

En respuesta a este señalamiento, basta con referir que de la lectura del fallo en revisión se puede concluir que los recortes periodísticos no fueron los elementos concomitantes para tener por ciertos los hechos que fueron controvertidos en esta demanda.

Tal es así que los mismos fueron analizados conjuntamente con los términos de la contestación de la demanda y las demás pruebas incorporadas regularmente en este juicio. No existen mellas en este proceder lógico al dictar una sentencia.

Siendo así, la crítica en torno a la valoración probatoria que se atestigua en el fallo resulta inadmisibile como argumento invalidante de los resuelto por la *A-quo*.

Finalmente, en lo que respecta a la incorrecta aplicación normativa, cabe el siguiente análisis.

El artículo 352 del Código Civil es claramente aplicable al caso analizado, dado que refiere a la ratificación de los actos jurídicos. Y como la demandada, adquirida la mayoría de edad, obró en consonancia con lo estipulado en el contrato, resulta claro que la consecuencia jurídica prevista en la norma resulta aplicable al caso. Si bien es cierto que este Preopinante adelantó su opinión respecto a lo estéril que resulta ratificar un contrato válido, no es menos cierto que de admitirse otro criterio, no resultaría desatinada la aplicación del citado artículo.

Las mismas conclusiones resultan aplicables en lo que respecta a la crítica de la aplicación del artículo 354 del mismo cuerpo legal.

Finalmente, en lo referente al artículo 421 del Código Civil, conviene recordar al apelante que los términos de acreedor y deudor no resulta exclusivo para las obligaciones de dar sumas de dinero, siendo dichos términos genéricos para referir a la persona obligada y al titular del derecho.

Pues bien, en función a lo sucintamente expuesto y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, se concluye que el fallo en revisión es justo y lógico por lo que el mismo debe ser confirmado. En cuanto a las costas generadas en esta Instancia, de conformidad a lo que dispone el artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, corresponde que las mismas sean soportadas por la apelante. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital.

SENTENCIA N° 01.

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 638 datada el 06 de setiembre de 2011, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N°: 02, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas de esta Instancia a la apelante.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 3

Cuestión debatida: *Si procede hacer lugar a la demanda de pago por consignación o hacer lugar a la demanda de reconvencción por cumplimiento de contrato.*

CONTROVERSIA. El pretendido, al reconvenir, en lo sustancial, no hizo más que allanarse a la pretensión de la actora y ésta, siendo admitida la demanda reconvenccional, pretende su revocación, lo que importaría la tácita negación de su pretensión.

Entonces, la controversia, en definitiva, no pasa de constituir una mera confrontación dialéctica en un plano meramente teórico sobre una pretensión postulada por ambas partes y admitida por la vía reconvenccional en la sentencia apelada.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 22/02/13. “PATROCINIA NORMA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ c/ JORGE LUIS MERELES GONZÁLEZ s/ PAGO POR CONSIGNACIÓN” (Ac. y Sent. N° 03).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl GÓMEZ FRUTOS, Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL y Basilio GARCÍA AYALA.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ PREOPINANTE GÓMEZ FRUTOS DIJO: En procura de la nulidad del fallo en revisión, la nulidicente sostuvo que el mismo atestigua el vicio de incongruencia y arbitrariedad. Sin embargo, al dar contenido a estas afirmaciones no hizo más que señalar un eventual error *in judicando*. Tal es así, que al sostener la incongruencia del fallo refirió que el *A-quo* no consideró la exigibilidad del saldo impago a la luz del convenio que debió efectuarse entre los contratantes; y al referirse a la arbitrariedad se limitó a poner de resalto la extemporaneidad de la intimación meta-procesal que le fuera cursada.

En las condiciones apuntadas, resulta claro que los señalamientos expuestos no reconocen conexión alguna con eventuales errores *in procedendo* que ameriten ser analizados bajo este epígrafe.

Ahora bien, del control de oficio del fallo en revisión se advierte una omisión que debe ser analizada antes de pasar al estudio del recurso de apelación.

Al reconvenirse esta demanda se petitionó la reparación de los daños y perjuicios, cuyo monto fue estimado por el demandado en la suma de Gs. 10.000.000., en concepto de lucro cesante –vide fs. 20 de autos–.

El *A-quo* omitió todo análisis respecto a esta pretensión con lo que, a la postre, incumplió con lo dispuesto en el artículo 15 inc. d) del Código Procesal Civil.

Ahora bien, como esta omisión afecta, enteramente, al reconviniente en esta contienda, quien consintió el fallo en revisión al no recurrirlo, este preopinante entiende que la declaración de nulidad del fallo, fundado en el vicio señalado, se mostraría en abierto conflicto con el principio de trascendencia.

En efecto, al no sojuzgarse esta omisión por el único interesado en la rectificación de la misma, mal podría declararse la nulidad del fallo por mostrarse, ésta solución, ayuna del requisito principal que la incardina, cual es: el interés.

En suma, por las razones expuestas; y como no se advierten vicios formales en la sentencia recurrida que la invaliden como acto jurisdiccional y motiven su declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto este recurso. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS PROSIGUIÓ DICIENDO: La recurrente, ya citada, a fojas 69/73 de autos, expresó agravios contra el fallo en revisión, ocasión en la que petitionó la revocación del mismo en función a los siguientes argumentos: (1) omisión de una interpretación adecuada del contrato del cual emerge el conflicto, específicamente, en lo atinente a la obligación de “convenir un plan de pago” como condición para la exigibilidad del saldo impago; (2) ineficacia probatoria del telegrama colacionado incorporado en autos por el demandado-reconviniente; y (3) error al considerar que no medió intención de pago de su parte.

El demandado-reconviniente, Jorge Luis MERELES GONZALEZ, contestó y controvertió los agravios expuestos por la apelante en los términos del escrito que rola a fojas 75/80 de estos autos.

El 27 de setiembre de 2012, este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamo autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia, se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

La pretensión de “pago por consignación” fue rechazada por el *A-quo*, esencialmente, por no haberse demostrado la intención de pago de la actora.

La actora sojuzga esta conclusión diciendo que la iniciación de esta demanda es suficiente prueba de su intención de pago, a lo que se le suma el depósito de Gs. 35.000.000., en la cuenta judicial abierta en ocasión de este juicio.

Al respecto, analizada la presentación de la actora, se infiere que la misma inició esta demanda fundándola en la *mora creditoris*.

Empero, como bien lo apuntó el *A-quo*, la misma no se ocupó en demostrar que el demandado-acreedor haya incurrido en mora. Hecho que fue negado por el mismo al contestar esta demanda.

Tal es así que revisada esta plataforma fáctica procesal se constata que la única prueba documental que acompañó la accionante es el contrato de compraventa de un inmueble y, al abrirse la etapa probatoria en estos autos, la única prueba tendiente a la demostración de este hecho fue la prueba confesoria del demandado, quien negó haber rechazado pago alguno de la accionante.

En tales condiciones la intención infructuosa del pago que alega la actora no puede reputarse probada.

Contrariamente a lo que sostuvo la misma, la iniciación de una demanda de pago por consignación no es prueba de la *mora creditoris*, dado que este extremo debe configurarse antes de iniciarse la acción.

En efecto, por una cuestión de lógica elemental, el conflicto debe generarse en un plano meta-procesal a los efectos de dar lugar a una acción judicial. De no mediar un conflicto intersubjetivo de intereses, la iniciación de una demanda no es más que un dispendio innecesario de actividad procesal.

Si la accionante ambicionaba que su pretensión fuese acogida en un fallo, debió intimar al acreedor para que reciba el saldo insoluto del precio por la compra de la propiedad, y ante la reticencia del mismo, esta demanda hubiese prosperado.

Empero, como quedó visto, no medió intimación alguna antes de la iniciación de este juicio, por lo que el rechazo de la demanda de pago por consignación es una decisión ajustada a derecho.

Ahora bien, lo singular de esta demanda es que el accionado la reconvinó por cumplimiento de contrato, peticionando el cobro del saldo insoluto, el que fue depositado en la cuenta judicial abierta a nombre de este juicio.

Es decir, el pretendido, al reconvenir, en lo sustancial, no hizo más que allanarse a la pretensión de la actora y ésta, siendo admitida la demanda reconvenzional, pretende su revocación, lo que importaría la tácita negación de su pretensión.

Incluso, la forma en que fueron impuestos los intereses –solución que fue consentida por el acreedor– beneficia a la accionante, dado que conforme al contrato los intereses, a razón del 2% mensual –que es lo que se convino en el contrato y fue recogido en el fallo en revisión–, se computan desde el inicio de esta demanda y no desde el momento en que se produjeron los vencimientos.

Entonces, la controversia, en definitiva, no pasa de constituir una mera confrontación dialéctica en un plano meramente teórico sobre una pretensión postulada por ambas partes y admitida por la vía reconvenzional en la sentencia apelada.

En estas condiciones, el hecho de que la intimación de pago –formulada por el acreedor– coincida con la fecha de iniciación de esta demanda, así como la obligación de convenir la modalidad de pago, que son las críticas que formula la apelante, devienen fútil por la forma en que fue resuelto este juicio.

Pues bien, en función a lo sucintamente expuesto y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, se concluye que el fallo en revisión es justo y lógico por lo que el mismo debe ser confirmado en todas sus partes. En cuanto a las costas generadas en esta Instancia, de conformidad a lo que dispone el artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, corresponde que las mismas sean soportadas por la apelante. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital.

SENTENCIA N° 03.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 330 datada el 10 de mayo de 2012, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Secretaría N° 06, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas de esta Instancia a la apelante.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 27

Cuestión debatida: *La demanda por indemnización de daños y perjuicios que se promoviera y cuya sentencia es condenatoria, es recurrida por la vía de la nulidad y apelación, declarando en la instancia que se tiene por desistido de la nulidad, sin embargo, la situación jurídica obliga a analizar la plataforma*

fáctica procesal, que conjugan: citación en garantía y plazos de prescripción diferenciados, como así también la responsabilidad extracontractual –acción aquiliana–; responsabilidad sin culpa –riesgo creado–; y, finalmente, cobertura por evento asegurado, para llegar a la revocación de la resolución cuestionada.

PLAZOS. Prescripción.

Para determinar la norma aplicable es menester analizar la naturaleza de la citación en garantía y la posibilidad de admitir plazos de prescripción diferenciados, conforme el artículo 666 inc b) del Código Civil y el artículo 663 inc f) del mismo cuerpo legal, según las circunstancias, *a priori*, la admisión de plazos de prescripción diferenciados en un mismo juicio, en el que no se configura una acumulación de pretensiones, sino que se incorpora una pretensión única, resultaría inadmisibles por una cuestión de lógica jurídica elemental y por la misma naturaleza de la figura de la prescripción, que mal podría pretenderse que para uno de los demandados el plazo de prescripción es uno y para el otro, sin embargo, es otro.

INDEMNIZATORIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

El reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios se funda en la comisión de un acto ilícito por parte del conductor del rodado, y en la responsabilidad sin culpa –artículo 1.847 del C.C.– respecto a la asegurada quien petitiona la citación en garantía a la compañía de seguros, notándose en las tres personas, que resultaron condenadas con el fallo, se advierten imputaciones jurídicas diferenciadas: responsabilidad extracontractual –acción aquiliana–; responsabilidad sin culpa –riesgo creado–; y, finalmente, cobertura por evento asegurado, ciertamente, las dos primeras situaciones son de naturaleza similares –sistema de responsabilidad civil–, sin embargo, la tercera resulta, claramente distinta a las anteriores al constituir la obligación del asegurador mantener indemne al asegurado por la ocurrencia de un evento cubierto, aquél se encuentra obligado en los mismos términos en que resulte condenado el asegurado, hasta el límite de la cobertura.

CONTRATO DE SEGURO. Obligación del asegurador.

La obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado por la ocurrencia de un evento cubierto, aquél se encuentra obligado en los mismos términos en que resulte condenado el asegurado, hasta el límite de la cobertura, y dicha obligación no emerge de la atribución de la responsabilidad por un evento dañoso, sino de un contrato de seguro.

CONTRATO DE SEGURO. Obligación del asegurador.

El asegurador, no puede ser condenado en razón de los factores de atribución de la responsabilidad civil; sino en función a su obligación contractual asumida con el asegurado, y por tal razón, las compañías de seguro no son demandadas, sino “citadas en garantía”.

CONTRATO DE SEGURO. Tomador del seguro.

Que por la relatividad subjetiva de los efectos de los contratos *–res inter alios acta–* quien en un juicio no ostenta la condición de tomador del seguro, no podría verse afectado por el plazo de prescripción previsto en el artículo 666 inc b) del Código Civil, puesto que el mismo no funda su pretensión en el cumplimiento del contrato, sino en la responsabilidad civil del asegurado, sin embargo, esta posición resulta contradictoria puesto que no se puede pretender, por un lado, la aplicación de los efectos de un contrato *–cobertura del riesgo–* y, por el otro, negar su naturaleza en el mismo caso *–desconocerlo al tiempo en que se analiza la prescripción–*.

CONTRATO DE SEGURO. Obligatoriedad.

El seguro, en el ámbito de la actividad privada no reglada, no es obligatorio, por lo que mal podría un tercero *–distinto al tomador y dador de la póliza–* mostrarse agraviado por la prescripción de la citación en “garantía”, puesto que se tiene expedita la acción contra el responsable del evento dañoso.

REPARACIÓN DE DAÑOS. Acciones. Prescripción.

La contratación de una póliza de seguros no es obligatoria, en el ámbito de la actividad privada, y la acción tendiente a la reparación de los daños no se ve afectada por la prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro, y no advirtiéndose reparos en admitir un plazo de prescripción distinto para el citado en garantía, no cabe más que admitir que el plazo de prescripción para activar la citación en garantía es de un año, conforme lo establece el artículo 666 inc b) del Código Civil.

CONTRATO DE SEGURO. Citación en garantía. Plazo.

La citación en garantía fue ejercida con posterioridad al cumplimiento del plazo de prescripción, por lo que se tiene que la acción contra el recurrente se encuentra prescripta, debiendo, en consecuencia revocarse el fallo en revisión en lo atinente al rechazo de esta defensa, asimismo, dada la admisión de la excepción de prescripción, el análisis de las demás cuestiones incorporadas por la compañía aseguradora a título de contestación de esta demanda, deviene fútil.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. “FÉLIX VIDAL FERREIRA FLEITAS y MARÍA DEL CARMEN VEGA RODAS c/ LUIS ALBERTO ACOSTA GONZÁLEZ y JUANA MARÍA AZUCENA GALEANO RIQUELME s/ IND. DE DAÑOS Y PERJUICIOS”. Expte: 831. Año 2009.(Ac. y Sent. N° 27).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl GÓMEZ FRUTOS, Basilio GARCÍA AYALA, y Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS DIJO: El nulidicente desistió expresamente de este recurso, y como no se observan vicios que ameriten la declaración de nulidad ex officio, corresponde tenerlo por desistido. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS PROSIGUIÓ DICIENDO: El recurrente, ya citado, a fojas 147/150 de autos, expresó agravios contra el fallo en recurso. Al hacerlo criticó las conclusiones de la *A-quo* en torno a la naturaleza de la citación en garantía. Para el apelante, la incorrecta apreciación de dicha figura condujo a la jueza, impropia-mente, a rechazar la excepción de prescripción opuesta por el mismo. También refiere que la asegurada resultó condenada al pago de una indemnización por su actuar culposo, situación que se enmarca en los casos no indemnizables previstos en el contrato de seguro, por lo que, en definitiva, el mismo no podría resultar obligado al pago del crédito indemnizatorio. La presentación referida culmina solicitándose la revocación del fallo en revisión.

El abogado Pedro MEYER MANZUR, representante convencional de los actores, petitionó la declaración de deserción de este recuso, y, en subsidio, contestó y controvirtió los agravios expuestos por el recurrente en los términos del escrito agregado a fojas 154/155 de autos.

Mediante el A.I. N°: 656, datado el 30 de octubre de 2012, este Tribunal tuvo por decaído el derecho que los demandados dejaron de usar para contestar el traslado de los agravios expuestos por el apelante; y se llamó autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Habiéndose petitionado la declaración de deserción de este recurso, corresponde atender esta petición a los efectos de determinar la procedencia del análisis de la justicia de lo fallado.

Dice el representante convencional de los actores que el apelante incumplió con las formalidades previstas en el artículo 419 del Código Procesal Civil al expresar agravios.

Auscultado el escrito presentado en esta Instancia por el profesional quien interviene en autos representando a la compañía de seguros citada en garantía, se advierte, contrariamente a cuanto expone el contestatario de este recurso, una crítica fundada al fallo en revisión.

Tal es así que, puntualmente, el apelante criticó consideraciones de la *A-quo* en torno a la figura de la citación en garantía, y puso de resalto la forma en que este equívoco –según el mismo– derivó en una decisión que para el recurrente resulta injusta.

Siendo así, no cabe declarar desierto este recurso, por lo que corresponde pasar al análisis de la justicia de lo fallado.

La primera cuestión sometida a control guarda relación con la norma aplicable a los efectos de determinar el plazo de prescripción, en torno a la citación en garantía a la compañía aseguradora.

Para el apelante, el plazo de prescripción es el previsto en el artículo 666 inc b) del Código Civil; en tanto que para la *A-quo*, el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 663 inc. f) del mismo cuerpo legal.

No caben dudas de que para determinar la norma aplicable es menester analizar la naturaleza de la citación en garantía y la posibilidad de admitir plazos de prescripción diferenciados, según las circunstancias, en un mismo juicio.

A priori, la admisión de plazos de prescripción diferenciados en un mismo juicio, en el que no se configura una acumulación de pretensiones, sino que se incorpora una pretensión única, resultaría inadmisibles por una cuestión de lógica jurídica elemental y por la misma naturaleza de la figura de la prescripción.

En efecto, ante una misma pretensión, incorporada en un juicio mediante una misma acción, mal podría pretenderse que para uno de los demandados el plazo de prescripción es uno y para el otro, sin embargo, es otro.

Ahora bien, pese a lo expuesto, corresponde analizar si la situación jurídica de uno y otro pretendido son distintos de manera tal a que pueda justificarse la aplicación de soluciones distintas, sin que con ello se desnaturalice la figura de la prescripción de una misma acción.

Al respecto, del análisis de esta plataforma fáctica procesal surge que el reclamo indemnizatorio postulado por el actor se funda en la comisión de un acto ilícito por parte de Luis Alberto Ferreira Fleitas –conductor del rodado–, y en la responsabilidad sin culpa –artículo 1.847 del C.C.– respecto a Juana María Azucena Galeano.

Al contestarse esta demanda, Juana María Azucena Galeano –asegurada– peticiona la citación en garantía a la compañía La Independencia de Seguros S.A.

Como podrá notarse, en las tres personas que resultaron condenadas con el fallo en revisión se advierten imputaciones jurídicas diferenciadas. Responsabilidad extracontractual –acción aquiliana–; responsabilidad sin culpa –riesgo creado–; y, finalmente, cobertura por evento asegurado.

Podría afirmarse que las dos primeras situaciones son de naturaleza similares –sistema de responsabilidad civil–. Empero, la tercera resulta, claramente, distinta a las anteriores.

Ciertamente, al constituir la obligación del asegurador mantener indemne al asegurado por la ocurrencia de un evento cubierto, aquél se encuentra obligado en los mismos términos en que resulte condenado el asegurado, hasta el límite de la cobertura.

Empero, dicha obligación no emerge de la atribución de la responsabilidad por un evento dañoso, sino de un contrato de seguro.

En efecto, el asegurador, en los casos como el que se plantea, no es condenado en razón de los factores de atribución de la responsabilidad civil; sino en función a su obligación contractual asumida con el asegurado.

Por la razón expuesta es que las compañías de seguro no son demandadas, sino “citadas en garantía”.

Ahora bien, podría sostenerse que por la relatividad subjetiva de los efectos de los contratos *-res inter alios acta-* quien en un juicio no ostenta la condición

de tomador del seguro, no podría verse afectado por el plazo de prescripción previsto en el artículo 666 inc b) del Código Civil, puesto que el mismo no funda su pretensión en el cumplimiento del contrato, sino en la responsabilidad civil del asegurado.

Sin embargo, en opinión de este Preopinante, esta posición resulta contradictoria puesto que no se puede pretender, por un lado, la aplicación de los efectos de un contrato –cobertura del riesgo– y, por el otro, negar su naturaleza en el mismo caso –desconocerlo al tiempo en que se analiza la prescripción–.

Además, en nuestro sistema, el seguro, al menos en el ámbito de la actividad privada no reglada, no es obligatorio, por lo que mal podría un tercero –distinto al tomador y dador de la póliza– mostrarse agraviado por la prescripción de la citación en “garantía”, puesto que se tiene expedita la acción contra el responsable del evento dañoso.

Entonces, como la contratación de una póliza de seguros no es obligatoria, en el ámbito indicado, y la acción tendiente a la reparación de los daños no se ve afectada por la prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro, este Preopinante no advierte reparos en admitir un plazo de prescripción distinto para el citado en garantía.

En estas condiciones, no cabe más que admitir que el plazo de prescripción para activar la citación en garantía es de un año, conforme lo establece el artículo 666 inc b) del Código Civil.

En esta contienda la citación en garantía fue ejercida con posterioridad al cumplimiento del plazo de prescripción, por lo que, conforme al análisis precedente, se tiene que la acción contra el recurrente se encuentra prescripta, debiendo, en consecuencia revocarse el fallo en revisión en lo atinente al rechazo de esta defensa. Asimismo, dada la admisión de esta excepción, el análisis de las demás cuestiones incorporadas por la compañía aseguradora a título de contestación de esta demanda, deviene fútil.

Por tanto, por las razones expuestas; y efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad; se concluye que la sentencia en recurso debe ser revocada y, consecuentemente, declararse con lugar a la excepción de prescripción opuesta por LA INDEPENDENCIAS.A. DE SEGUROS. Asimismo, deberá modificarse el segundo apartado del fallo a los efectos de excluir a la compañía aseguradora como condenada a la satisfacción del crédito indemnizatorio reconocido en cabeza de los accionantes. En cuanto a las costas de juicio, de confor-

midad al artículo 203 inc b), las mismas deberán ser soportadas por los demandados, dado que los mismos constituyen los peticionantes de la citación en garantía al ganancioso. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GARCIA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital.

SENTENCIA N° 27.

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR en todas sus partes la S.D. N°: 1.259 del 20 de octubre de 2011, dictada por la jueza de la Justicia Letrada del Segundo Turno de la Capital, Secretaría N° 03; y su aclaratoria, la S.D. N° 118 del 13 de febrero de 2012, por los motivos y con los alcances expuestos en el considerando de esta resolución.

IMPONER las costas del juicio a los demandados.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 35

Cuestión debatida: *La sentencia que ha hecho lugar a la demanda que por interdicto de obra nueva se promovió, se recurre por apelación y nulidad, siendo la misma declarada nula por no haberse omitido el pronunciamiento sobre la excepción de falta de acción y dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 406 del CPC, se dicta en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.*

RECURSO DE NULIDAD. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO.

La Sentencia recurrida, debe declararse su nulidad de en razón de que se ha omitido en la parte resolutive, establecer el rechazo o no de la Excepción de Falta de Acción opuesta contra el progreso de la acción interdictal, que pudo haber sido subsanada por vía del recurso de aclaratoria, situación no ocurrida.

RECURSO DE NULIDAD. Cuestión extra petita.

La motivación deficiente respecto a la pretensión de la accionante y lo resuelto por la A-quo, acarrea la nulidad de la resolución recurrida, pues, la cuestión planteada se refiere a una acción de interdicto de obra nueva, siendo la única pretensión de la actora, el cese de actividades en la obra realizada en la propiedad del demandado, colindante al suyo, sin embargo, la Jueza de grado inferior ha motivado su fallo, estudiando primeramente el interdicto de retener la posesión (acción no planteada) y posteriormente el de obra nueva, existiendo un defecto en el razonamiento de la inferior, analizando una cuestión *extra petita*.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El Interdicto de Obra Nueva consiste en un juicio breve y sumario, que puede promover el que se ve afectado en la posesión o tenencia de un inmueble como consecuencia de la ejecución de una obra nueva, cuya suspensión, mientras dure la substanciación, y posterior destrucción se solicita.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. Posesión inmediata.

La norma procesal establecida en el artículo 653 del Código Procesal Civil de referencia, exige que quien promueve el interdicto sea el poseedor del inmueble, y esto es así, pues la naturaleza de esta acción, sumaria por antonomasia, está dada en el interés de dotar al justiciable de una herramienta procesal expeditiva en evitación de la producción de perjuicios en función a la posesión, siendo siempre, la piedra angular de los interdictos es la posesión inmediata del bien.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. Finalidad.

Con el interdicto de obra nueva lo que se pretende es evitar un daño con el inicio o prosecución de una construcción en un inmueble, cuya posesión inmediata recae sobre el accionante.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. Finalidad.

La obra realizada en la heredad del demandado, se encuentra paralizada como consecuencia de una orden municipal, en donde se está tramitando un

sumario administrativo sobre el mismo tema, por ende, al suspenderse las obras por una orden del municipio, por tanto el presente juicio de interdicto de obra nueva ya no tiene razón de ser, pues con la acción interdictal de obra nueva lo que se busca es el cese de actividades de una obra, hecho que se produjo con anterioridad a la presentación de esta demanda, correspondiendo el rechazo de la demanda.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 29/04/13. “MARÍA DEL CARMEN MONTIEL AMARAL c/ ATILIO GERVAO SERVÍN RECALDE S/ INTERDICTO DE OBRA NUEVA”. (Ac. y Sent. 35).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y BASILICIO D. GARCÍA AYALA.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, dijo: El recurrente fundamenta este recurso, en su escrito obrante a fs. 102/104, manifestando que la A-quo no resolvió la excepción de falta de acción opuesta por su parte, en donde alego que la actora no es ocupante ni poseedora del inmueble demandado. Por otro lado, señala que en la resolución impugnada, no se tuvo en cuenta las pruebas de la parte demandada. Con estos argumentos solicita la nulidad del fallo recurrido.

Al analizar la Sentencia recurrida, se observa que la parte demandada opuso excepción de falta de acción contra el progreso de la presente acción de interdicto de obra nueva, siendo estudiada dicha defensa por la Jueza interviniente en el Considerando de dicha resolución, pero omitió fallar al respecto en la parte resolutive de la misma. Por otra parte, es de señalar que la Jueza sentenciante, al analizar la cuestión planteada, menciono que “...*QUE, en el caso de autos, se plantea la acción de interdicto de retener la posesión y de obra nueva...*” (sic) pasando a estudiar en primer lugar el interdicto de retener la posesión y a posteriori el de obra nueva, sin embargo, de la lectura del escrito inicial de demanda, se colige que la actora solo interpuso la acción interdictal de

obra nueva, siendo la pretensión principal, el cese de la construcción de obras en el terreno colindante, propiedad del demandado.

Esta Magistratura debe declarar la nulidad de la Sentencia recurrida, en razón de que se ha omitido en la parte resolutive de la misma, establecer el rechazo o no de la Excepción de Falta de Acción opuesta contra el progreso de la acción interdictal. La omisión señalada pudo haber sido subsanada por vía del recurso de Aclaratoria, situación no ocurrida, por lo que debe declararse nula la resolución impugnada. Otro punto, que acarrea la nulidad de la misma, es la motivación deficiente respecto a la pretensión de la accionante y lo resuelto por la A-quo. En efecto, la cuestión planteada se refiere a una acción de interdicto de obra nueva, siendo la única pretensión de la actora, el cese de actividades en la obra realizada en la propiedad del demandado, colindante al suyo, sin embargo, la Jueza de grado inferior ha motivado su fallo, estudiando primeramente el interdicto de retener la posesión (acción no planteada) y posteriormente el de obra nueva. Sobre este punto, indudablemente, existe un defecto en el razonamiento de la Jueza inferior, analizando una cuestión *extra petita*, lo cual acarrea la nulidad de la resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto precedentemente, habiendo la A-quo motivado su resolución en cuestiones que no constituyen el objeto de la acción interdictal de obra nueva y por la omisión de declarar en el “Resuelve” de la misma sobre la Excepción de Falta de Acción deducida por el demandado, el fallo recurrido debe ser anulado. ES MI VOTO. CONSTE.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y GARCÍAAYALA manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, dijo: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión, se hace innecesario el estudio del recurso de apelación.

Y EL MAGISTRADO Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL PROSIGUIÓ DICIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la resolución en Alzada corresponde que esta Magistratura dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 406 del CPC y se dicte, en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

A fs. 27/28 de autos, se presenta la Sra. María del Carmen Montiel Amaral, a oponer Interdicto de Obra Nueva contra el señor Atilio Gervacio Servin Recal-

de, manifestando que, es la propietaria del inmueble individualizado con la Cta. Cte. Ctral. N° 15-0146-64, que se encuentra ubicado sobre la calle Bogotá N° 649 entre Felipe Molas López y Avda. Santísima Trinidad de Asunción; y que el propietario del inmueble colindante al suyo, ha realizado varios actos posesorios como la construcción de un baño pegado a la habitación de su hijo, produciendo humedad a la pared, colocación de cinco columnas de hormigón de 15 metros de altura pegada al muro, causándole un peligro constante y a su familia, ya que no cuenta con las medidas de seguridad. Básicamente, con estos argumentos, solicita se haga lugar a la presente demanda interdictal de obra nueva.

La parte demandada, Sr. Atilio Gervacio Servín Recalde, contesta el traslado de la demanda, por derecho propio y bajo patrocinio de abogada, en el escrito de fs. 57/59 de autos. En primer lugar, opone Excepción de Falta de Acción como medio general de defensa contra el progreso de la presente acción, alegando que, las obras objeto del presente interdicto son realizadas en su propiedad y no en el de la actora, careciendo por lo tanto de legitimación activa para promover el presente juicio. En otro apartado del escrito de referencia, el demandado alega la extemporaneidad de la presentación del presente interdicto, habida cuenta que en el Juzgado de la Municipalidad de Asunción, se encuentra abierto un sumario, en donde le fue notificado de la suspensión de las obras llevadas a cabo en su heredad, siendo la autoridad administrativa quien tiene la potestad para entender en el presente caso. Agregas otras consideraciones y finaliza solicitando el rechazo de la presente demanda.

A fs. 60/63 se llevo a cabo la audiencia de rigor en estos tipos de acciones posesorias, en donde las partes expusieron los motivos de su reclamo, se realizaron las pruebas correspondientes.

Antes de entrar al estudio de la cuestión planteada, es conveniente resaltar que el Interdicto de Obra Nueva consiste en un juicio breve y sumario, que puede promover el que se ve afectado en la posesión o tenencia de un inmueble como consecuencia de la ejecución de una obra nueva, cuya suspensión, mientras dure la substanciación, y posterior destrucción se solicita.

El artículo 653 del Código Procesal Civil, dispone: "...Procedencia: Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, su poseedor podrá promover el interdicto de obra nueva. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y, si fuere desconocido, contra el director o encargado de ella".

La norma procesal de referencia, exige que quien promueve el interdicto sea el poseedor del inmueble.

Esto es así, pues la naturaleza de esta acción, sumaria por antonomasia, está dada en el interés de dotar al justiciable de una herramienta procesal expeditiva en evitación de la producción de perjuicios en función a la posesión. Siempre, la piedra angular de los interdictos es la posesión *inmediata* del bien.

Con el interdicto de obra nueva cuanto se pretende es evitar un daño con el inicio o prosecución de una construcción en un inmueble, cuya posesión inmediata recae sobre el accionante.

En el caso que nos ocupa, la posesión de la actora en el inmueble demandado no se halla probado en autos con la inspección ocular realizada en la res litis como a través de las deposiciones de los testigos obrantes en el expediente. Es decir, no se ha podido determinar claramente que la posesión del inmueble cuestionado lo viene ejerciendo la actora, pero si se comprobó la posesión de la res litis en el propio demandado Sr. Atilio Gervacio Servín Recalde. Por otro lado, la obra realizada en la heredad del demandado, se encuentra paralizada como consecuencia de una orden municipal, en donde se esta tramitando un sumario administrativo sobre el tema que nos ocupa, por ende, al suspenderse las obras por una orden del municipio capitalino, el presente juicio ya no tiene razón de ser, ya que, como es sabido, con la acción interdictal de obra nueva se busca el cese de actividades de una obra, hecho que se produjo con anterioridad a la presentación de esta demanda.

En otro orden de cosas, las tomas fotográficas arrimadas al expediente, nos confirman que las obras realizadas por el demandado en su propiedad no afectan en forma directa al inmueble lindante propiedad de la parte actora, no existiendo turbación en la posesión, otro requisito principal para la procedencia del interdicto de obra nueva.

Finalmente, es conveniente decir que el rechazo de estas acciones posesorias no afecta a las acciones reales o petitorias que, eventualmente, asistan a la actora en esta contienda.

En cuanto a las costas, de conformidad al principio rector en la materia, las mismas deben ser impuestas al litigante vencido, esto es: a la parte actora.

POR TANTO, por las consideraciones expuestas es del parecer de esta Magistratura que la demanda que nos ocupa debe ser rechazada con costas. ASÍ VOTO.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y GARCÍAAYALA manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

SENTENCIA N° 35.

RESUELVE:

DECLARAR la nulidad de la la S.D. N° 1.102 de fecha 29 de diciembre de 2011, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, por los argumentos antes expuestos.

HACER LUGAR a la excepción de falta de acción opuesta por la parte demandada y en consecuencia, NO HACER LUGAR a la presente demanda sobre interdicto de obra nueva deducida por MARÍA DEL CARMEN MONTIEL AMARAL contra el señor ATILIO GERVAO SERVÍN RECALDE, por las razones expuestas en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas a la parte actora.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 38

Cuestión debatida: *La demanda de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, tiene como plataforma fáctica, el incumplimiento de un acuerdo privado celebrado respecto a las obras de reparación, que fueron extendidas en el tiempo por parte de la empresa demandada, en la cual el juzgado de primera instancia no hace lugar a la misma. La parte actora*

interpone recursos de nulidad y apelación y el Tribunal de Apelación hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios, reconociendo la existencia del daño y considerando los daños emergente y moral.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Incumplimiento.

Resulta evidente el daño ocasionado a las actoras, por la falta de cumplimiento de la cláusula tercera del acuerdo privado respecto a las obras de reparación, que fueron extendidas en el tiempo por parte de la empresa demandada, por lo que corresponde la indemnización de daños y perjuicios, por tanto se revoca la sentencia de primera instancia.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

El daño moral, supone el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, insusceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial, que deben ser materia de prueba y comprobación.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

En suma, es daño moral todo sufrimiento o dolor, que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos o facultades, que consiste en el daño patrimonial indirecto.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

A través del resarcimiento del daño moral no se trata de restablecer una situación patrimonial que no ha sido alterada, sino de procurar un restablecimiento de la situación anímica del lesionado, lo que sería factible brindándole la posibilidad de colmar o compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Daño Moral.

El daño emergente y moral ocasionado a las actoras por el tiempo prolongado en la reparación de su vivienda, como consecuencia del incumplimiento de la cláusula tercera del acuerdo privado suscripto con la empresa demandada y por existir algunas imperfecciones en las obras de reparación, debe ser resarci-

da, correspondiendo indemnizar a las actoras, por lo que se revoca la resolución recurrida.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala, 24/04/13. “MARÍA VICTORIA APARICIO PINTOS Y OTROS c/ OSAPAR S.R.L. Y OTROS S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL” (Ac. y Sent. N° 38).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y BASILICIO D. GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, dijo: El recurrente no fundamentó este recurso en su escrito de agravios obrante a fs. 540/549 de autos, y como no se observan vicios o defectos de forma en la resolución impugnada que ameriten su estudio de oficio por esta Alzada, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. ES MI VOTO.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y GARCÍA AYALA manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, prosiguió diciendo: El abogado BLAS HUMBERTO CATALDI, representante convencional de la parte actora, se alza contra la referida sentencia y al fundamentar este recurso en los términos del escrito de fs. 540/549 ya mencionado, manifiesta entre otras cosas que, su parte promovió demanda indemnizatoria por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, basado en que sus mandantes y la firma Osapar SRL habían suscripto un acuerdo para levantar la suspensión de la obra en el Supermercado Mundi Mark, decretada por la Municipalidad de Asunción. En dicho acuerdo, la empresa demandada se comprometió a la inmediata reparación de los graves daños ocasionados a la vivienda de las actoras, en un plazo de

30 días, a contarse desde el día siguiente de la firma del acuerdo (cláusula tercera), sin embargo, dicho plazo no fue cumplido, incluso luego de seis meses de firmado el acuerdo no se terminaron los trabajos de reparación, alegando el apelante que ni siquiera fue concluido. Seguidamente, el recurrente refuta las argumentaciones realizadas por el A-quo, expresando que no fueron considerados las pruebas aportadas por su parte respecto al tema señalado y agrega que los perjuicios ocasionados por la firma demandada fueron graves, demostrándose este hecho con las pruebas ofrecidas y diligenciadas en autos.

Manifiesta el apelante, otras consideraciones referentes a la cuestión debatida y solicita la revocatoria del fallo impugnado, con costas.

Por su parte, el abogado LUIS FERNANDO CANILLAS, representante convencional de la firma demandada, contesta el traslado de la fundamentación del apelante, en los términos del escrito de fs. 551/560, en el que refuta cada una de las afirmaciones realizadas por el mismo, manifestando que la sentencia en revisión se encuentra ajustada a derecho y solicita su confirmación, con costas.

Corresponde a este Preopinante establecer si la Sentencia recurrida se encuentra o no ajustada a derecho.

Para resolver el tema sometido a consideración de este Tribunal, es necesario indagar en las pruebas aportadas por ambas partes litigantes, a los efectos de determinar la viabilidad de la demanda indemnizatoria por responsabilidad contractual promovida por las señoras María Victoria Aparicio Pintos y Carmen Marcelina Aparicio Pintos contra la firma Osapar SRL.

La demanda de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, tiene como plataforma fáctica, el incumplimiento de un acuerdo privado celebrado entre las partes litigantes, María Victoria Aparicio Pintos y Carmen Marcelina Aparicio Pintos por una parte, y la firma Osapar SRL por la otra. El acuerdo obrante a fs. 18/20 tenía como fin la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al inmueble de las accionantes por la excavación y construcción del Supermercado “Mundi Mark”, en su lindero norte y este, por parte de la empresa constructora OSAPAR S.R.L. “AGB CONSTRUCTORA” de Alberto Gross Brown. En la cláusula primera del acuerdo de referencia, se estableció un pago de Gs. 35.000.000, por los daños y perjuicios ya causados con la construcción del referido supermercado; en la cláusula segunda se dispuso las áreas a reparar dentro del predio afectado y la cláusula tercera se acordó un plazo de treinta días, a partir del día siguiente de la refrenda del acuerdo, para la culminación de las obras de reparación.

El Art. 715 del Código Civil Paraguayo dispone: "...Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que este expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas".

En primer término, se debe comprobar si el plazo estipulado en el acuerdo privado de fs. 18/20 de autos, de treinta días para la reparación de los daños ocasionados por las obras del Supermercado "Mundi Mark" fue cumplida por la empresa Osapar S.R.L.; constructora que tenía a su cargo dicha obra. El citado acuerdo fue suscripto en fecha 11 de julio de 2008, y las obras debieron comenzar al día siguiente, es decir, el 12 de julio de 2008 y culminar el 12 de agosto del mismo año. La empresa demandada, al contestar el traslado de la acción (fs. 318/332), no ha negado este punto, sino más bien se centra en que las obras de reparación culminaron enteramente, sin embargo, en una parte del escrito de contestación refiere que *"...En fecha 14 de febrero de 2.009, hemos remitido la devolución del resto de materiales y herramientas que quedaron al termino de los trabajos de reparación integra efectuada en la casa de las hermanas Aparicio. Esto constituye la demostración que no nos dejaban entrar a limpiar la obra, por lo que mal pueden alegremente aducir, de que existen restos de materiales en algunas partes del terreno"* (sic); por lo que se puede deducir que las obras de reparación no fueron terminadas en el plazo de 30 días, sino mas bien se extendieron hasta más de seis meses, incumpliendo la empresa constructora lo dispuesto por la cláusula tercera del acuerdo privado.

Que, de la lectura del fallo apelado se puede constatar que el Juez de grado inferior ni siquiera ha analizado este hecho, que en puridad, es la piedra angular para establecer si corresponde o no el resarcimiento, por la falta de cumplimiento de una de las cláusulas del acuerdo privado de fs. 18/20. Por lo tanto, se puede establecer en esta micro conclusión que, existe incumplimiento de la empresa Osapar S.R.L. de la clausula tercera del referido acuerdo, al no culminar las obras de reparación en el plazo estipulado.

Ahora bien, se debe determinar si el incumplimiento de la cláusula tercera del acuerdo privado de fs. 18/20 produjo daño a las propietarias del inmueble afectado. En este aspecto, esta Magistratura considera que existe daño y efectivamente fue ocasionado por la prolongación del plazo de las obras de reparación. No existe duda que la empresa Osapar S.R.L. realizó la reparación, según se desprende de las documentales de fs. 180 (bis) al 308 y de las pruebas testi-

ficales y periciales diligencias en autos, empero, dicha obra tuvo una dilación excesiva a criterio de esta Magistratura.

Que, no hace falta ser un entendido en la materia, para determinar que las construcciones de obras o la refacción de un inmueble, por lo general, acarrea una serie de incomodidades, como por ejemplo, los escombros esparcidos, el polvo y el ruido molesto que genera el trabajo de albañiles y maquinarias, y por sobre todo, el malestar de tener que aguantar el desorden de los muebles cuando se trabaja en el interior de la vivienda afectada. En el caso de autos, las actoras tuvieron que pasar por estos inconvenientes y por más de seis meses.

Por otro lado, se debe verificar en las obras de reparación realizadas por la empresa demandada, para establecer la calidad de las mismas. En autos, realizaron tres pericias técnicas que obran por cuerda separada, en los cuales se concluye que los trabajos fueron acabados en su totalidad, con algunas desprolijidades. La inspección ocular del Juzgado en la res litis de fs. 438/439, resalta algunas imperfecciones en las reparaciones realizadas, lo que indica que la obra de reparación, si bien fue terminada luego de seis meses, contiene algunos desperfectos.

El Art. 1.835 del Cod. Civil dice: "...Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción de indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrá acción los herederos forzosos".

En el caso puntual de autos, resulta evidente el daño ocasionado a las actoras, por la falta de cumplimiento de la cláusula tercera del acuerdo privado de fs. 18/20, respecto a las obras de reparación, que fueron extendidas en el tiempo por parte de la empresa Osapar S.R.L.

Establecido el daño, corresponde establecer los montos reclamados por la parte actora en concepto de daño emergente y daño moral.

Es sabido que el daño moral, supone el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, insusceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial, que deben ser materia de prueba y comprobación. En suma, es daño moral todo

sufrimiento o dolor, que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos o facultades, que consiste en el daño patrimonial indirecto. Es por ello que a través del resarcimiento del daño moral no se trata de restablecer una situación patrimonial que no ha sido alterada, sino de procurar un restablecimiento de la situación anímica del lesionado, lo que sería factible brindándole la posibilidad de colmar o compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas.

Esta Magistratura estima que el daño emergente y moral ocasionado a las actoras por el tiempo prolongado en la reparación de su vivienda, como consecuencia del incumplimiento de la cláusula tercera del acuerdo privado suscripto con la empresa demandada y por existir algunas imperfecciones en las obras de reparación, debe ser resarcida, correspondiendo indemnizar a las señoras María Victoria Aparicio Pintos y Carmen Marcelina Aparicio Pintos en la suma de GUARANÍES CINCUENTA MILLONES (Gs. 50.000.000).

De lo expuesto, esta Magistratura llega a la conclusión de que corresponde revocar la sentencia apelada por no estar ajustada a derecho, debiendo hacerse lugar a la demanda de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, condenando a la empresa demandada a pagar la suma de Gs. 50.000.000 en los conceptos mencionados precedentemente, más los intereses del dos (2) por ciento que deben ser computados desde el inicio de esta demanda.

En cuanto a las costas, aplicando el principio general establecido en los Arts. 192 y 203 del Código Procesal Civil, corresponde imponerlas en ambas instancias a la perdidosa. ES MI VOTO. CONSTE.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y GARCÍAAYALA manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

SENTENCIA N° 38.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 414 de fecha 07 de junio de 2012, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno y en consecuencia HACER LUGAR a la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual promueven las señoras María Victoria Aparicio Pintos y Carmen Marcelina Aparicio Pintos contra OSAPAR SRL, condenando a la demandada al pago de la suma de GUARANÍES CINCUENTA MILLONES (Gs. 50.000.000) en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, mas el dos por ciento (2%) de intereses computados sobre dicho monto desde la fecha de la promoción de esta demanda, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas en ambas instancias a la perdedora.

ANOTAR, registrar, notificar por cedula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 40

Cuestión debatida: *Si corresponde hacer lugar a la demanda por usucapión o hacer lugar a la demanda reconventional por reivindicación de inmueble.*

USUCAPIÓN. ANIMUS DOMINIS. Ya que los actores actuaban convencidos de que ocupaban un bien de dominio público, mal podrían sostener que poseían con ánimo de dueños, puesto que, como es harto sabido, los bienes de dominio público son imprescriptibles, por lo dispuesto en los artículos 1.898 y 1.993 del Código Civil.

Lo expuesto se erige en un obstáculo infranqueable para la admisión de la prescripción adquisitiva del dominio postulada por los actores, dado que denota la ausencia de uno de los requisitos basales para la procedencia de la usucapión, cual es que la ocupación sea con ánimo de dueño.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 26/04/13. “MARTINIANO ESPÍNO-LABARRIOS y OTROS c/ MARÍA ELVIRA FIORE DE ZUBIZARRETA s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO”. Expte.: 443. Año 2.010. (Ac. y Sent. Nº 40).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL, Raúl GÓMEZ FRUTOS, y Basilio GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ Dr. MELGAREJO CORONEL DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad, y como no se advierten vicios formales en el fallo en revisión que ameriten su declaración de nulidad *ex officio*, corresponde admitir el desistimiento planteado. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GÓMEZ FRUTOS y GARCÍA AYALA manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ Dr. MELGAREJO CORONEL PROSIGUIÓ DICIENDO: El recurrente, ya citada, a fojas 576/580 de autos, fundó el recurso de apelación. Al hacerlo sostuvo, en lo medular, que yerra el *A-quo* al admitir una posesión de más de 20 años por parte de los actores, dado que esta conclusión se basa en una apreciación indirecta y, además, sin contar con el respaldo de un técnico en la materia. Respecto a esta crítica, se señala que el juez, orondamente, concluyó que las edificaciones que se observan en la propiedad tienen más de 20 años de antigüedad, sin haber constatado personalmente la heredad litigiosa, y, principalmente, sin la asistencia de un experto en construcciones. Se agrega que la demandada abonó gran parte de las construcciones, presentó solicitud de conexiones de servicios básicos, pago de impuestos inmobiliarios y otros, elementos probatorios que denotan que la propiedad nunca fue abandonada a merced de los accionantes. Por otro lado, critica la omisión de toda consideración en torno al *animus dominis*, al tiempo en que pone de resalto que este elemento no podría estar presente en los accionantes sino desde el año 1.995, puesto que los mismos declararon, espon-

táneamente en este juicio, que hasta dicho año pensaban que la propiedad era fiscal. Finalmente, se critica el rechazo de la reivindicación pretendida sosteniéndose que la demandada justificó la titularidad del dominio con una escritura pública cuya validez, tanto formal como material, no se encuentra en dudas, lo que sumado a la improcedencia de la usucapión pretendida, denota la admisibilidad de dicha pretensión. Con estos argumentos se peticiona la revocación de los puntos 3, 4, y 5 de la sentencia en revisión.

El abogado Jorge Antonio ESPÍNOLA B., representante convencional de los actores, Martiniano ESPÍNOLA BARRIOS y Luis Alfredo ESPÍNOLA BARRIOS, contestó y controvertió los agravios expuestos por la apelante en los términos del escrito glosado a fojas 582/587 de autos.

El 18 de febrero de 2013, este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamó autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia, se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

Auscultado estos autos en general y, especialmente, la sentencia en revisión, puede observarse que el *A-quo*, efectivamente, fundó su decisión teniendo en cuenta, principalmente, dos elementos probatorios que para el mismo resultaron decisivos.

Ellos son: las deposiciones de los testigos propuestos por los actores, y los reconocimientos judiciales.

El apelante critica estas conclusiones diciendo que del reconocimiento judicial, básicamente, se pudo concluir en la ocupación actual por parte de los accionantes -hecho no controvertido-, pero que, bajo ninguna circunstancias, dicho reconocimiento permitiría admitir una ocupación por más de 20 años desde la observación de la antigüedad de las construcciones.

Ciertamente, la conclusión del *A-quo*, respecto a la antigüedad de las construcciones que se observan en el inmueble litigioso, no resulta muy consistente.

Como lo expuso el apelante, el juez mal podría aventurar el tiempo de una construcción sin contar con la asistencia de un técnico en la materia. Máxime, cuando el mismo no se apersonó en el inmueble, sino que lo hizo el actuario.

Dice el contestatario de este recurso que el *A-quo* no arribó a la conclusión sojuzgada en función a su constitución personal en la *res litis*, sino que lo hizo mediante la valoración del acta de constitución conjuntamente con los demás

elementos probatorios rendidos en autos. Agrega que la demandada no ofreció la prueba pericial a los efectos de determinar el tiempo en que se realizaron las construcciones.

De la lectura de las actas de constituciones laboradas por el actuario Celso MEDINA, quien se apersonó en el inmueble en cumplimiento de una providencia dictada en estos autos –fs. 317 y 487–, puede observarse que el mismo refirió que las construcciones tienen una antigüedad aproximadamente de más de 20 años, con lo que la afirmación sostenida por los accionantes en esta Instancia adquiere consistencia.

Empero, el actuario, al igual que el juez, carece de conocimientos técnicos para determinar la antigüedad de una construcción, puesto que este tipo de afirmaciones, claramente, debe ser efectuado por un experto en construcciones mediante la determinación del tipo de material utilizado y los deterioros que los mismos atestiguan.

En tales condiciones no cabe más que coincidir con la apelante en cuanto refiere que esta opinión no resulta calificada y, por lo mismo, es insuficiente para tener por cierto un hecho controvertido por la misma.

Los actores refieren, en torno a la cuestión planteada, que la accionada no ofreció la prueba pericial a los efectos de la determinación de la antigüedad de las construcciones, por lo que no resulta admisible que dicha omisión se constituya en una carga para su parte.

Al respecto, de conformidad a lo establecido en el artículo 249 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba incumbe a quien alega un hecho controvertido.

En esta contienda es la parte actora quien alegó la ocupación del inmueble por más de 20 años, siendo una de las pruebas de este aserto la construcción realizada por los mismos.

Siendo así, resulta claro que la carga probatoria recaía en los actores y no en la parte pretendida.

Entonces, como el juez y el actuario se encuentran desautorizados para determinar la antigüedad de una construcción, sin la asistencia de expertos en la materia, no cabe más que concluir que las conclusiones basadas en estas apreciaciones subjetivas resultan desatinadas.

Además, la accionada, al contestar esta demanda, incorporó recibos que denotan que la misma contribuyó a sufragar los gastos de la construcción. Estos

recibos fueron reconocidos en juicio tal como lo dispone el artículo 307 del Código Procesal Civil.

Siendo así, en un plano hipotético, incluso de admitir que la construcción es de larga data, nos encontraríamos con un acto posesorio, cuanto menos, “conjunto”, tanto de los accionantes como de la accionada. Es decir, un acto posesorio no excluyente de la titular del dominio.

Por otro lado, en estos autos, la apelante incorporó los comprobantes de pago del impuesto inmobiliario y tasas especiales, con lo que se denota que la carga impositiva era soportada por la misma. También se observa que fue la demandada quien petitionó la conexión del suministro de energía eléctrica en el año 1.996 –vide fs. 454–.

Los contestatarios de este recurso sostuvieron que los recibos de pagos de impuestos presentados por la demandada son de reciente data, y que fueron los mismos quienes afrontaron esta carga impositiva. Empero, no pudieron presentar los recibos correspondientes debido a su pérdida en un incendio.

Al respecto, en estos autos no se realizó ningún tenue intento de demostrar que los actores fueron quienes cumplían con la carga impositiva, así como tampoco se demostró que los recibos de pagos fueron consumidos por un incendio. Razones que impiden admitir dicha tesis fáctica.

Todo lo expuesto, analizado en conjunto, pone en duda la posesión veintañal, con *animus dominis*, alegada por los hermanos Espínola Barrios.

En efecto, quien genuinamente se cree dueño de un inmueble –*animus dominis*–, cuanto menos, cumple con las cargas tributarias y es el petitionante de los servicios básicos.

Como colofón, incluso siendo laxos con los actores respecto a las exigencias probatorias, la usucapión pretendida no podría ser acogida por una cuestión elemental.

Como lo apuntó la apelante, los actores, al postular su demanda, afirmaron que hasta el año 1.995 los mismos estaban convencidos que el inmueble era propiedad de la Municipalidad de Asunción –vide fs. 215–.

Conforme al artículo 302 del Código Procesal Civil esta confesión espontánea debe ser reputada como prueba plena. Es decir, suficiente *per se* para acreditar un hecho.

Entonces, si los actores hasta el año 1.995 actuaban convencidos de que ocupaban un bien de dominio público, mal podrían sostener que desde el año

1985 poseían con ánimo de dueños, puesto que, como es harto sabido, los bienes de dominio público son imprescriptibles, por lo dispuesto en los artículos 1.898 y 1.993 del Código Civil.

Lo expuesto se erige en un obstáculo infranqueable para la admisión de la prescripción adquisitiva del dominio postulada por los actores, dado que denota la ausencia de uno de los requisitos basales para la procedencia de la usucapión, cual es: que la ocupación sea con ánimo de dueño.

En suma, los dos elementos analizados a la luz de las críticas sostenidas por la apelante en esta Instancia, permiten concluir que el *A-quo* incurrió en un error *in iudicando* al arribar a una conclusión sin contar con la debida asistencia técnica y al omitir, orondamente, el análisis de la configuración del *animus domini* en la posesión alegada por los actores. Estas razones motivan, suficientemente, la revocación del fallo en revisión en lo atinente a la admisión de la demanda principal.

Así resuelto lo referente a la usucapión, corresponde pasar al análisis de la demanda reconvenicional por reivindicación de inmueble.

En estos autos la demandada demostró ser la titular de dominio de la heredad litigiosa. La escritura pública con la que justificó este extremo fue impugnada por los actores, empero la impugnación fue rechazada y, consecuentemente, la validez formal y material del citado instrumento público se mantiene incólume, tal como lo dispone el artículo 383 del Código Civil.

De las constancias procesales y la naturaleza de las pretensiones incorporadas por ambas partes se infiere, además, que los actores son los actuales ocupantes de la *res litis*.

Entonces, como la demanda por usucapión fue rechazada, se configura la ocupación precaria de los actores y, por lo mismo, su obligación de restitución del inmueble a la demandada.

Siendo así, como todos los elementos para declarar con lugar a la demanda reconvenicional de reivindicación de inmueble se encuentran presentes en esta contienda, no cabe más que revocar el punto cuarto del fallo en revisión.

Por lo tanto, conforme al análisis precedente, este Preopinante concluye que el fallo en revisión debe ser revocado en los puntos tercero, cuarto y quinto, y, en consecuencia, declarar improcedente la demanda iniciada por Martiniano Espínola Barrios y Luis Alfredo Espínola Barrios contra María Elvira Fiore Canata de Zubizarreta por usucapión. Asimismo, deberá declararse procedente

la demanda reconvenional que por reivindicación del inmueble individualizado como: Finca N° 25.319 del Distrito de San Roque de Asunción, con Cta. Cte. Catastral N° 12-0253-33, promoviera María Elvira Fiore Canata de Zubizarreta contra Martiniano Espínola Barrios y Luis Alfredo Espínola Barrios, disponiéndose que éstos últimos desocupen la heredad litigiosa en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada esta resolución, bajo apercibimiento de que de no hacerlo se procederá a su desahucio por la fuerza pública. Finalmente, por la forma en que fue resuelta la cuestión sometida a control, corresponde dejar sin efectos el punto cinco del fallo en revisión. En cuanto a las costas del juicio, tanto por la demanda principal, así como por la reconvenional, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 203 inc b) del Código Procesal Civil, las mismas deberán ser soportadas por los actores. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados GÓMEZ FRUTOS y GARCÍA AYALA manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital.

SENTENCIA N° 40.

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR los puntos 3, 4 y 5 de la S.D. N°: 469 del 24 de agosto de 2.012, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital, Secretaría N°: 19, y en consecuencia; RECHAZAR la demanda iniciada por Martiniano Espínola Barrios y Luis Alfredo Espínola Barrios contra María Elvira Fiore Canata de Zubizarreta por usucapión, y HACER LUGAR a la demanda reconvenional que por reivindicación del inmueble individualizado como: Finca N° 25.319 del Distrito de San Roque de Asunción, con Cta. Cte. Catastral N° 12-0253-33, promoviera María Elvira Fiore Canata de Zubizarreta contra Martiniano Espínola Barrios y Luis Alfredo Espínola Barrios, disponiéndose que éstos últimos desocupen la heredad litigiosa en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada esta resolución, bajo apercibimiento de que de no hacerlo se procederá a su desahucio por la fuerza

pública, por los argumentos y con los alcances expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas del juicio principal y del reconvenicional a la parte actora.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

Cuestión debatida: *Por vía de la apelación y nulidad se recurre contra la sentencia que no hizo lugar, con costas, a las impugnaciones de prueba instrumental deducida por los demandados, no hizo lugar, con costas, al incidente de falta de idoneidad de testigos, deducido por la parte actora, e hizo lugar a las excepciones de falta de acción como medio general de defensa, opuesta por los demandados, rechazando, con costas, la demanda de indemnización de daños moral, que promoviera la apelante por los perjuicios que le ocasionaron haber sido acusada de ser como coautora de los hechos punibles de Frustración a la persecución, Ejecución Penal y Liberación de preso, es decir, como la responsable de la fuga de una reclusa, cuyo análisis en alzada derivó en la confirmación, con costas, de la resolución cuestionada.*

INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS. Pruebas inconducentes. Pruebas superfluas.

De la norma procesal (artículo 328 del Código Procesal Civil), se colige que en ninguna parte se habla de una exclusión del testigo en caso de estar inmerso en algunas de sus causales, sin embargo, el Juez a la hora de valorar las pruebas, en este caso testificales, puede desecharlas si la considera inconducentes o superfluas al momento de dictar Sentencia. Ahora bien, el artículo 315 sí establece casos de exclusión de testigos, pero en forma taxativa establece que, en casos de testigo consanguíneos o afines en línea recta de las partes, ni el cónyuge salvo que esté separado legalmente, y no se constatándose que los testigos se

encuentren comprendidos dentro de las generales de la ley, es decir, no son testigos consanguíneos o afines con las partes en este proceso, por lo que, el rechazo del incidente de falta de idoneidad de testigos se encuentra ajustado a derecho.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Medio general de defensa.

La excepción de falta de acción, opuesto como medio general de defensa, alegando la falta de responsabilidad, en la demanda por indemnización por daño moral, que promoviera la apelante, por los perjuicios que le ocasionaron las acusaciones de ser como coautora de los hechos punibles de Frustración a la persecución, Ejecución Penal y Liberación de preso, es decir, como la responsable de la fuga de una reclusa, situación, sin embargo, que el artículo 288 del Código Procesal Penal, es claro al disponer que el denunciante solo incurrirá en responsabilidad si es que las imputaciones son falsas o la denuncia haya sido temeraria, situación no ocurrida en autos, por lo que debe de ser confirmada la resolución recurrida.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL. Requisitos para la acción.

En la jurisdicción penal, en la referida causa, de la copia de la resolución surgen que en el caso no se dan los requisitos que la disposición del Código Procesal Penal exige para que proceda la acción por indemnización de daños y perjuicios y daño moral, como consecuencia de la acción penal en la que la actora de la presente demanda obtuvo su sobreseimiento definitivo, es decir, no se dejó expresa constancia de que la denuncia hecha haya sido temeraria o la imputación realizada por el agente fiscal sea falsa, y otro punto es, que las costas fueron impuestas en el orden causado en el juicio penal, lo que indica el derecho de denunciar que tenían los demandados.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. DENUNCIA. Denuncia falsa o temeraria.

Los demandados en autos que formularon denuncia contra la actora de la presente demanda en cumplimiento de lo dispuesto por el citado artículo 286 del Código Procesal Penal; y la resolución dictada por el juez interviniente en el proceso penal, no contiene la calificación de que la denuncia haya sido falsa o temeraria, y cabe destacar, no corresponde hacer lugar a demandas por indemnización de daños y perjuicios que plantearon quienes fueron sobreseídos en un proceso penal, si no se demostró que las denuncias respectivas fueron falsas o

temerarias, por lo que se justifican la decisión del A-quo expuesta en la sentencia recurrida y corresponde sea confirmada.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 18/06/13. “MARÍA ELENA ADELAIDA CÁCERES DE SCAPPINI c/ ANTONIO DEBERNARDI Y OTROS s/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL/INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL”. (Ac. y Sent. Nº 67).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, BASILICIO GARCÍA AYALA y el Dr. JUAN CARLOS PAREDES BORDÓN.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE DR. MELGAREJO CORONEL dijo: La apelante no fundamentó este recurso en su escrito de fs. 408/410 de autos, y como no se observan vicios o defectos de forma en la resolución recurrida que pudieran invalidarla como acto jurisdiccional, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. ES MI VOTO.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GARCÍA AYALA y el Dr. PAREDES BORDÓN manifiestan que se adhieren al voto precedente por compartir los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MIEMBRO PREOPINANTE DR. MELGAREJO CORONEL, prosiguió diciendo: La apelante, Abogada MARÍA ELENA ADELAIDA CÁCERES DE SCAPPINI, en causa propia, se alza contra el fallo impugnado, y fundamenta este recurso en el escrito de fs. 408/410 ya mencionado. En lo medular, la recurrente expresa que, respecto al incidente de falta de idoneidad de testigos planteado por su parte, los fundamentos expresados no son reales, los testigos impugnados eran, nada más y nada menos que, el Dr. Cristóbal Sánchez, quien actuó en la denuncia formulada en su contra, así como la fiscal Sandra Quiñónez, interviniente en la causa penal, siendo improcedentes sus declaraciones en esta causa de conformidad al artículo 328 inc. c) del C.P.C. En cuanto a la falta de acción, sostiene la apelante, no resiste el

mínimo análisis las fundamentaciones expuestas por el Juzgado, ya que los señores Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi fueron los responsables de graves acusaciones contra su persona, sindicándola como responsable de la fuga de la reclusa. En la denuncia formulada por Antonio Debernardi, señala, se la sindicca como coautora de los hechos punibles de Frustración a la persecución, Ejecución Penal y Liberación de preso, como la responsable de la fuga, por ello se halla plenamente justificada la responsabilidad de los denunciantes, pues en forma temeraria, han formulado la denuncia. Seguidamente, la recurrente hace referencia a la actuación del agente fiscal demandado en esta causa, relata otras consideraciones y finaliza solicitando la revocatoria, con costas en ambas instancias, del fallo en revisión.

El abogado DIEGO GÓMEZ MORASSI, representante convencional de los codemandados Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi, contesta el traslado de la fundamentación de la apelante, en el escrito de fs. 411/418, en el que refuta las afirmaciones realizadas por la misma, sosteniendo que la Sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y solicita la confirmación con costas.

Asimismo, a fs. 419/423 de autos, el Abogado OSVALDO ÁVALOS, en representación del codemandado Miguel Vera Zarza, contesta el traslado de la recurrente, controvirtiendo los agravios de la misma, y solicita al Tribunal la confirmación del fallo apelado.

Por último, la procuradora delegada de la Procuraduría General de la República, abogada MARÍA ANGÉLICA MORA E., también contesta el traslado de agravios a fs. 425/426, en donde solicita se declaren desiertos los recursos de apelación y nulidad o, en su defecto, se confirme la Sentencia recurrida.

Revisadas las constancias procesales y, en especial, las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, esta Magistratura se abocará al estudio de autos a los efectos de establecer si la Sentencia objeto de apelación se encuentra o no ajustada a derecho.

En primer lugar, se debe dilucidar el agravio respecto al incidente de falta de idoneidad de testigos planteada por la parte actora y rechazada por el A-quo en la Sentencia recurrida.

Al analizar los agravios de la recurrente, vemos que critica el hecho que, el Dr. Cristóbal Sánchez y la Abogada Sandra Quiñónez hayan testificado en esta causa, alegando que el primero fue abogado denunciante en la causa penal, y la

segunda, Agente Fiscal en el mismo juicio. Agrega además que, las citadas personas se encuentran inmersas en lo previsto en el Art. 328 del C.P.C.

El artículo 328 del Código Procesal Civil, dispone: "...Interrogatorio preliminar: Aunque las partes no lo pidan, los testigos serán siempre preguntados:

- a) por su nombre, edad, estado civil, profesión, nacionalidad y domicilio;
- b) si es pariente por consanguinidad, adopción o afinidad de alguna de las partes;
- c) si tiene interés directo o indirecto en el pleito;
- d) si es amigo íntimo o enemigo de alguna de las partes; y
- e) si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes o si tiene algún otro género de relación con ellos.

Aunque las circunstancias individuales declaradas por el testigo no coincidieren totalmente con los datos que la parte hubiere indicado al proponerlos, se recibirá su declaración si indudablemente fuere de la misma persona, y por las circunstancias del caso, la contraria no hubiere podido ser inducida en error".

De la norma procesal de referencia, se colige que en ninguna parte se habla de una exclusión del testigo en caso de estar inmerso en algunas de sus causales, sin embargo, el Juez a la hora de valorar las pruebas, en este caso testificales, puede desecharlas si la considera inconducentes o superfluas al momento de dictar Sentencia. Ahora bien, el artículo 315 sí establece casos de exclusión de testigos, pero en forma taxativa establece que, en casos de testigo consanguíneos o afines en línea recta de las partes, ni el cónyuge salvo que este separado legalmente. En el caso de autos, no se constata que los testigos Dr. Cristóbal Sánchez y la abogada Sandra Quiñónez se encuentren comprendidos dentro de las generales de la ley, es decir, no son testigos consanguíneos o afines con las partes en este proceso, por lo que a criterio de esta Magistratura, el rechazo del incidente de falta de idoneidad de testigos se encuentra ajustado a derecho.

En cuanto a la cuestión de fondo (excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa), la apelante expresa que, los demandados Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi fueron los responsables de graves acusaciones contra su persona, sindicándola como coautora de los hechos punibles de Frustración a la persecución, Ejecución Penal y Liberación de preso, es decir, como la responsable de la fuga de la reclusa Carmen Villalba. Esta situación, menciona la misma, le acarreó graves perjuicios, como, por ejemplo, el sometimiento a una causa penal por un periodo de seis meses, fue privada

de su libertad por 24 horas, y luego dos meses de prisión domiciliaria. Reclama una indemnización por la suma de Gs. 633.656.000, conforme a los rubros de honorarios profesionales en la causa penal (Gs. 8.000.000), lucro cesante (suspensión en su lugar de trabajo como Directora de la Penitenciaría del Buen Pastor, con un salario mensual de Gs. 3.207.000) y daño moral (Gs. 600.000.000).

Los demandados, el Estado Paraguayo, los señores Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi y el agente fiscal Miguel Vera Zarza, opusieron excepción de falta de acción, primeramente como de previo y especial pronunciamiento, que fuera rechazada, y al contestar la demanda, lo dedujeron nuevamente, pero como medio general de defensa, alegando la falta de responsabilidad de los mismos, y que el artículo 288 del Código Procesal Penal, es claro al disponer que el denunciante solo incurrirá en responsabilidad si es que las imputaciones son falsas o la denuncia haya sido temeraria, situación no ocurrida y solicitan el rechazo de la presente acción indemnizatoria.

Que, luego de los trámites de rigor, el juez “A-quo”, resolvió hacer lugar a las Excepciones de Falta de Acción como medio general de defensa opuesta por los demandados, y rechazo la presente demanda indemnizatoria.

Para esta Magistratura, el juez interviniente, hizo un minucioso estudio de las circunstancias que se dieron entre las partes litigantes como consecuencia de la denuncia formulada por los señores Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi, siendo el fiscal de la causa el abogado Miguel Vera Zarza, que motivó la imputación fiscal contra la actora María Elena Adelaida Cáceres de Scappini por el supuesto delito de “Frustración a la persecución, Ejecución Penal y Liberación de preso”, que culminó con el sobreseimiento definitivo de la nombrada imputada (fs. 16/18), por lo que promovió la presente demanda por Indemnización de Daños y Perjuicios y Daño Moral contra los señores Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi, el agente fiscal Miguel Vera Zarza y en forma subsidiaria contra el Estado Paraguayo.

Ahora bien, se debe corroborar si efectivamente existió una denuncia temeraria o una imputación falsa para establecer la responsabilidad de los demandados. Sobre este punto, se debe transcribir lo dispuesto por el Art. 288 del Código Procesal Penal, que reza: “...PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD: El denunciante no será parte en el procedimiento y no incurrirá en responsabilidad alguna, salvo cuando las imputaciones sean falsas o la denuncia haya sido temeraria.

Cuando el juez califique a la denuncia como falsa o temeraria le impondrá al denunciante el pago de las costas”.

De las documentales agregadas a estos autos, entre los que se halla copia de la resolución dictada en la jurisdicción penal en la referida causa, de las que surgen que en este caso, no se dan los requisitos que la disposición del Código Procesal Penal exige para que proceda la acción por indemnización de daños y perjuicios y daño moral, como consecuencia de la acción penal en la que la actora de la presente demanda obtuvo su sobreseimiento definitivo. Es decir, no se dejó expresa constancia de que la denuncia hecha por los Sres. Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi sea temeraria o la imputación realizada por el agente fiscal Miguel Vera Zarza sea falsa. Otro punto a tener en cuenta, es que las costas fueron impuestas en el orden causado en el juicio penal, lo que indica el derecho de denunciar que tenían los demandados Sres. Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi.

El Art. 286 del Código Procesal Penal, establece: “...OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR: Tendrán obligación de denunciar los hechos punibles de acción penal pública: 1.-) ... 2.-)... 3.-) las personas que por disposición de la ley, de la autoridad, o por algún acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de los hechos punibles cometidos en perjuicio de éste o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones.

En todos los casos, la denuncia dejará de ser obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, o cuando los hechos fueron conocidos bajo secreto profesional”.

Conforme a las referidas disposiciones del Código Procesal Penal, en este caso los señores Antonio Debernardi y María Edith Bordón de Debernardi formularon denuncia contra la actora de la presente demanda en cumplimiento de lo dispuesto por el citado artículo del Código Procesal Penal; y la resolución dictada por el Juez interviniente en el proceso penal, NO CONTIENE LA CALIFICACIÓN DE QUE LA DENUNCIA HAYA SIDO FALSA O TEMERARIA (las mayúsculas son del Preopinante).

Por otro lado, conviene señalar que el caso en estudio es exactamente igual a los que se dieron en otras resoluciones similares, como la dictada por la Sala

Civil de la Corte Suprema de Justicia, y por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Tercera Sala, respectivamente, que resolvieron no hacer lugar a demandas por indemnización de daños y perjuicios que plantearon quienes fueron sobreseídos en un proceso penal, y tampoco se demostró que las denuncias respectivas fueron falsas o temerarias, por lo que las jurisprudencias y las disposiciones de la Ley Procesal Penal referidas, justifican la decisión del A-quo expuesta en la sentencia recurrida.

Después de efectuar el análisis de los autos y de la sentencia recurrida, conforme a las constancias de autos y a las disposiciones del Código Procesal Penal citadas, se llega a la conclusión de que la misma se halla ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada por este Tribunal, imponiendo las costas a la parte apelante perdedora, aplicando lo dispuesto por el Art. 192 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO. CONSTE.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GARCIA AYALA y el Dr. PAREDES BORDON manifiestan que se adhieren al voto precedente por compartir los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

SENTENCIA N° 67.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, la S.D. N° 689 de fecha 05 de octubre de 2011, dictada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno de esta Capital, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER, las costas a la apelante perdedora.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 78

Cuestión debatida: *Los co-herederos de la sucesión del causante, promovieron demanda por redargución de falsedad y nulidad de escritura pública en contra de la accionante, a lo cual el juzgado de primera instancia tiene por confesa a la escribana codemandada, hace lugar a la demanda y declara la nulidad de la escritura pública de cancelación de hipoteca y transferencia de inmueble. El Tribunal de Apelación resolvió revocar la sentencia de primera instancia, argumentando de que si en el mismo instrumento público que constaron dos actos jurídicos en el cual se redarguyó de falso uno de ellos, y se reconoció el otro, es perfectamente válida dicho instrumento.*

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia.

Si el apelante no estaba de acuerdo con la providencia, tuvo la oportunidad procesal para impugnar tal decisión del A-quo y no lo hizo, en consecuencia, esta inadvertencia u omisión de parte de la apelante constituye motivo suficiente para no dar cabida al recurso de nulidad interpuesto por la misma al quedar consentida la aludida resolución.

RECURSO DE NULIDAD. Requisitos.

El recurso de nulidad está previsto para los casos en que la resolución dictada en primera instancia posea vicios trascendentales que la descalifiquen como acto jurisdiccional, cuando ha sido pronunciada sin observar las formas o solemnidades que prescriben las leyes.

RECURSO DE NULIDAD. Requisitos.

El vicio que provoca la nulidad debe ser grave, pues en nuestro ordenamiento rige el principio de validez del acto jurisdiccional y solo procede anular en os casos que merezcan tal sanción, pues este recurso solo tiene por objeto subsanar la violación u omisión de las formas prescriptas por ley, por lo que los argumentos sometidos por la nulidicente no poseen mayor sustento jurídico como para anular la sentencia recurrida, no poseen la virtualidad propia de un razonamiento demostrativo de los supuestos vicios lógicos de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia.

El recurso de apelación interpuesto por la co-demandada contra la S.D.N° 872, se colige la reiteración de los actos procesales producidos en la instancia en que se dicto la resolución, lo cual importaría un nuevo juicio (novum iudicium), por lo tanto este no fue expresamente fundado al no señalar el error del juzga-

dor, la fundamentación esgrimida es insuficiente al no atacar el punto central de la argumentación del A-quo, por tanto se rechaza tal recurso (Voto del Magistrado preopinante Eusebio Melgarejo Coronel, minoría)

REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. Falsedad ideológica. Actos realizados en la misma escritura pública.

Si la parte actora solicita la nulidad de la escritura pública, en lo que respecta a la transferencia de inmueble, arguyéndolo de falsedad ideológica y al mismo tiempo no objeta en absoluto la cancelación y levantamiento de hipoteca que pesaba sobre la res litis (ambos actos jurídicos realizados en la misma escritura pública de referencia) se constata un contrasentido en la petición de la actora. Por un lado, se reconoce en forma tacita la veracidad del instrumento público (atacado de nulidad), y por otro lado, se lo redarguye de falso y se petitiona la nulidad de la transferencia de inmueble, por tanto procede la revocación de la resolución recurrida. (Voto en disidencia del Magistrado Raúl Gómez Frutos, voto de la mayoría)

HIPOTECA. Levantamiento de hipoteca y transferencia de propiedad.

Si el acto de levantamiento de hipoteca, para la parte actora, fue realizado conforme a derecho por no haberlo cuestionado, la transferencia de inmueble realizada en el mismo acto y plasmada en la misma escritura pública, también es válida, por tanto procede la revocación de la sentencia recurrida. (Voto en disidencia del magistrado Raúl Gómez Frutos, voto de la mayoría).

ESCRITURA PÚBLICA. Validez.

No se pudo demostrar clara y precisamente que el accionante no haya suscripto el documento citado y el protocolo registral, si bien, no existen dudas que el mismo, al momento de la realización del acto que se ataca de nulo se encontraba privado de su libertad, el hecho de que no se dejará constancia en la escritura pública dicha circunstancia, no es óbice para pretender su anulación, procede la revocación de la sentencia recurrida.

REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. Instrumento público. Actos jurídicos en un mismo instrumento.

Ante la contradicción de la parte actora en anular un instrumento público, en el cual se realizaron dos actos jurídicos, consintiendo la primera (cancelación de hipoteca) y redarguyendo de falso la segunda y solicitando su nulidad (transferencia); y que en autos no se demostró claramente que el causante de la suce-

sión no haya firmado la Escritura Pública , procede la por la revocatoria de la sentencia apelada en todas sus partes, imponiendo las costas de ambas instancias a la parte actora.

T. DE APEL. C. y C. Cuarta Sala. 05/07/13. “SUCESIÓN DE JUAN CÉSAR MEZA MEDINA c/MARÍA LUISA MEZA MEDINA s/ REDARGUCIÓN DE FALSEDAD Y NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA” (Ac. y Sent. N° 78).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso negativo, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de Ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó de él que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: Doctor EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, BASILICIO GARCÍA AYALA y RAÚL GÓMEZ FRUTOS.

A la primera cuestión el Miembro Preopinante Doctor EUSEBIO MELGAREJO CORONEL dijo: En el escrito de fundamentación, fs 212/216, la recurrente afirma: “...Que, la sentencia dictada en autos es NULA, considerando que la presente Litis no fue integrada debidamente”.

“...En efecto, este proceso no fue integrado con una de las partes que participo del instrumento que fue redargüido de falso y cuya nulidad fue declarada por S.D. N° 872 de fecha 16 de noviembre de 2011”.

En el siguiente párrafo, expresa: “...Nos referimos al señor JUAN JOSÉ MANEVY OSNAGHI, quien es parte de la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo del 2004, cuya nulidad fue declarada, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 101 del C.P.C., en este proceso debió ser parte indefectiblemente”.

Finaliza su fundamentación del recurso de nulidad en estos términos: “...En definitivas, la sentencia dictada es nula, pues no podrá ser ejecutada en relación al señor JUAN JOSÉ MANEVY OSNAGUI, quien es parte fundamental del instrumento público declarado nulo y no fue citado al presente juicio”.

Los herederos de la sucesión de Juan César Meza Medina, Sres. Blanca Stella Meza de Medina, Cristóbal Hugo Medina y María Victoria Meza Medina,

contestar el traslado de la expresión de agravios que el Juzgado aún no les corrió, en los términos del escrito de fs. 221/231 presentado por derecho propio y bajo patrocinio de Abogada, en el que refutan los argumentos del apelante respecto al recurso de nulidad y peticionan su rechazo.

Corresponde a este preopinante analizar si el recurso de nulidad debe prosperar o no.

La controversia a resolver en esta instancia radica en determinar si la integración procesal en autos ha sido correcta o no. Recién resuelta dicha controversia, procedería entrar a analizar la existencia o no de la nulidad del acto jurídico de la cancelación de la hipoteca y transferencia de inmueble, otorgada por Juan César Meza Medina a favor de la señora María Luisa Meza Medina, instrumentada en la Escritura Pública N°44 de fecha 20 de mayo del año 2004.

Como fuera indicado los co-herederos de la sucesión de Juan César Meza Medina, promovieron demanda por redargución de falsedad y nulidad de escritura pública en contra de la señora María Luisa Meza Medina. En ese orden tenemos que el A-quo a fs. 53, ha dictado la primera providencia de fecha 05 de diciembre del año 2009, donde dispuso se tenga iniciado el presente juicio ordinario promovido por los señalados en contra de la señora María Luisa Meza Medina e integrando la presente Litis de oficio el inferior con la presencia de la escribana Alicia Ruiz de Aguayo, corriendo el pertinente traslado, citando y emplazando a las mismas a los efectos que contesten la demanda instaurada.

En los términos del escrito de fs. 62/66, presentado por la demandada María Luisa Meza Medina, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogad, en fecha 27 de marzo de 2009, en el que solicita intervención y contesta la demanda.

Por lo tanto, decimos que si la apelante no estaba de acuerdo con la providencia de fecha 05 de diciembre del año 2009, tuvo la oportunidad procesal para impugnar tal decisión del A-quo y no lo hizo. En consecuencia, esta inadvertencia u omisión de parte de la apelante constituye motivo suficiente para no dar cabida al recurso de nulidad interpuesto por la misma al quedar consentida la aludida resolución.

Es oportuno recordar que el recurso de nulidad esta previsto para los casos en que la resolución dictada en primera instancia posea vicios trascendentales que la descalifiquen como acto jurisdiccional, cuando ha sido pronunciada sin observar las formas o solemnidades que prescriben las leyes.

De la atenta lectura de los argumentos esgrimidos por la nulicidente, advertimos que los mismos no constituyen en rigor jurídico fundamentos valedo-

ros como para invalidar la sentencia cuestionada, ya que la misma no contiene vicios de forma o violaciones de solemnidades que prescriben las leyes, conforme lo dispone el artículo 404 del C.P.C.

Además, cabe señalar que en lo que respecta a la inclusión de Manevy Osnagui en calidad de demandado, ya fue planteado por la hoy recurrente señora María Luisa Meza Medina, con anterioridad, a través de un incidente de nulidad de actuaciones que en su oportunidad, fue resuelto por A.I. N° 806 de fecha 31 de mayo de 2010, por el inferior, quien resolvió rechazar tal incidente por extemporáneo. Corresponde apuntar que dicha resolución había sido recurrida por María Luisa Meza Medina. Y a fs. 172 consta que la misma desistió expresamente de los recursos impuestos por su parte, razón por el cual el A.I. N° 915 de fecha 02 de Diciembre de 2010 este tribunal tuvo por desistida de los recursos interpuestos.

Hernán Casco Pagano, en el “Código Procesal Civil Comentado”, conceptualiza la notificación como: *“el acto mediante el cual se hace saber a las partes o a los terceros una resolución judicial u otro acto de procedimiento”*, así también menciona que la misma tiene una importancia trascendental en el proceso, pues cumple una doble función, siendo la primera, asegurar la vigencia del Principio de Bilateralidad.

Conviene acotar que el acreedor hipotecario Juan José Manevy Osnagui fue notificado en legal y debida forma, estando en conocimiento de la presente causa conforme consta a fs.93, por lo tanto no se produjo un estado de indefensión procesal.

Esta Magistratura viene sosteniendo en varios fallos que el vicio que provoca la nulidad debe ser grave, pues en nuestro ordenamiento rige el principio de validez del acto jurisdiccional y solo procede anular en los casos que merezcan tal sanción, pues este recurso solo tiene por objeto subsanar la violación u omisión de las formas prescriptas por ley.

De lo aseverado, repetimos que los argumentos sometidos por la nulidicente no poseen mayor sustento jurídico como para anular la sentencia recurrida, no poseen la virtualidad propia de un razonamiento demostrativo de los supuestos vicios lógicos de la sentencia.

De acuerdo a lo expuesto, no encontramos violación de las formas en la resolución en cuestión ni irregularidades procesal antes del dictado de la misma, llegándose a la conclusión que esta no contiene defectos de solemnidades y procedimientos.

Consecuentemente, no procede ser anulada la sentencia recurrida, debiendo desestimar este recurso por improcedente. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Miembros BASILICIO GARCÍAAYALA y RAÚL GÓMEZ FRUTOS, manifiestan adherirse a la opinión del colega preopinante por compartir los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL DIJO: La apelante, señora MARÍA LUISA MEZAMEDINA, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, se alza contra el fallo recurrido y fundamenta sus agravios en el escrito de fs. 212/216. Expresa: "...Como se dijo, en el caso de autos el proceso no fue integrado con una de la partes que participo del instrumento que fue redargüido de falso y cuya nulidad fue declarada por S.D. N° 872 de fecha 16 de noviembre de 2011; nos referimos al señor JUAN JOSE MANEVY OSNAGUI, quien es parte de la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo del 2004, cuya nulidad fue declarada."

"...Repetimos, el mismo debió integrar la presente Litis, pues la Sentencia tendrá efectos contra el mismo, ya que al declararse la nulidad de la Escritura Pública por la cual el mismo percibió una suma de dinero y se canceló una hipoteca donde el mismo es parte como acreedor, EL MISMO ESTÁ OBLIGADO A DEVOLVER LA SUMA DE DINERO QUE PERCIBIÓ, teniendo efectos en relación al mismo de la sentencia dictada en el juicio".

En punto del escrito de agravio, bajo el título de "Otros motivos que ameritan la revocación de la sentencia", la recurrente expone: "...Que además de lo expuesto, tenemos que existen otros motivos que ameritan el rechazo de la presente demanda a saber:

"...Que conforme a las pruebas producidas en autos, corresponde el rechazo de la presente demanda por los siguientes fundamentos:

"...1. La parte actora no demostró que la Escritura Pública impugnada no esté firmada por el señor JUAN CÉSAR MEDINA MEZA".

"...Este constituye el fundamento principal de la demanda, razón por la cual, al no haberse demostrado, la demanda debe ser rechazada".

"...2. La parte actora reconoce la validez de la Escritura Pública. Como se dijo, la actora únicamente pretende la nulidad de la Transferencia, no así de la cancelación de la Hipoteca".

"...Ello constituye un reconocimiento de la validez de la Escritura Pública".

“...3. La parte actora reconoce la cancelación de la hipoteca”.

“...Nótese que al momento de absolver posiciones (fs. 119, 122, 141), los actores reconocen expresamente que la hipoteca se halla cancelada”.

“...Es más, a Fs. 162 de autos reconocen expresamente QUE LA DEUDA FUE CANCELADA POR MI PARTE”.

“...4. No debe perderse de vista que la nulidad pretendida no tienen ningún fin práctico, además de ser improcedente”.

Finaliza solicitando la revocatoria del fallo en estudio, con costas a la parte actora en ambas instancias.

La parte actora contestó el traslado a fs. 221/231 solicitando el rechazo de este recurso y la confirmatoria, con costas, del fallo impugnado.

Por su parte, la señora ALICIA RUIZ DE AGUAYO, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, contesta el traslado corridole a su parte y solicita la nulidad de la Sentencia recurrida o su revocatoria.

La agente fiscal en lo Civil y Comercial del Primer y Segundo Turno, Abogada VERÓNICA VELÁZQUEZ DE OCAMPOS, presenta su dictamen N° 113 de fecha 19 de febrero de 2013 (fs. 235) en el cual considera que corresponde la confirmatoria de la S.D. N° 872 del 16 de noviembre de 2011.

Corresponde a esta Magistratura, previo estudio de las constancias de autos, establecer si la Sentencia recurrida fue dictada conforme a derecho.

En esa tarea, se observa que el recurso de apelación interpuesto por la co-demandada María Luisa Meza Medina, contra la S.D.N° 872 de fecha 16 de noviembre del 2011, colegimos la reiteración de los actos procesales producidos en la instancia en que se dictó la resolución, lo cual importaría un nuevo juicio (*novum iudicium*), por lo tanto este no fue expresamente fundado al no señalar el error del juzgador, la fundamentación esgrimida es insuficiente al no atacar el punto central de la argumentación del A-quo.

Al respecto de la expresión de agravios, la agente fiscal en su dictamen N° 113 manifiesta: “...conviene acotar que la lectura que la Escritura Pública de referencia no surge que con la declaración de nulidad de la misma pudiera verse perjudicado al acreedor hipotecario, ya que de ella surge que al mismo se le había abonado íntegramente, la deuda y no consta que tal pago se haya realizado en dicho acto. Igualmente Manevy tomo conocimiento de la causa, ya que según consta en acta fs. 93 el mismo compareció a declarar en calidad de testigo (sic).

Por lo expresado, esta Magistratura coincide con el Dictamen Fiscal de referencia, haciendo nuestra la opinión que la escritura pública N° 44 de fecha 20 de Mayo del año 2004, pasada ante la escribana publica ALICIA RUIZ DE AGUAYO deviene nula.

Por los fundamentos expuestos, se llega a la conclusión de que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada en todas sus partes, imponiendo las costas a la apelante perdedora, conforme a lo dispuesto por los Arts. 192 y 203 inc. "a" del C.P.C. ES MI VOTO. CONSTE.

OPINIÓN EN DISIDENCIA DEL MAGISTRADO RAÚL GÓMEZ FRUTOS: Disiento con el voto del colega preopinante, ya que creo que el fallo apelado debe revocarse por no estar ajustado a derecho, basado en las siguientes razones.

De las constancias de autos, se observa que los sucesores de Juan César Meza Medina se presentan a entablar redargución de falsedad y nulidad de la escritura pública N° 44 de fecha 20 del mes de mayo de 2004 (fs. 15/18) pasada por ante la escribana Alicia Ruiz de Aguayo, expresando como punto fáctico central que el Sr. Juan César Meza Medina (causante) no estuvo presente al momento del acto de transferencia realizada a favor de la Sra. María Luisa Meza Medina sobre el inmueble cuestionado e individualizado como Finca N° 11.104 del Distrito de Santísima Trinidad, es decir, sostienen que el Sr. Juan César Meza Medina no compareció al acto ni suscribió dicha escritura de transferencia, peticionando la nulidad de la misma.

Que, de la forma en que fue trabada la litis y la plataforma fáctica sobre la cual descansa la pretensión de la parte actora, se debe tener en cuenta dos hechos puntuales a saber: 1) De la escritura pública N° 44 (fs. 15/18) se colige que en la misma se realizó dos actos jurídicos: LA CANCELACIÓN DE UNA HIPOTECA y UNA TRANSFERENCIA DE INMUEBLE. Por el primer acto, el Sr. Juan César Meza Medina abona la totalidad de la deuda contraída con el Sr. Juan José Manevy Osnaghi y éste último, por este acto de liberalidad, declara cancelada la deuda hipotecaria y solicita se tome nota de razón; y seguidamente, se produce el segundo acto (cuestionado por la parte actora) en donde el Sr. Juan César Meza Medina vende y transfiere a favor de la señora María Luisa Meza de Recalde, un inmueble de su propiedad, individualizado como Finca N° 11.104 del Distrito de Stma. Trinidad, dando fe la escribana pública actuante de la voluntad declarada por los participantes de los dos actos jurídicos señalados

precedentemente; 2) Que, los sucesores del Sr. Juan César Meza Medina pretenden la nulidad de la transferencia del inmueble individualizado más arriba, realizada por el causante, en vida, a favor de una de sus hermanas, la Sra. María Luisa Meza Medina, pero, no OBJETAN LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA otorgada por el señor Juan José Manevy Osnaghi en la misma Escritura Pública N° 44, cuya nulidad, se reitera, pretende la parte actora.

Ahora bien, se debe hacer la siguiente disquisición: si la parte actora solicita la nulidad de la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo de 2004, en lo que respecta a la transferencia de inmueble, arguyéndolo de falsedad ideológica y al mismo tiempo no objeta en absoluto la cancelación y levantamiento de hipoteca que pesaba sobre la res litis (ambos actos jurídicos realizados en la misma escritura pública de referencia) se constata un contrasentido en la petición de la actora. Por un lado, se reconoce en forma tacita la veracidad del instrumento público (atacado de nulidad), y por otro lado, se lo redarguye de falso y se peticiona la nulidad de la transferencia de inmueble.

La A-quo resolvió favorablemente la pretensión de la actora, en el fallo recurrido, declarando la nulidad de la escritura pública en estudio y, por ende, la nulidad de la transferencia del inmueble a favor de la codemandada María Luisa Meza Medina, sin embargo, no hizo mención alguna sobre la cancelación de hipoteca, que, como se dijo más arriba, fue el primer acto jurídico realizado en el instrumento público de referencia y reconocido tácitamente por la parte actora. Se debe hacer la siguiente pregunta: si la A-quo resolvió anular la transferencia de inmueble (segundo acto jurídico), ¿qué pasará con la cancelación de hipoteca y su levantamiento? En este sentido, el señor Juan José Manevy Osnaghi, quien fuera el acreedor hipotecario de Juan César Meza Medina, si bien fue testigo en esta causa, no fue parte activa ya que el mismo debió integrar la litis por ser uno de los sujetos principales en la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo de 2004, empero, al declarar como testigo (fs. 93) reconoció expresamente que realizó un préstamo hipotecario que firmó la celebración de la hipoteca y su levantamiento ante la escribana Alicia Ruiz de Aguayo. CON ESTA AFIRMACIÓN, LO QUE ESTAMAGISTRATURA PRETENDE RESPONDER ES QUE, SI EL ACTO DE LEVANTAMIENTO DE HIPOTECA, PARA LA PARTE ACTORA, FUE REALIZADO CONFORME A DERECHO POR NO HABERLO CUESTIONADO, LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLE REALIZADA EN EL MISMO ACTO Y PLASMADA EN LA MISMA ESCRITURA PUBLICA, TAMBIÉN ES VÁLIDA.

Es sabido que, para la validez de los instrumentos públicos, se debe dar cumplimiento a las formalidades legales. Siendo la fe que inspira el acto una emanación directa e inmediata de las formalidades prescriptas que deben ser observadas al tiempo de la celebración del acto jurídico, su inobservancia traería como consecuencia la invalidez del acto. En este caso puntual, para este magistrado no existe falsedad ideológica en la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo de 2004 (fs. 15/18) ya que, de la actividad probatoria producida en autos, no se pudo demostrar clara y precisamente que el Sr. Juan César Meza Medina no haya suscripto el documento citado y el protocolo registral. Si bien, no existen dudas que el Sr. Juan César Meza Medina, al momento de la realización del acto que se ataca de nulo se encontraba privado de su libertad en la Penitenciaría de Tacumbú, el hecho de que no se dejará constancia en la escritura pública de referencia dicha circunstancia, no es óbice para pretender su anulación (*“...La falta en el oficial público (Escribanos y Notarios Públicos) de las cualidades o condiciones necesarias para el desempeño del cargo, o cualquier irregularidad en su nombramiento o recepción del empleo, NO AFECTARÁ LA EFICACIA DEL ACTO”*, página 229 del Libro “Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos”, 6ª Edición, Bonifacio Ríos Ávalos).

Por otro lado, consta en autos (fs. 23/25) otra escritura pública, realizada por la misma escribana pública demandada en autos, por la cual el señor Juan César Meza Medina otorga un poder amplio de administración a favor de la Sra. María Luisa Meza Medina, constándose que la escribana Alicia Ruiz de Aguayo se constituyó en la Penitenciaría Nacional a realizar dicho acto, por lo tanto, se deduce que la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo de 2004 (fs. 15/18) fue firmado por el Sr. Juan Meza en su lugar de reclusión, hecho afirmado por la propia hermana al contestar la demanda.

En suma, para este magistrado, ante la contradicción de la parte actora en anular un instrumento público, en el cual se realizaron dos actos jurídicos, consintiendo la primera (cancelación de hipoteca) y redarguyendo de falso la segunda y solicitando su nulidad (transferencia); y que en autos no se demostró claramente que el señor Juan César Meza Medina no haya firmado la Escritura Pública N° 44 de fecha 20 de mayo de 2004 (fs. 15/18) y motivado por el pleno convencimiento que debemos dejar de lado los formalismos y buscar la verdad objetiva, **VOTO POR LA REVOCATORIA DE LA SENTENCIA APELADA EN TODAS SUS PARTES, IMPONIENDO LAS COSTAS DE AMBAS INSTAN-**

JURISPRUDENCIA

CIAS A LA PARTE ACTORA, de conformidad a lo normado en los arts. 192, 203 y demás concordantes del C.P.C. Es mi voto. Conste.

Asu turno, el magistrado BASILICIO GARCÍA AYALA manifiesta adherirse al voto del colega Gómez Frutos por compartir los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

SENTENCIA N° 78.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por la apelante.

REVOCAR en todas sus partes la S.D. N° 872 de fecha 16 de noviembre de 2011, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, por los fundamentos expuestos en el exordio de este fallo.

IMPONER las costas de ambas instancias a la parte actora perdidosa.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Mónica R. Reguera Rolón, Actuaría.

