

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Raúl Torres Kirmser
Ministro

Año 2014 – Número 4



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° 4

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 (I.I.J.)**

DR. RAÚL TORRES KIRMSEY, MINISTRO ENCARGADO.
ABG. CARMEN MONTAÑA, DIRECTORA DILP.

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

ABG. PABLO COSTANTINI

EQUIPO DE ELABORACIÓN-(I.I.J.)

ABG. PABLO COSTANTINI, COORDINADOR
ABG. ROCÍO FLEITAS, INVESTIGADORA
ABG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA
ABG. PATRICIA VALENTINA VERÓN MONTIEL, INVESTIGADORA
PAULA MÉNDEZ, ASISTENTE
CHRISTIAN FORTE, AUXILIAR

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: 978-99967-37-64-0

CONTENIDO

1. INDICES	
– Índice Temático	11
– Índice por Tribunales	15
2. DOCTRINA	
Sociedad de un solo socio, <i>por Juan Bautista Fiorio Giménez ...</i>	19
3. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
SOCIEDAD ANÓNIMA. Obligación de emitir acciones. Plazo de prescripción. 29/05/14. (A.I. N° 1132)	31
IMPUESTO A LA RENTA. Actividades Agropecuarias. Renta Empresarial. IMAGRO. IRACIS. Enajenación de bienes. IMPUESTO A LA RENTA. Forma de Liquidación. CSJ. Sala Constitucional. 28/05/12 (Ac. y Sent. N° 380)	39
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad. CSJ. Sala Constitucional. 8/06/12 (Ac. y Sent. N° 486)	49
SOCIEDAD. PRUEBA. Carga de la prueba. SOCIEDAD ANÓNIMA. Acciones de sociedad anónima. CSJ. Sala Civil. 27/12/02 (Ac. y Sent. 1579)	55
PERSONAS. Personas Jurídicas. Firma social. LEY. SOCIEDAD. Administración de la Sociedad. CSJ. Sala Civil. 20/07/05 (Ac. y Sent. 575)	61
SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios. Facultad de los Directores. Acción societaria. MANDATO. CSJ. Sala Civil. 16/02/07 (Ac. y Sent. N° 23)	74
ANALOGÍA. DAÑOS Y PEJUICIOS. Daño Moral. Pérdida de chance. DAÑOS Y PEJUICIOS. INTERESES. Intereses moratorios. PER-	

CONTENIDO

SONAS JURÍDICAS. SOCIEDAD ANÓNIMA. CSJ. Sala Civil. 11/06/07 (Ac. y Sent. N°447)	82
SENTENCIA. RECURSO DE NULIDAD. SOCIEDAD. PRUEBA. Prueba de peritos. SOCIEDAD. PRUEBA. Prueba superflua. SOCIEDAD. Bienes. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DOCUMENTO NOAUTÉNTICO. PRUEBA. Prueba pericial. SOCIEDAD. Cuotas Sociales. CONTRATO. Compraventa. PRUEBA. Validez de la prueba. FIRMA. DOCUMENTO. Producción de documentos no auténticos. PRUEBA. CSJ. Sala Civil. 10/11/08. (Ac. y Sent. N° 1.017)	90
SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria. SOCIEDAD. Nulidad de la asamblea. SOCIEDAD ANONIMA. Asamblea de accionistas. Derechos y obligaciones de los socios. Acciones de la sociedad anónima. Asamblea de accionistas. Asamblea de accionistas. COSTAS. Costas en el orden causado. SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. CSJ, Sala Civil y Comercial. 15/06/11 (Ac. y Sent. N° 374)	110
DAÑOS Y PERJUICIOS. COSTAS. En el orden causado. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Accion social. Acreedores. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. CSJ. Sala Civil. 19/08/11. (Ac. y Sent. N° 616)	140
CONTRATO. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad. CONTRATO. PRUEBA. Prueba pericial. CONTRATO. Objeto de contrato. CSJ. Sala Civil. 21/03/13. (Ac. y Sent. N° 82)	153
TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL	
SOCIEDAD ANÓNIMA. Transmisión de Acciones de la Sociedad Anónima. Liquidación de la Sociedad Anónima. Transferencia de Acciones. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 16/08/11 (Ac. y Sent. N° 53)	187
SOCIEDAD ANÓNIMA. Legitimación Pasiva. Presentación y Depósito de Acciones. TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 28/04/14 (Ac. y Sent. N° 28)	197

CONTENIDO

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de Accionistas. Gestión Administrativa. Impugnación de la Asamblea. Síndico de la Sociedad Anónima. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 27/11/09 (Ac. y Sent. N° 120)	216
SOCIEDAD SIMPLE. Constitución. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 31/03/14 (A.I. N° 131)	224
ACCIÓN DE AMPARO. SOCIEDADES. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 29/05/00 (Ac.y Sent. N° 77)	229
SOCIEDADES. Representación y administración. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 27/05/09. (Ac. y Sent. N° 47)	234
SOCIEDAD. Representación y administración de la sociedad. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 11/10/10 (Ac. y Sent. N° 110)	242
SOCIEDAD. Transmisión de acciones. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 10/11/10. (Ac.y Sent. N° 125)	246
EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. EXCEPCIÓN DE NULIDAD. LITIGANTE DE MALA FE. PRINCIPIO DE BUENA FE. SOCIEDAD. Acto ilícito. Mala fe. SENTENCIA. Efectos de la sentencia. SOCIEDAD. Transformación de la sociedad. Obligaciones. Responsabilidad. Cambio de forma jurídica. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 15/03/13 (Ac.y Sent. N° 20)	253
SOCIEDADES. Confirmación de acto anulable. Lesión. Procedencia. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 14/06/13 (Ac. y Sent. N° 58).....	262
LEGITIMACIÓN ACTIVA. MANDATO EXPRESO O TÁCITO. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 06/09/13 (Ac. y Sent. N° 95)	294
SOCIEDAD. Administración y representación de la sociedad. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización por daños y perjuicios. Daño moral. Sociedades. SOCIEDAD. Administración y representación de la sociedad. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala 08/06/11 “Superfarm S.A.E.C.A. C/ Gladys Luján Ortellado de Rojas y Otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 66)	314
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. TApel. Civ y Com. Quinta Sala. 19/08/11. (Ac. y Sent. N° 113)	322
CONSORCIO. Legitimación procesal. PERSONA. Persona Jurídica. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 27/06/13 (Ac y Sent. N° 14)	328

CONTENIDO

TRIBUNAL DE CUENTAS.

RENDA DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS (IRACIS). Hecho Imponible. Doble imposición. Trib. Ctas. Primera Sala. 23/12/13. (Ac. y Sent. 210)	337
--	-----

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO

RESPONSABILIDAD. Responsabilidad Solidaria. TApel. Lab. 11/12/12. (Ac. y Sent. N° 134)	365
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad. TApel.Lab. 17/12/13. (Ac. y Sent. N° 137)	372

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN DE AMPARO, 229
- CONSORCIO, 328
 - Legitimación procesal, 328
- CONTRATO, 153, 154
 - Autonomía de la Voluntad, 153, 154
 - Interpretación del contrato, 153, 154
 - Objeto de contrato, 154
- COSTAS, 114, 142
 - Costas en el orden causado, 114, 142
- DAÑOS Y PEJUICIOS, 82, 83, 141, 314
 - Daño moral, 82, 83, 314
 - Pérdida de chance, 83
 - Indemnización por daños y perjuicios, 314
- DOCUMENTO, 91
 - Producción de documentos no auténticos, 91
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, 254
- EXCEPCIÓN DE NULIDAD, 254
- IMPUESTO A LA RENTA, 39, 40
 - Actividades agropecuarias, 39
 - Enajenación de bienes, 39
 - IMAGRO-IRACIS, 39
 - Forma de Liquidación, 40
 - Renta Empresarial, 39
- INTERESES, 83
 - Intereses moratorios, 83
- LEGITIMACIÓN ACTIVA, 294

ÍNDICE TEMÁTICO

- LEGITIMACIÓN PROCESAL, 91, 140, 141, 142
 - Acción social, 91, 141
 - Legitimación activa, 91, 140, 141, 142
- LESIÓN, 262
 - Procedencia, 262
- LEY, 61, 62
- LITIGANTE DE MALA FE, 255
- MANDATO, 295
 - Expreso o Tácito, 295
 - Procedencia, 295
- PERSONA, 61, 62, 83, 328
 - Persona Jurídica, 61, 62, 82, 83, 328
 - Firma social, 61, 62
- PRINCIPIO DE BUENA FE, 253
- PRUEBA, 55, 91, 154
 - Carga de la prueba, 55
 - Prueba superflua, 91
 - Prueba de peritos, 91
 - Prueba pericial, 91, 154
- RECURSO DE NULIDAD, 91
- RENTA DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS (IRACIS), 337
 - Hecho Imponible, 337
 - Doble imposición, 337
- RESPONSABILIDAD, 365
 - Responsabilidad solidaria, 365
- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, 49, 372, 373
 - Exoneración de la Responsabilidad, 49, 372, 373
- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, 142, 142
- SENTENCIA, 91, 254
 - Efectos de la sentencia, 254
- SOCIEDAD, 55, 61, 62, 74, 91, 110, 111, 112, 113, 115, 140, 141, 142, 229, 234, 243, 246, 253, 255, 262, 314
 - Acción societaria, 74
 - Acto ilícito, 253

ÍNDICE TEMÁTICO

- Administración y representación de la sociedad, 61, 62, 140, 141, 142, 234, 243, 314
 - Asamblea de accionistas, 112, 115, 140, 141, 142
 - Bienes, 91
 - Cambio de forma jurídica, 254
 - Confirmación expresa de acto anulable, 262
 - Confirmación tácita, 262
 - Cuotas Sociales, 74
 - Derechos y obligaciones de los socios, 74
 - Facultad de los Directores, 74
 - Mala fe, 253
 - Nulidad de la asamblea, 113
 - Obligaciones, 253, 255
 - Publicidad asamblea ordinaria, 110, 111, 112, 113
 - Responsabilidad personal del Administrador, 140, 141, 142
 - Responsabilidad, 253
 - Transformación de la sociedad, 253, 254
 - Transmisión de acciones, 246
- SOCIEDAD ANÓNIMA, 31, 55, 83, 110, 111, 112, 113, 114, 187, 188, 198, 216, 217
 - Acciones de sociedad anónima, 55, 113, 188
 - Asamblea de accionistas, 110, 113, 114, 216
 - Derechos y obligaciones de los socios, 110, 111, 112
 - Gestión Administrativa, 217
 - Impugnación de la Asamblea, 217
 - Legitimación Pasiva, 198
 - Liquidación de la Sociedad Anónima, 187
 - Obligación de emitir acciones, 31
 - Plazo de prescripción, 31
 - Presentación y Depósito de Acciones, 198
 - Síndico de la Sociedad Anónima, 198
 - Transferencia de Acciones, 187
 - Transmisión de Acciones de la Sociedad Anónima, 187
- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, 322, 323
 - Cesión de cuotas en la SRL, 322, 323
- SOCIEDAD SIMPLE, 225
 - Constitución, 225

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

- 28/05/12. CSJ. Sala Constitucional. “Acción de Inconstitucionalidad: Contra Arts. 5 y 6 Del Decreto N° 4.305/04; ART. 2 DEL DECRETO N° 21.295/03; ART. 3 De la Resolución N° 973/96 y ARTS. 3 y 13 de la Resolución N° 449/05” (Ac. y Sent. N° 380) 39
- 8/06/12. CSJ. Sala Constitucional. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Patricia Carolina Cañete Warshawsky y Cristina Mariel Zárate Solís c/ Embresa Wireless S.A. y Luz Marina Benítez s/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 486) 49

Sala Civil

- 27/12/02. CSJ. Sala Civil. “Herib Raúl González Ruiz c/Forestal Mbutuy S.A. Industrial, Comercial, Ganadera y otros s/Indemnización de Daños y Perjuicios y otros” (Ac. y Sent. 1579) 55
- 20/07/05. CSJ. Sala Civil. Arsenio Adorno Querey c/ ACE S.A.C. s/ Cumplimiento de Contrato y Otro” (Ac. y Sent. 575) 61
- 16/02/07. CSJ. Sala Civil. “Juan Martínez Sanabria c/ Celso Ramón Servín Pérez s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 23) 74
- 11/06/07. CSJ. Sala Civil. “Ganadera Riera S.A. y Enrique Manuel Riera Figueredo c/ Banco del Paraná S.A. s/ Indemnización de Daño Moral” (Ac. y Sent. N°447) 82
- 15/06/11. CSJ, Sala Civil y Comercial. “Luis Alberto Zarza Figueredo c/ Lord Leather S.A. y otros s/ Nulidad de Asambleas y Remoción de Administradores” (Ac. y Sent. N° 374) 110

ÍNDICE POR TRIBUNALES

10/11/08. CSJ. Sala Civil. “Clovis Silvano Preto c/ Antonio Hilario Baggio s/ Rendición de Cuentas y Disolución y Liquidación de la Sociedad Comercial” (Ac. y Sent. N° 1.017).	90
19/08/11. CSJ. Sala Civil. “José Aloisio Bamberg Krein c/ Dieter Eissler s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Daño Moral” (Ac. y Sent. N° 616)	140
21/03/13. CSJ. Sala Civil. “Reconstitución del Expdte. Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. N° 82)	153
29/05/14. CSJ. Sala Civil. “Abelardo Benito Zacarías Pereira C/ Grandes Librerías El Colegio S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios Por Responsabilidad Extracontractual” (A.I. N° 1132)	31

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

16/08/11. TApeL. Civ. y Com. Primera Sala. “Mario Eugenio Schussmuller Nery c/ Marcio Schussmuller Nery s/ Disolución de la Sociedad Comercial”. Ac.ySent. N° 53)	187
28/04/14. TApeL. Civ. y Com. Primera Sala. “Alejandro Miller c/ Cervecería Internacional S.A. y otros s/ Cumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. N° 28)	197

Segunda Sala

27/11/09. TApeL. Civ. y Com. Segunda Sala. “Gertraud Gotze Vda. de Nill c/ Nill Muebles S.A. s/ Demanda Ordinaria de Nulidad de Asambleas”. (Ac. y Sent. N° 120)	216
--	-----

Tercera Sala

31/03/14. TApeL. Civ. y Com. Tercera Sala “BBVA S.A. C/ Consorcio Diferencial Tape S/ Acción Ejecutiva” (A.I. N° 131)	224
29/05/00. TApeL. Civ. y Com. Tercera Sala. “Viradolce S.A. y Nicoce S.A. c/ Giuseppe Bivona, Síndico de las Firmas Viradolce S.A. y Nicoce S.A. s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 77)	229
27/05/09. TApeL. Civ. y Com. Tercera Sala. “José Aloisio Bamberg Krein c/ Dieter Eissler s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 47)	234

ÍNDICE POR TRIBUNALES

11/10/10. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala “Beatriz María De Los Angeles Careaga Vazquez c/ El Sol de Oro S.A. Industrial y Comercial y Otros s/ Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 110)	243
10/11/10. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Julián Doncel Velázquez c/ Teófilo Morales Cocuesta y Otros s/ Oblig. Hacer Escritura Pública” (Ac.y Sent. N° 125)	246
15/03/13. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala “José Carlos Quinto Rojas Martínez c/ Empresa de transporte Cnel. Panchito López S.A., línea 29 s/ indem. de daños y perjuicios (Ac. y Sent. N° 20)	253
14/06/13. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala “Richard Andrés Van Humbeeck Romei c/ Agroganadera Gralecar S.A. Y OTRO s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 58)	262
06/09/13. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Abraham Zapag c/ Club Nacional de Regatas El Mbiguá y Municipalidad de Asunción s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 95)	294
Cuarta Sala	
08/06/11. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala “Superfarm S.A.E.C.A. c/ Gladys Luján Ortellado de Rojas y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac.y Sent. N° 66)	314
Quinta Sala	
19/08/11. TApel. Civ y Com. Quinta Sala. “Niels Francois Marais y Otros c/ Electrotel S.R.L. y Otros s/ Resolución de Contrato” (Ac. y Sent. N° 113)	322
Sexta Sala	
27/06/13. TApel. Civ. y Com. “Hidro Puertos S.R.L. c/ Consorcio Diferencial Tappe s/ Acción Ejecutiva. (Ac y Sent. N° 14).....	328
TRIBUNAL DE CUENTAS	
Primera Sala.	
23/12/13. Trib. Ctas. Primera Sala. “Tape Porã S.A.E. y Otras c/ Resoluciones del 20 de diciembre de 2001 y Res. Fictas Dictadas por a Subsecretaría de Estado de Tributacion” (Ac. y Sent. 210)	337

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO

Segunda Sala

11/12/12. TApel.Lab. “Pastor Daniel Arévalos C/ Laboratorio De Alta Estetica Dental S.R.L. S/ Reintegro y Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 134)	365
17/12/13. TApel.Lab. “Francisco J. Mendieta c/ Casa Guaraní S.R.L. y otros s/ Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 137)	372

Doctrina

SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO

Juan Bautista Fiorio Giménez*

Sumario

En este trabajo se tratarán de fundamentar los motivos por los cuales no serían válidas las sociedades anónimas que se constituyen bajo una supuesta pluralidad de socios, pero que, sin embargo, en la práctica, uno de los socios concentra y controla el 99% de las acciones de la sociedad y el otro socio apenas el 1%. Esta es la realidad de numerosas sociedades anónimas que funcionan en nuestro país, las cuales no cumplen con la definición de sociedad dada por el artículo 959 del Código Civil, desde el momento en que uno de los socios (el aparente) no tiene intención alguna de “realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”¹.

* Juan Bautista Fiorio Giménez: Nacido en Asunción, Paraguay, el 10 de agosto de 1953. Educación: Secundaria: Colegio Cristo Rey (1970), Universitaria: Universidad Católica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomática (Título de Abogado año 1977 – Título de Notario año 1980 (Mejor Graduado de la Clase). Becado para el curso de 1985 del American and Comparative Law Center, The South Western Legal Foundation. Miembro: Colegio de Abogados del Paraguay, Internacional Bar Association e Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Desde el año 1981, socio propietario del Estudio Jurídico “Fiorio, Cardozo & Alvarado – Abogados”.

1. *Código Civil Paraguayo, Ley 1183/86 vigente desde el 1º de enero de 1987*, Libro Tercero, Título II, Capítulo XI “De la Sociedad”, Sección I “Disposiciones Generales”, Parágrafo I, Artículo 959.

Realidad de nuestro Código Civil. Pluralidad de Socios

Nuestro Código Civil, en estos casi treinta años de vigencia, ha probado ser una herramienta muy útil para los abogados que nos dedicamos a la práctica del derecho. Constituye uno de sus logros más significativos el hecho de haber unificado en una sola ley materias del derecho civil y del derecho comercial. No obstante esto, como toda obra humana, es perfectible y existen en algunas de sus partes normas de difícil o imposible cumplimiento, como se da el caso cuando legisla sobre las sociedades anónimas. Como ejemplo citamos el artículo 1087 que expresa: “Los directores y los gerentes no pueden votar sobre la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”. ¿Qué pasa en aquellos casos en que existen sólo dos accionistas y ambos son directores de la sociedad? Inevitablemente sólo ellos podrán votar sobre la aprobación del balance y demás cuentas, ya que de otra forma los negocios sociales no podrán ser llevados adelante. Se produce, en consecuencia, una tensión entre la norma y la realidad imperante. En este caso específico, tal norma deja de ser eficaz desde el momento en que no puede ser cumplida por sus destinatarios. No obstante esto, la materia de nuestro trabajo no será el artículo citado, el cual sólo lo citamos a manera de ejemplo. Lo que deseamos analizar en estas líneas, es el hecho de que el requisito de la² pluralidad de socios en la práctica, se ve frecuentemente inobservado y soslayado al momento del nacimiento de las sociedades anónimas. Como consecuencia de esto, en nuestro ejercicio de la profesión de abogado, observamos que muchas veces detrás de una sociedad anónima existe un sola persona, la cual recurre a un prestanombre, a quien se le otorga una pequeñísima porción de acciones, para dar la apariencia de la pluralidad de socios, exigida por el artículo de nuestro Código Civil, antes citado.

Tal como expresa el autor Emilio F. Moro³: “El tema divide como pocos a la doctrina autoral y judicial. Ello, lejos de ser casualidad, es a todas luces razona-

2. *Código Civil Paraguayo, Ley 1183/86 vigente desde el 1º de enero de 1987*, Libro Tercero, Título II, Capítulo XI “De la Sociedad”, Sección I “Disposiciones Generales”, Parágrafo I, Artículo 959.

3. Emilio F. Moro. *La Sociedad de Capital Unipersonal*. Editorial Ad-Hoc, Edición Noviembre 2006, página 38.

ble. La complejidad del t3pico y la incontrovertible relevancia pr3ctica del asunto no pueden llevar a otra situaci3n”.

Volviendo al an3lisis del citado art3culo 959 del C.C., el mismo presupone que para que exista contrato de sociedad se necesitan “dos o m3s personas”, a fin de que las mismas realicen “aportes para producir bienes o servicios... participando de los beneficios y soportando las p3rdidas”. Esta definici3n de sociedad brindada por nuestro C3digo Civil, coincide con una amplia doctrina, que indica que la sociedad tiene como base un contrato y, por ende, para la formaci3n del contrato se necesita el ejercicio de dos voluntades como m3nimo. As3 leemos que Pothier dec3a⁴: “que la sociedad es un contrato mediante el cual dos o m3s personas ponen en com3n bienes para obtener ganancias, oblig3ndose a rendir cuenta de sus negocios”.

En coincidencia con esto, el art3culo 673 del C3digo Civil, expresa que:⁵ “Son requisitos esenciales del contrato: a) el consentimiento o acuerdo de las partes...”. En consecuencia para constituir una sociedad an3nima, debe haber como m3nimo dos personas que tengan la voluntad de organizarse bajo esta forma societaria y presten su consentimiento a tal efecto. De esta forma se mantiene satisfecho el elemento espec3fico de la pluralidad de socios. Al respecto, no se respeta dicha pluralidad, cuando el capital social se encuentra en manos de un socio que tiene en su poder el 99% del capital social, entreg3ndole la porci3n insignificante que faltar3a para llegar al 100% a un socio aparente o prestanombre.

Observamos en Halper3n, Isaac⁶: “...Que las sociedades comerciales en general y las sociedades an3nimas en particular constituyen instrumento de concentraci3n y acumulaci3n de capitales para el desarrollo de una actividad econ3mica”. De este modo, en aquellas sociedades en las cuales uno s3lo de los socios acumula todo el poder de decisi3n, aporta el 99% del capital, monopoliza

4. Ana Isabel Piaggi De Vanossi. *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal*. Editorial Depalma. Edici3n Agosto 1997, P3gina 13.

5. *C3digo Civil Paraguayo, Ley 1183/86 vigente desde el 1º de enero de 1987*, Libro Tercero, T3tulo I “De los Contratos en General”, Cap3tulo I “De las Disposiciones Comunes”, Art3culo 673.

6. Isaac Halper3n. *Curso de Derecho Comercial*. Editorial Depalma. Vol. 1, Parte general, a3o 1982. P3gina 99.

el gobierno y el poder de la sociedad en todos los sentidos, tanto en reuniones de directorio, como en las asambleas, sociedades en las que en resumen existe un solo socio real y el o los demás son socios aparentes, no existiría sociedad en puridad de verdad, ya que la concurrencia de dos o más personas⁷ “sólo se observa en el plano externo-formal, pero no en el interno-sustancial”

Sigue explicando el referido autor⁸: “La pluralidad de socios no es cuestión librada al campo de la autonomía de la voluntad. El recaudo de la pluralidad de socios se enanca en la órbita del llamado “orden público societario”, esto es, en aquel segmento de normas que –abordando la regulación de la materia societaria– no resultan disponibles para las partes. Respecto de este requerimiento se afirma, a todo evento, su carácter de requisito sustancial –y no meramente formal– con cita de calificada doctrina que se ha pronunciado en ese sentido y sobre el fundamento de una correcta lectura del art. 37 (L.S.C.) que, al obligar a la realización de aportes a los socios, necesariamente está presuponiendo la pluralidad sustantiva”.

La sociedad concebida en estos términos, 99% de acciones en poder de un solo socio y 1% o incluso menor porcentaje, en manos de un socio aparente, no ha sido constituida a los fines de concentrar capitales para una determinada explotación empresarial. La verdadera sociedad comercial estaría legítimamente constituida cuando exista un verdadero aporte de capitales y los socios estén dispuestos a correr los riesgos propios de la inversión. Al decir de Ripert George, en “Tratado Elemental de Derecho Comercial”⁹, “Las empresas industriales y comerciales exigen con frecuencia capitales que no pueden ser suministrados por una sola persona. Los comerciantes se asocian para reunirlos o bien buscan a quienes habitualmente colocan fondos con destino determinado y están dispuestos a correr los riesgos de la empresa”.

7. Emilio F. Moro. *La Sociedad de Capital Unipersonal*. Editorial Ad-Hoc. Edición Noviembre 2006, Página 40.

8. Emilio F. Moro. *La Sociedad de Capital Unipersonal*. Editorial Ad-Hoc. Edición Noviembre 2006, Página 44.

9. Ripert George. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Editorial Tez. Tomo 2 – Sociedades. Año 1954. Página 1.

Doctrina y Jurisprudencia argentina

En la doctrina argentina, país éste del que tradicionalmente Paraguay se ha nutrido en materia jurídica, está claro que la pluralidad de personas es requisito esencial para la constitución de una sociedad anónima. Así leemos¹⁰: “... Tal concepción del contrato de sociedad se mantiene vigente a la fecha en nuestro ordenamiento positivo, en tanto la ley consagra la pluralidad de socios como requisito esencial y específico del contrato de sociedad comercial. Al respecto, es oportuno recordar, conforme autorizada doctrina nacional, que la exigencia de pluralidad de personas como requisito para la existencia de una sociedad comercial no puede tener una función puramente formal, pues el consentimiento de un socio solo debe considerarse jurídicamente relevante para la formación del contrato social en la medida en que tenga un contenido económico suficiente como para implicar una voluntad verdadera de realizar aportes y correr los riesgos de beneficios y utilidades que implica la figura de la sociedad”

También la jurisprudencia de dicho país confirma las conclusiones que anteceden, fundamentando que¹¹: “Las sociedades anónimas no han sido creadas por el legislador como instrumentos para limitar la responsabilidad de sus integrantes ni para quebrar los principios generales de la universalidad del patrimonio de las personas físicas, sino como contratos idóneos para la concentración de capitales a los efectos de emprender negocios de gran envergadura”

Citamos igualmente el fallo emanado del caso:¹² “Macoa Sociedad Anónima y otras”, el cual constituye un precedente de similares características a lo que estamos analizando, en donde se resolvió que la inexistencia de elementos esenciales del negocio societario lo vicia desde el momento mismo del acto de su constitución, pues la sociedad se presenta, en su faz contractual, a través de una mera apariencia lograda por la literal observancia de las reglas fijadas en el

-
10. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Societario*. Parte General. Tomo 1. Página 181.
 11. C. 1ra. Civ. Com.; 11/3/1999, “Sar Sar Chia Salvador y Walter Sar Sar Chia c/ Angel Falange sobre ejecución de honorarios”, publicado en la “Revista de las Sociedades y Concursos” N 18, Setiembre – Octubre de 2002, Edit. Ad Hoc, Pag. 250 y ss”.
 12. “Macoa Sociedad Anónima y otras” C. Nac. Com, Sala C, Mayo 21 de 1979, publicado en LL. 1979-C-284 y ss.

ordenamiento al efecto. Se dijo en el caso citado que:¹³ “Quienes han concurrido a constituir la sociedad anónima en estos casos no han querido formar una sociedad entre sí ni tampoco con otras personas determinadas o a determinarse. No han tenido voluntad de asociarse y menos aún una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, es decir, carecen de “affectio societatis”, que es, en opinión aun frecuente en nuestra doctrina, un elemento específico del contrato de sociedad”.

En este fallo la Inspección General de Justicia, le denegó a Coca Cola FEMSA S.A. la inscripción en el Registro Público de Comercio de la reducción de la reserva especial constituida con la prima de emisión de acciones. Tal denegatoria se fundamentó en el hecho de que Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. contaba con dos socios. Uno de los socios, era la sociedad extranjera denominada “Administración y Asesoría Integral S.A. de Capital Variable”, que detentaba el 99,98% de las acciones, siendo el otro accionista una persona física que detentaba el 0,02% de las acciones, estableciéndose en dicho fallo, que de esta forma no se mantiene satisfecha de manera sustancial el elemento específico de la pluralidad de socios, el cual no se respeta, cuando al capital social se encuentra en manos de un socio que tiene en su poder mas del 99% del capital social”.

En el mismo fallo se concluyó entonces, que la referida sociedad Coca Cola FEMSA de Bs. Aires S.A. es una de las llamadas ¹⁴“sociedades de cómodo”, las cuales, como las definió Halperín, consisten en la utilización de la sociedad para limitar la responsabilidad del empresario individual, finalidad que ha sido descartada por el legislador societario, que ha requerido, con rango de exigencia legal, la subsistencia de la pluralidad de socios reales durante la vida de la sociedad.

Seguimos leyendo en el citado fallo, lo siguiente:¹⁵ “No es sobreabundante recordar al respecto que es posición mayoritaria de nuestra doctrina que las

13. Material extractado del fallo recaído en el Tribunal de la Inspección General de Justicia de la Rca. Argentina en fecha 15/12/2003, en el cual fue parte Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A.

14. Isaac Halperín. *Curso de Derecho Comercial*. Editorial Depalma. Vol. 1, Parte general, Año 1982. Página 209.

15. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Societario*. Parte General. Tomo 1. Página 183. Material extraído del fallo recaído en el Tribunal de la Inspección General de Justicia de la Rca. Argentina en fecha 15/12/2003, en el cual fue parte Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A.

denominadas “sociedades de cómodo” se encuentran excluidas de nuestro derecho, entendidas éstas, como el recurso utilizado por aquellos empresarios individuales que solo aparentemente actúan como entes societarios, sea por la vía de la simulación de la pluralidad o por el denominado negocio indirecto”

Simulación

Así para muchos autores, la sociedad concebida en dichos términos sería pasible de una acción de simulación. Otaegui, al hablar de este tópico (Consocios Simulados) señala lo siguiente:¹⁶ “Sobre el punto, Salvat enseña que: “Los tratadistas de derecho civil, conviene observarlo, establecen en términos generales que la simulación es por sí misma una causa de nulidad. Esta doctrina, consagrada al tratar de la falsa causa de las obligaciones, debe ser interpretada en sentido de que la simulación no es por sí misma una causa de nulidad del acto serio, salvo, como lo agregan todos los autores, cuando este acto encierra la violación de la ley o perjuicio a tercero”

Explica el referido autor, que:¹⁷ “Por tanto, sería nula la constitución simulada de una sociedad con fingimiento de pluralidad de consocios para perjudicar a tercero; de ello podrán encontrarse variados ejemplos en casos de derecho de familia, cuando se recurre a la sociedad de cómodo para frustrar los derechos del cónyuge sobre los bienes de la llamada sociedad conyugal. No obstante lo expuesto, debemos recordar que se ha sostenido con autoridad que en el constitución de una persona jurídica no cabe el vicio de simulación, porque la adquisición de la personalidad jurídica está subordinada a condiciones formales que importan una forma genérica y abstracta de reconocimiento por el Estado, y esta actividad integrante de la autoridad excluye la posibilidad de la simulación

Sin embargo el citado autor, remata el tema, diciendo:¹⁸ “Debemos señalar entonces que en el estado actual de nuestra doctrina preponderante y de nuestra jurisprudencia, la simulación en la constitución de una sociedad, medie o no

16. Salvat, R.M. Parte General, 1955, Página 665. Citado en el libro de Otaegui. *Invalidez de Actos Societarios*. Editorial. Abaco. Edición 1978, página 277.

17. F. Ferrara. La simulación de los Negocios Jurídicos. Madrid. Edición 1960. Páginas 110, 123 y 124.

18. F. Ferrara. La simulación de los Negocios Jurídicos. Madrid. Edición 1960. Página 279.

perjuicio para terceros, comportaría la nulidad o inexistencia de la misma, implicando un supuesto de desestimación, esto sin perjuicio de recordar la ya citada opinión de que en los casos de simulación no hay desestimación por no mediar personalidad”.

Hacemos mención que la doctrina argentina habla del requisito de la pluralidad de personas, para la existencia de una sociedad comercial, en general, ya que en ese país no existe la figura que tenemos en Paraguay que es la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. En consecuencia, al comentar este tema, los autores se refieren a todas las sociedades comerciales que existen como forma de organización jurídica, incluyendo a la sociedad de responsabilidad limitada. No obstante esto, la realidad de las sociedades anónimas es diferente a la de esta figura. Desde luego las sociedades anónimas tienen otros requisitos distintos para su constitución, por ello, en el estado actual de nuestra legislación, no puede haber sociedad anónima con un solo socio. En este sentido el artículo 1003 del Código Civil, dice: “La sociedad se extingue: inciso e) si fuere de dos personas, por la muerte de una de ellas....”.

De la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

El artículo 15 de la Ley N° 1034 “Del Comerciante” expresa: “Toda persona física capaz de ejercer el comercio podrá constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, asignándoles un capital determinado. Los bienes que formen el capital constituirán un patrimonio separado o independiente de los demás bienes pertenecientes a la persona física. Aquellos bienes están destinados a responder por las obligaciones de tales empresas. La responsabilidad del instituyente queda limitada al monto del capital afectado a la empresa. En caso de dolo, fraude o incumplimiento de las disposiciones ordenadas en esta ley, responderá ilimitadamente con los demás bienes de su patrimonio”.

La Exposición de Motivos con que el Poder Ejecutivo paraguayo remitió el proyecto de la referida ley, dice: “Al lado de los comerciantes individuales –personas de existencia visible dedicadas profesionalmente a intermediar entre la oferta y la demanda– y de las sociedades mercantiles formadas por personas naturales creadoras de un ente con personalidad diferente a las de sus miembros, se admite que una persona natural, sin crear un ente moral colectivo, pueda formar una empresa que comprometa sólo parte determinada de su pa-

rimonio, sin esfumar la responsabilidad del empresario. La empresa individual de responsabilidad limitada no es un ente moral colectivo, no es una persona jurídica; no es una persona distinta de la persona física que la instituyó, sino la misma persona que para este efecto debe llamar a la empresa por su nombre y apellido, agregar la locución “empresa individual de responsabilidad limitada” y el monto del capital afectado. No existen pues dos personas, la del instituyente y la empresa. Sólo una limitación de la responsabilidad del instituyente.”

Comenta el autor Otaegui:¹⁹ “Como de todas formas, y sin necesidad de perseguir un perjuicio para terceros, se recurre al negocio societario para actuar con limitación de responsabilidad, se abogó por la adopción de la empresa individual de responsabilidad limitada, dando como una razón para su implantación que “ya se busca lograrlo a través de la simulación de los tipos legales de sociedad con limitación de responsabilidad (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) e incluso la aceptación por la jurisprudencia y algunas legislaciones de la *one man company*”.

Legislación comparada

Citamos a esta figura consagrada por la Ley del Comerciante, debido a que es útil para el debate y tiene conexión con nuestro tema. Igualmente es dable mencionar también, que tanto en los Estados Unidos de América, como en varias legislaciones europeas esta aceptada la figura de la Sociedad de un Solo Socio. Específicamente y a manera de ejemplo, citamos algunas legislaciones como la²⁰ Ley Francesa y la Ley Belga, en las cuales se admite el contrato de sociedad celebrado por un solo socio. En Francia, el artículo 1832 del Código Civil con redacción dada por la Ley del 11 de julio de 1985 dice así: “La sociedad es constituida por dos o varias personas que convienen por un contrato afectar a una empresa común bienes o su industria con fin de repartir los beneficios o

19. Isaac Halperín. Curso de Derecho Comercial. Vol. 1. Edición 1979. Página 112. Otaegui *Invalidez de Actos Societarios*. Editorial. Abaco. Edición 1978, página 280.

20. Material extractado de Internet de un trabajo preparado por la Abogada Rodríguez Olivera (Uruguay).

de aprovechar de las economías que de ella puede resultar. Ella puede ser constituida, en los casos previstos por la ley, por el acto de voluntad de una sola persona. Los asociados se comprometen a contribuir a las pérdidas”. El artículo 36 quedó con la siguiente redacción: “Una persona física no puede ser asociado único más que de una sola sociedad de responsabilidad limitada. Una sociedad de responsabilidad limitada no puede tener asociado único a otra sociedad de responsabilidad limitada compuesta de una sola persona”.

Por su parte, la²¹ Ley Belga de 1986 de “Sociedades de una persona, de responsabilidad limitada”, modifica el Código Civil. Por el artículo 2 se dispone: “El artículo 1832 del Libro III, Título IX del mismo código es reemplazado por la disposición siguiente: Una sociedad puede ser constituida por dos o varias personas que convienen poner en común cualquier cosa con fin de repartir el beneficio que ello puede resultar o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecta bienes al ejercicio de una actividad determinada”. Artículo 116: “La sociedad privada de responsabilidad limitada es aquella constituida por una o varias personas que no comprometen más que su aporte, donde los derechos sociales no son transmisibles sino bajo ciertas condiciones y que está sometida a las demás reglas contenidas en la presente sección. Cuando la sociedad privada de responsabilidad limitada está constituida por una sola persona, ella no puede ser sino una persona física”. Como se aprecia, la Ley Belga adopta la solución y el esquema de las leyes francesas.

Necesidad de una reforma legislativa

Con dicha reforma a sus leyes, estas legislaciones pretendieron dar respuesta a los operadores económicos y tratar de esta forma, que la ley acompañe los usos y costumbres comerciales. Por nuestra parte, en este trabajo no se trata de desechar precisamente la figura de la sociedad de un solo socio, sino en todo caso, de señalar la realidad que existe en nuestro derecho, el cual tolera la constitución de sociedades anónimas en las que no se respeta el requisito de la pluralidad de personas como base de su existencia, desde el momento en que uno de los socios detenta el 99% de las acciones y por ende todo el poder que

21. Material extraído de Internet de un trabajo preparado por la abogada ya referida.

representan las mismas, quedando el otro socio con un ínfimo resto del capital accionario, el 1%. Esta circunstancia hace que se agudice el divorcio entre el modelo legal de la sociedad anónima y el funcionamiento real de este tipo de sociedad.

En todo caso, la solución pasaría por la modificación de nuestra legislación y que la misma permita que la sociedad anónima posea un solo socio. Ello constituiría una práctica mas sana que la costumbre actual de concentrar todo el capital accionario en manos de un solo socio y dejar el resto en supuesto poder de un socio, que vendría a ser un vulgar prestanombre. Sería interesante que se plantee la reforma legislativa, a fin de permitir la existencia de las sociedades unipersonales, atendiendo también al hecho de que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no tuvo éxito en nuestro país y aparentemente, tampoco tuvo suceso en otros países. Por este motivo, Otaegui en su obra ya citada expresa:²² “Empero, la difusión de tal institución no ha tenido eco, incluso en los países donde esta legislada, y en este sentido no ha de olvidarse que la legislación mercantil debe acomodarse a la realidad de los negocios, siendo plenamente válido en el campo del derecho comercial el viejo adagio (*leges sine moribus vanae*).

Volviendo a lo que afirmamos, en cuanto que sería interesante abrir el debate y allanar el camino a fin de que nuestra legislación permita la sociedad unipersonal, ello es posible, pero siempre adecuando la figura del socio único a las particularidades que posee. En sentido leemos en la obra “Estudios sobre la Sociedad Unipersonal” que:²³ “Tal como probó el derecho comparado y la práctica internacional, el socio único no es óbice para la constitución y funcionamiento de los órganos sociales; con las limitaciones lógicas derivadas de tal situación fáctica; v.gr., no operará el derecho de separación del socio por cambio de objeto social o el derecho de receso; tampoco la convocatoria a asamblea, resultando suficiente la decisión del socio único, siempre que se constituya en asamblea y documente o protocolice sus decisiones en la forma exigida para el acuerdo social”.

22. Otaegui. *Invalidez de Actos Societarios*. Editorial. Abaco. Edición 1978, página 280.

23. Ana Isabel Piaggi De Vanossi. *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal*. Editorial Depalma. Edición Agosto 1997, página 89.

En tal sentido leemos en la obra ya citada de Emilio F. Moro, lo siguiente:²⁴ “Acoger la unipersonalidad societaria –obvio es decirlo– pondría a la legislación de acuerdo con la realidad económica dominante. La “marcha triunfal de la sociedad unipersonal a lo largo del siglo XX” no ha hecho sino confirmar la imperiosidad de esta adecuación. El vigor de las necesidades actuales del comercio parece haberse erigido en el motivo esencial de todo intento de regulación de la sociedad unimembre”.

Para concluir, recalamos que la práctica actual de recurrir a un segundo socio al sólo fin de cumplir con una mera formalidad y no para satisfacer la justificada exigencia de lograr la pluralidad sustancial de sujetos, que como hemos visto, requiere nuestro Código Civil, para el nacimiento de una sociedad anónima, es una costumbre que entraña un divorcio entre la letra de la ley y la vida real societaria, por lo cual –parecería ser– que el camino a seguir pasa por una reforma legislativa, la cual permita la existencia de la sociedad unipersonal.

24. Emilio F. Moro. *La sociedad de Capital Unipersonal*. Editorial Ad-Hoc, edición noviembre de 2006, página 89.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 1.132

Cuestión debatida: *Si procede o no una demanda de indemnización dirigida contra la sociedad por el resarcimiento del daño derivado por el incumplimiento de la obligación de emitir y entregar las acciones suscriptas e integradas por los socios.*

SOCIEDAD ANÓNIMA. Obligación de emitir acciones.

La obligación de emitir y entregar las acciones suscriptas e integradas por los socios surge directamente del contrato de sociedad.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Obligación de emitir acciones. Plazo de prescripción.

Resulta plenamente aplicable el art. 660 inc. d) del Cód. Civ., según el cual prescriben por cinco años las acciones para reclamar “*los derechos que derivan de las relaciones de los socios entre sí, y con la sociedad*”. El cómputo debe realizarse conforme con la regla general del art. 635 del Cód. Civ., desde el momento en que nace el derecho de exigir. Este derecho a exigir nace, justamente, desde el momento en que las obligaciones deben ser entregadas, precisamente por haber sido emitidas y completamente integradas, al ser acciones al portador de acuerdo al art. 1070 del Cód. Civ.

CSJ. Sala Civil. 29/05/14 “ABELARDO BENITO ZACARÍAS PEREIRA C/ GRANDES LIBRERÍAS EL COLEGIO S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL” (A.I. N° 1132).

VISTA: La recusación sin expresión de causa deducida por el Sr. Abelardo Benito Zacarías, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el señor Ministro César Antonio Garay; así como los recursos de apelación y nulidad

interpuestos por el mencionado litigante, bajo patrocinio profesional, contra el A.I. N° 710, de fecha 7 de octubre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala; y

CONSIDERANDO:

En primer término, aplicando los principios procesales de economía y concentración preceptuados por el art. 15, inc. f) del Cód. Proc. Civ., al no existir obstáculo alguno para decidir conjuntamente los recursos interpuestos y la recusación sin expresión de causa, se procederá de tal modo.

Respecto de esta última, el art. 3° , inc. g), de la Ley 609/1995, en concordancia con el art. 10 de la misma ley, establecen de modo claro su inadmisibilidad, al no permitirse tal modo de recusar ante la tercera instancia, por lo que la recusación debe ser rechazada liminarmente, sin ulterior deliberación.

Esto merece una breve referencia a la integración de la Sala a los efectos de la decisión de la cuestión, por cuanto el art. 10 de la Ley 609/1995 remite directamente a la normativa civil. El mismo artículo indica claramente que las Salas conocerán en los casos de recusación, excusación e impugnación de excusación de sus miembros. En consecuencia, hay una atribución expresa a cada Sala para la decisión en materias como las que nos ocupa, y ciertamente no podría ser de otra manera, por no existir ulterior instancia en la República a la cual delegar el deber de entender en este tipo de incidencias.

En consecuencia, conforme lo previene el art. 30 del Cód. Proc. Civ., la recusación improcedente –o inadmisibile, como la que nos ocupa, ya que no puede ser siquiera válidamente propuesta– es rechazada sin darle curso, por el tribunal competente para conocer de ella. Esto es, liminarmente, sin ulterior trámite.

En consecuencia, admitido que es esta Sala Civil la competente para decidir acerca de la recusación de sus miembros, el rechazo sin trámite implica, precisamente, la omisión del procedimiento previsto en el art. 31 del Cód. Proc. Civ., según el cual, siempre que la recusación sea deducida en tiempo y forma, es decir, que reúna las condiciones de admisibilidad, se siguen los pasos procesales de rigor, que en la especie se trata de la comunicación de la recusación al Ministro afectado por ella, procediéndose a la integración de la Corte a los efectos de resolver el incidente. Estas son las expresiones literales utilizadas por el artículo que nos ocupa.

De este modo, al presentarse la situación de rechazo sin tramitación prevista por el art. 30 del Cód. Proc. Civ., obviamente tal tramitación no se produce,

con lo que el órgano competente, es decir, la propia Sala Civil, sin comunicar la recusación ni integrar la Corte, la rechaza conforme con la norma en cuestión. Desde luego, así se resuelve.

Así resuelta la cuestión liminar, pasamos al estudio de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Sr. Abelardo Benito Zacarías Pereira, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N° 710, de fecha 7 de octubre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala. Allí se resolvió: “1) DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad; 2) REVOCAR, con costas, el A.I. N° 101 de fecha 22 de febrero de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 12° Turno; 3) ANOTAR...” (sic., f. 230 vlto.).

En cuanto al Recurso de:

NULIDAD: El Sr. Abelardo Benito Zacarías Pereira, al tiempo de fundar el presente recurso por derecho propio y bajo patrocinio profesional, “*dejó a cargo de VVEE. el estudio de dicho recurso*” (f. 240). En consecuencia, no mediando desistimiento expreso, la nulidad debe ser declarada desierta, al no advertirse en la resolución recurrida vicios o defectos que autoricen su pronunciamiento de oficio en los términos de los arts. 113 y 404 del Cód. Proc. Civ.

APELACIÓN: El Sr. Abelardo Benito Zacarías Pereira, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, fundó este recurso conforme consta a fs. 240/241 de autos. Indica que el auto apelado cae en un error, al considerar que la acción personal con un plazo de ejecución de hasta diez años requeriría la suma adicional de dos años, por lo que a su entender se desconoce una parte importante del proceso como ser la ejecución de sentencia, lo que resulta crucial por cuanto recién el 21 de junio de 2006 las acciones fueron depositadas por Roberto Zacarías en el juzgado, por lo que solo desde allí podría iniciar a correr la prescripción. Alega que al tratarse de una acción personal de responsabilidad extracontractual debe aplicarse el art. 659 inc. b) del Cód. Civ., con lo que la resolución en estudio no se hallaría ajustada a derecho, por lo que solicita su revocación.

El Abg. Fernando Gadea contestó el traslado corrídole en los términos del memorial de fs. 244/246. Sostiene la corrección del interlocutorio apelado, por no ser el presente juicio una ejecución de sentencia, sino el resarcimiento de daños motivados por un ilícito; sin que tenga que ver lo debatido con el juicio sobre entrega de títulos de acciones promovido por el actor, indicando que a la fecha de inicio de la demanda, el 15 de junio de 2009, transcurrieron íntegra-

mente los dos años para que opere la prescripción liberatoria de acuerdo al art. 663 inc. f) del Cód. Civ. Por ello solicita la confirmación de la sentencia en recurso.

La decisión del caso de autos es harto sencilla, una vez producido el correcto encuadre jurídico de la pretensión, operación de absoluta pertinencia a tenor del art. 158 y 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ., según los cuales corresponde al juzgador la calificación técnica de los reclamos de las partes. Esto se torna necesario, además, por la falta de agudeza y escasa incisividad con la que ha sido analizado el caso por parte de los miembros del Tribunal de Apelación, a quienes tampoco coadyuvaron las partes, con alegaciones tan ambiguas como las contenidas a fs. 240 vlto./241, según las cuales las acciones personales de responsabilidad extracontractual se regirían por el plazo decenal del art. 659 inc. b) del Cód. Proc. Civ. Esta normativa prevé un supuesto completamente distinto y ajeno al de la responsabilidad civil por acto ilícito, cuyo plazo prescripcional se halla previsto en el art. 663, inc. f), del Cód. Civ.

Se torna así necesario, a los efectos de una correcta calificación técnica, el relato de los hechos que motivaron la presente demanda, con los cuales la solución del caso adquiere pronta configuración. En el año 1999, según constancia de cargo de f. 30, el actual actor, Abelardo Benito Zacarías Pereira, demandó a la sociedad Grandes Librerías el Colegio S.A. –y este es un dato que debe ser debidamente subrayado– sustancialmente para que se le reconozca la calidad de socio y en consecuencia se le entreguen los títulos accionarios que les corresponden (fs. 27/28). Relata allí que la marginación se produjo desde el año 1987, por lo cual la demanda fue promovida, en la postulación del propio actor, a los doce años del inicio de la aludida situación de preterición societaria y de omisión de entrega de títulos.

La demanda tuvo curso favorable, de acuerdo a la S.D. N° 99, del 2 de marzo de 2001 (fs. 35/37), dictada en primera instancia. De acuerdo a los resultandos de la S.D. N° 1352, del 6 de octubre de 2004, dictada por la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia (fs. 37/38), la sentencia de primera instancia fue confirmada por la alzada, y la inconstitucionalidad planteada contra dichas decisiones rechazada en virtud de la indicada resolución.

En virtud de ello, y tras la solicitud de ejecutar la sentencia firme (f. 55), que condenó a la entrega de las acciones reclamadas, tal temperamento se produjo el 21 de junio de 2006, entregándose acciones de las series D y E (f. 53). La

escritura de constitución de la sociedad indica la calidad de constituyente del actor (f. 6 vlto.).

En estas condiciones, esta primera situación, antecedente fundamental de la presente demanda, configura una típica demanda societaria. Es absolutamente lógico que el fundador aportante es socio y como tal tiene derecho a la entrega de las acciones, derecho que le deriva de su relación con la sociedad y en concomitancia con la obligación de ésta de entregar las acciones. Conforme lo previenen los arts. 1062 y siguientes del Cód. Civ., las acciones son emitidas por la sociedad, claro está, y esto es un principio tan elemental que apenas vale la pena recordarlo: “*La palabra acción, en la práctica y en el código, se usa en el sentido de título representativo de la participación social (2325). Esta cualidad o aptitud es esencial para la participación social en la sociedad por acciones. La sociedad debe emitir a favor de los socios los títulos correspondientes a las participaciones asumidas por ellos*” (Ferrara Jr., Francesco y Corsi, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. Milano, Giuffrè, 11^a ed., p. 441).

Es por ello que la demanda de reconocimiento de la calidad de socio y entrega de las acciones fue correctamente dirigida contra la sociedad anónima, por cuanto es una obligación de la cual tal sociedad era deudora: contra integración de los aportes, las acciones deben ser emitidas por dicha persona jurídica.

Entonces, lo que aquí se demanda es la indemnización por el incumplimiento de dicha obligación, lo cual surge con toda evidencia del escrito inicial, glosado a fs. 167/177, donde indica claramente que es la falta de entrega de acciones el sustrato fáctico que motiva la pretensión a cuyo respecto se opuso prescripción. Es más, indica, a f. 172, que la retención indebida de las acciones que le corresponden es la que motiva la indemnización que aquí se promueve solo para la fijación del monto. No puede ser más notorio que es el incumplimiento de la obligación de emisión y entrega de las acciones la que motiva la presente demanda, que es, en consecuencia, correctamente promovida, una vez más, contra Grandes Librerías el Colegio S.A., por cuanto se pretende el resarcimiento derivado de la falta de entrega de las acciones.

La propia postulación de la demanda, tal y como fue propuesta, indica que es imposible considerar la cuestión como una ejecución de sentencia, lo que se ve confirmado por la constatación inmediata de que resulta impropio articular dicha pretensión por la vía ordinaria. A mayor abundamiento, la sentencia del primer juicio jamás se pronunció sobre el deber de indemnizar daños e intereses

(f. 37) por lo que evidentemente no se podría producir ejecución de sentencia sobre artículo no condenado, de acuerdo con las previsiones de los arts. 522 y 523 del Cód. Proc. Civ.

Ahora bien, tampoco nos hallamos ante una ilicitud extracontractual, puesto que es evidente, básico, que aquí el reclamo de entrega de las acciones surge de una relación contractual, precisamente, el contrato de sociedad –así lo define el art. 959 del Cód. Civ.– en cuya virtud dicha persona jurídica, conforme las normas que mencionáramos, debe entregar las acciones a sus accionistas apor- tantes. Ciertamente, la ilicitud aludida existe, de modo genérico, en cuanto se traduce en el incumplimiento de la sociedad de entregar las acciones emitidas, y es precisamente este hecho el que motiva la presente demanda de indemniza- ción de daños.

Constatada así la existencia de una obligación derivada del contrato de sociedad, y su incumplimiento, que debió ser subsanado mediante actividad jurisdiccional, el reclamo de indemnización no es otro que el del art. 420 inc. c) del Cód. Civ., en cuanto el incumplimiento de la obligación faculta al acreedor a obtener las indemnizaciones pertinentes, derivadas, en el caso, de la inobser- vancia de la obligación de entrega de las acciones integradas que compete a la sociedad. En otros términos, *“La calidad de socio una vez emitidos los títulos no se vincula tanto con la posesión como con la titularidad de la acción, sin perjuicio de las reglas específicas para las acciones nominativas, y si bien los derechos del socio no pueden ejercerse independientemente del título, ello es así mientras el título existe, sin que tales derechos se extingan por la pérdida o destrucción de él. Pero, ¿cuál es la posición jurídica del accionista que no está en posesión de los títulos representativos de sus acciones, porque esos títulos no han sido creados? La cuestión, por lo que respecta al ejercicio de los derechos del socio fundador, no suscita demasiadas dificultades. No parece que la sociedad pueda desconocer la cualidad de socio del fundador basándose en la inexistencia de unos títulos que ella misma está obligada a emitir”* (Verón, Alberto Víctor. *Tratado de las socie- dades anónimas*. Buenos Aires, La Ley, 1ª ed., 2008, tomo II, pp. 37-38).

Esta situación, que se delinea nítidamente en autos, demuestra que no se trata de una ejecución de sentencia –puesto que allí no se estimaron ni se demandaron daños- ni de una acción extracontractual. Aquí la demanda de indemnización se dirige contra la sociedad por el resarcimiento del daño deriva- do por el incumplimiento de la obligación de emitir y entregar las acciones

suscriptas e integradas por los socios, y esto surge directamente del contrato de sociedad. Al respecto, entonces –y aquí surge patente la poca perspicacia con la que se decidió el caso– resulta plenamente aplicable el art. 660 inc. d) del Cód. Civ., según el cual prescriben por cinco años las acciones para reclamar “*los derechos que derivan de las relaciones de los socios entre sí, y con la sociedad*”.

Apenas vale la pena indicar que “*Las ‘relaciones sociales’ mencionadas en el art. 2949 c.c. contemplan generalmente las relaciones: a) entre sociedad y socio; b) entre socios (siempre que sean consecuencia de su participación en la sociedad); c) entre acreedores sociales y socios; d) entre sociedades y órganos de la sociedad por los hechos dependientes del ejercicio de sus funciones*” (Gambino, Alberto Maria. Comentario al art. 2949 del Cód. Civ. italiano, en Vitucci, Paolo (coordinador). *La prescrizione*. Milano, Giuffré, 1ª ed., tomo II, p. 209). El caso de autos, encuadra a pleno título en tales indicaciones, y así lo ha entendido incluso la jurisprudencia italiana, que en aplicación de norma similar decidió un caso con aristas muy similares al que nos ocupa: “*En presencia de una inscripción de transferencia de cuota parte en los libros sociales, la demanda propuesta, por quien resulte cedente, respecto de la sociedad y de quien resulte socio cesionario, a los efectos de denunciar la ilegitimidad de la anotación en ausencia de una relación subyacente, y por ende reivindicando el ‘status’ de socio y los derechos vinculados, se comprende en la prescripción de cinco años, ya que dicha norma se refiere a las relaciones entre socios, o entre estos y la sociedad, o por actos sucesivos realizados por ésta en el ámbito de su vida institucional*” (Cass. 11.973, del 5 de noviembre de 1992, en *Repertorio Giurisprudenza Italiana*, 1992, *voce prescrizione e decadenza civile*, n. 35).

No pueden caber dudas de que el quinquenal es el plazo prescripcional a ser aplicado. Y su cómputo debe realizarse, conforme con la regla general del art. 635 del Cód. Civ., desde el momento en que nace el derecho de exigir. Este derecho a exigir nace, justamente, desde el momento en que las obligaciones deben ser entregadas, precisamente por haber sido emitidas y completamente integradas, al ser acciones al portador (f. 56) de acuerdo al art. 1070 del Cód. Civ.

Ahora bien, en autos, al promover la demanda de entrega de acciones y reconocimiento de la calidad de socio, indica el actor que la situación en cuestión se produjo desde el año 1987 (f. 27), y la primera demanda, la demanda por el reconocimiento de la calidad de socio, fue promovida en el año 1999 (f. 30). Es decir, doce años después del momento en el cual las acciones no le fueron entre-

gadas. Es evidente que el plazo de cinco años del art. 660 inc. d) del Cód. Civ. fue más que redoblado en su transcurrir, sin que se haya producido demanda –y obviamente esto es anterior a la notificación que interrumpe la prescripción a norma del art. 647 inc. a) del mencionado cuerpo legal– por lo que la prescripción operó largamente, incluso a la fecha de la promoción de la demanda originaria, y a mayor razón lo mismo predíquese de la presente.

A esto no obsta que el presente juicio haya sido promovido en ejecución de la reserva de derechos formulada en el escrito inicial de la primera demanda (fs. 29/30). Allí se indicó, expresamente, que se formulaba reserva de derechos para reclamar daños y perjuicios. Este temperamento, que admite el Cód. Proc. Civ. en su art. 215 *in fine*, en concordancia con el segundo párrafo del art. 161 del mismo cuerpo legal, en autos no sirve para anular el efecto de la prescripción, porque esta operó, precisamente, mucho antes del inicio de ese juicio, por lo que en sustancia se estaba reservando el derecho de una acción ya prescripta. En consecuencia, promovido efectivamente el reclamo de daños, el actor válidamente opone la prescripción, ganada ya al tiempo de la promoción de la primera demanda, y por consiguiente legítimamente deducida como excepción previa perentoria.

Por las motivaciones indicadas, calificada la relación y el reclamo conforme a derecho, de acuerdo al art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ., corresponde, sin dudas, juzgar que el plazo prescripcional de cinco años, derivado de la acción entre socio y sociedad por incumplimiento de deberes que surgen del contrato, computado desde el 1987 (f. 27), feneció con creces, incluso al tiempo de la promoción de la primera demanda, del 15 de junio de 1999 (f. 30). Por estos fundamentos, y no por los contenidos en el auto apelado, que contiene un enfoque bastante defectuoso de la cuestión, la resolución recurrida debe ser confirmada; con costas a la perdedora, siendo de toda evidencia el plazo prescripcional derivado de las acciones entre sociedad y socio, por lo que no hay mérito para la aplicación de la exoneración de costas, con lo que se aplican los arts. 192, 203 inc. a) y 205 del Cód. Proc. Civ.

Por tanto, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

RECHAZAR in limine la recusación sin expresión de causa promovida contra el señor Ministro César Antonio Garay.

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.
CONFIRMAR, por los fundamentos aquí expuestos, el auto apelado.
COSTAS a la perdidosa.
ANOTAR, registrar y notificar.
Ministros: Torres Kirmser, Pucheta de Correa y Bajac Albertini.
Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 380

CUESTIÓN DEBATIDA: *Se estudia en autos la constitucionalidad del Decreto N° 4305/04 que reglamenta la Ley 2421/04 de Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal relativo al Impuesto a las Rentas de las Actividades Agropecuarias.*

IMPUESTO A LA RENTA. Actividades Agropecuarias. Renta Empresarial

A los efectos tributarios, la definición de la “Actividad Agropecuaria” está dada por la Ley N° 125/91 modificada por la Ley N° 2.421/04, esta definición no puede coincidir con las actividades consideradas como tales desde el punto de vista técnico. Por ejemplo la cría de cerdos, la apicultura, la cunicultura, entre otras son actividades agropecuarias, pero sin embargo, a los efectos tributarios son consideradas actividades comerciales o industriales y deben abonar la Renta Empresarial.

IMPUESTO A LA RENTA. Actividades Agropecuarias. IMAGRO. IRACIS.

Para saber si una actividad agropecuaria paga IMAGRO se debe tomar en consideración la definición dada por la Ley 125/91 (texto actualizado). Se puede inferir en primer lugar que la enajenación de bienes inmuebles no constituye una “actividad agropecuaria”, por lo tanto, no se encuentra gravada por el IMAGRO, pero sí por la IRACIS conforme al Art. 2 Inc. b) de la Ley 125/91.

IMPUESTO A LA RENTA. Actividades Agropecuarias. Enajenación de bienes.

El Art. 5 del Decreto N° 4305/04 no atenta contra el Art. 137 de la Constitución Nacional, pues nada más confirma que la enajenación de bienes del

activo fijo e intangibles no están incluidas en el Capítulo del Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias por no ser “Actividad Agropecuaria”, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 27 de la Ley 125/91 (texto actualizado).

IMPUESTO A LA RENTA. Forma de Liquidación.

La forma de liquidación de los impuestos que deberán abonar los contribuyentes de más de un tributo y que las sociedades comerciales que ocasionalmente obtengan ingresos gravados por el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios (IRACIS) estarán eximidas de la obligación formal de presentar declaraciones juradas.

CSJ. Sala Constitucional. 28/05/12. “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: CONTRA ARTS. 5 y 6 DEL DECRETO N° 4305/04; ART. 2 DEL DECRETO N° 21.295/03; ART. 3 DE LA RESOLUCIÓN N° 973/96 Y ARTS. 3 y 13 DE LA RESOLUCIÓN N° 449/05”. (Ac. y Sent. N° 380).

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

CUESTIÓN

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El abogado Daniel Cardozo, en representación de la firma “AGROPECUARIA ÑACUNDAYS.R.L.”, conforme al testimonio de Poder General que acompaña, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones:

a) Decreto N° 4305/04 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 2421/04 “DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”, RELATIVO AL IMPUESTO A LAS RENTAS DE LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS”.

Art. 5°. *Rentas no comprendidas.* - Las rentas que provengan de la enajenación de los bienes aplicados a la actividad agropecuaria y que no estén comprendidas en el Art. 27 de la Ley N° 125/91, tales como los bienes del activo fijo e intangibles, no están incluidas en el Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias establecido en el Capítulo II del Título I de la mencionada ley.

Quienes como consecuencia de las referidas enajenaciones se les verifique el carácter de contribuyente del Impuesto a la Renta comprendido en el Capítulo I de dicho Título, deberán tributar este impuesto por las rentas correspondientes. A estos efectos la renta neta se determinará en forma presunta aplicando el porcentaje que a tales efectos establezca la Administración, sobre los ingresos

netos devengados provenientes de las mencionadas enajenaciones, siempre que el giro de la empresa sea exclusivamente la actividad agropecuaria.

Para el caso de enajenación de bienes del activo fijo, el contribuyente podrá optar para determinar la renta neta por el régimen presunto de referencia o por aplicar las disposiciones que a estos efectos establece el inciso a) del Art. 7 de la Ley 125/91, siempre que posea una contabilidad que se ajuste a los principios técnicos contables generalmente aceptados en la materia, respaldada por la documentación pertinente.

La Administración establecerá las formalidades y plazos para el cumplimiento de la mencionada obligación.

Tampoco, las comprendidas en el Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios, Renta del Pequeño Contribuyente y Rentas del Servicio de Carácter Personal, así como las provenientes de inmuebles rurales de personas físicas, que en forma individual o en conjunto, no superen una superficie agrologicamente útil total de 20 hectáreas en la Región Oriental o de 100 hectáreas en la Región Occidental.

Art. 6°. Exclusiones. *Se hallan excluidas del presente impuesto las actividades que no obstante se realicen en un inmueble rural queden comprendidas en el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales Industriales o de Servicios, Renta del Pequeño Contribuyente o Rentas del Servicio de Carácter Personal, tales como destinadas a las actividades extractivas, cunicultura, avicultura, apicultura, sericultura, suinicultura, floricultura y explotación forestal.*

Los inmuebles del Estado, y las hectáreas pertenecientes a las empresas públicas que sirvan como asiento de producción de los bienes que enajenan o que prestan servicios, de las Municipalidades y los inmuebles que les hayan sido cedidos en usufructo.

Igualmente, se hallan excluidos por su destinación, los inmuebles declarados monumentos históricos nacionales.

Los inmuebles de propiedad del Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra -INDERT- y las hectáreas efectivamente entregadas al mismo a los efectos de su colonización, mientras no se realice la transferencia por parte del propietario cedente de los mismos.

Los parques nacionales y las reservas de preservación ecológica declaradas como tales por Ley, así como los inmuebles destinados por la autoridad competente como asiento de las parcialidades indígenas.

Las hectáreas destinadas a campos comunales reconocidas como tales por el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra -INDERT-.

b) Decreto N° 21.295/03 “POR EL CUAL SE DEROGAN PARCIALMENTE LOS ARTÍCULOS 1°, 6°, 7° Y 8° DEL DECRETO N° 10.800 DEL 3 DE OCTUBRE DE 1995 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO A LA RENTA DE LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS” Y SE ESTABLECEN LAS RENTAS NO COMPRENDIDAS EN LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS”.

Art. 2 Rentas no comprendidas. *Las rentas que provengan de la enajenación de los bienes aplicados a la actividad agropecuaria y que no estén comprendidas en el Art. 27 de la Ley N° 125/91, tales como los bienes del activo fijo e intangibles, no están incluidas en el Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias establecido en el Capítulo II del Título I de la mencionada ley.*

Quienes como consecuencia de las referidas enajenaciones se les verifique el carácter de contribuyente del Impuesto a la Renta comprendido en el Capítulo I de dicho Título, deberán tributar este impuesto por las rentas correspondientes. A estos efectos la renta neta se determinará en forma presunta aplicando el porcentaje del 10% por ciento) sobre los ingresos netos devengados provenientes de las mencionadas enajenaciones, siempre que el giro de la empresa sea exclusivamente la actividad agropecuaria.

Para el caso de enajenación de bienes del activo fijo, el contribuyente podrá optar para determinar la renta neta por el régimen presunto de referencia o por aplicar las disposiciones que a estos efectos establece el inciso a) del Art. 7 de la Ley 125/91, siempre que posea una contabilidad que se ajuste a los principios técnicos contables generalmente aceptados en la materia, respaldada por la documentación pertinente.

La Administración establecerá las formalidades y plazos para el cumplimiento de la mencionada obligación.

c) Resolución N° 449/05 “POR LA CUAL SE REGLAMENTA DIVERSOS ASPECTOS VINCULADOS CON EL IMPUESTO A LA RENTA DE LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS”.

Art. 3°.- Contribuyentes de más de un Tributo. *Las personas físicas, jurídicas o entidades de cualquier naturaleza pública o privada, contribuyentes de otros impuestos que administra la Subsecretaría de Estado de Tributación y que al mismo tiempo estén comprendidos en el IMAGRO, tales como los faenadores y las agroindustrias, liquidarán y tributarán por cada uno de dichos*

impuestos en forma independiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 numeral 1) de la Ley N° 2421/04, pudiendo llevar anotaciones consolidadas; no obstante, deberán separar las cuentas, de tal forma que permita identificar los movimientos generados en cada actividad.

Art. 13. Sociedades. *Las sociedades comerciales definidas en el Art. 1° del Decreto N° 14.002/92, que obtengan rentas provenientes exclusivamente de las actividades agropecuarias, quedan eximidas de la obligación formal de presentar declaraciones juradas, cuadro de revalúo y depreciaciones y estados financieros y sus anexos por el Impuesto a la Renta Comercial previsto en el Capítulo I de la Ley N° 125/91.*

No obstante, dichos contribuyentes deberán realizar el cambio de información, de tal manera a dar de baja dicha situación.

Cuando las citadas sociedades obtengan ocasionalmente ingresos gravados por aquel impuesto, determinarán su renta neta aplicando el 30% (treinta por ciento) sobre el monto de los ingresos brutos devengados, salvo que determinen el impuesto por el régimen contable, en cuyo caso podrán optar por el procedimiento previsto en el Art. 7° Inc. a) de la norma legal de referencia, debiendo acreditar ante la Administración el resultado obtenido. Igual tratamiento aplicarán las demás personas. En cualquiera de los casos el pago del impuesto correspondiente se efectuará por medio del formulario N° 828 «Comprobante de Pago», la presentación y pago del impuesto se deberá efectivizar dentro de los 60 (sesenta) días hábiles siguientes al mencionado acto.

d) Resolución N° 973/96 “POR LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTS 3°, 4°, 6°, 17° Y 20° DE LA RESOLUCION N° 429/96, “POR LA CUAL SE REGLAMENTA DIVERSOS ASPECTOS VINCULADOS CON EL IMPUESTO A LA RENTA DE LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS”.

Art. 3°. Sociedades: *Las sociedades comerciales definidas en el Art. 1° del Decreto N° 14.002/92, que obtengan rentas provenientes exclusivamente de las actividades agropecuarias, quedan eximidas de la obligación formal de presentar declaraciones juradas, cuadro de revalúo y depreciaciones y balance impositivo por el Impuesto a la Renta Comercial previsto en el Capítulo I de la Ley N° 125/91. No obstante, el citado contribuyente deberá realizar el cambio de información, de tal manera a dar de baja dicha situación.*

Cuando las citadas sociedades obtengan ocasionalmente ingresos gravados por este impuesto, determinarán su renta neta aplicando el 30% (treinta por

ciento) sobre el monto de los ingresos brutos devengados, salvo que opten por el procedimiento previsto en el Art. 7° inc. a) de la norma legal de referencia, en cuyo caso deberá acreditar ante la Administración el resultado obtenido. En cualquiera de los casos el pago del impuesto correspondiente se efectuará por medio del formulario N° 828 «Comprobante de Pago».

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Refiere el representante convencional que las disposiciones reglamentarias aquí impugnadas violan el Art. 137 de la Constitución Nacional alegando textualmente cuanto sigue:

1) Art. 5 del Decreto N° 4305/04: *en esta disposición se establece que están exoneradas del IMAGRO las rentas que surgen de la enajenación de bienes aplicados a la actividad agropecuaria, tales como bienes del activo fijo (inmuebles, bienes muebles), pero seguidamente dispone que tales operaciones se hallan alcanzados por el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios (IRACIS) y dispone las formas de liquidación del impuesto, o sea por DECRETO se está gravando un impuesto que por el Art. 2 Inc. a y b está exonerado.*

2) Art. 6 del Decreto N° 4305/04: *se consigna que las actividades alcanzadas por el IRACIS se encuentran exentas del IMAGRO.*

3) Art. 2 del Decreto N° 21.295/03: *dispone que están exonerados del IMAGRO las rentas que provengan de la enajenación de los bienes afectados por el IMAGRO pero consigna que dicha enajenación está alcanzada por el IRACIS y establece la forma de determinar el impuesto.*

4) Res. N° 973/96: *en la parte pertinente de esta Resolución se aclara que cuando una sociedad obtiene ocasionalmente ingresos gravados por el IRACIS, impone la forma de liquidación del impuesto, que resulta igual a los previstos en los Decretos señalados más arriba y las resoluciones sobre el caso, y específicamente el Art. 7, Inc. a) de la Ley N° 125/91 se refiere a la transferencia de inmueble de donde se infiere que tal enajenación afectada por el IMAGRO se halla alcanzado por el IRACIS, o sea que se está modificando la ley por una Resolución Administrativa.*

5) Art. 3 de la Resolución N° 449/05: *en este caso es correcta la interpretación de la SET en cuanto al ejemplo consignado. Es decir, cuando un contribuyente del IMAGRO realiza otras actividades alcanzadas por el IRACIS, tales como la Agroindustria o los faenadores. En tales casos, la industria y el faena-*

miento se hallan alcanzados por el IRACIS. Se vuelve a referir que la transferencia de inmueble se halla también gravada por el IRACIS pero cuando dicho inmueble se halla afectado por el IMAGRO, la Ley N° 125/91 en su Art. 2° lo exonera expresamente.

1. En primer lugar, cabe señalar que el Decreto N° 21.295/03 y la Resolución N° 973/96 ya no se encuentran vigentes, por haber sido derogados por el Decreto N° 4305/04 y la Resolución N° 449/05 (Art. 34), respectivamente, por lo que han dejado de tener eficacia jurídica. Al respecto, ya esta Excma. Corte Suprema de Justicia se ha expedido sobre el tema señalando que: *“carece de sentido cualquier pronunciamiento al respecto. Esta Corte ha sostenido en diversos fallos que la sentencia debe sujetarse a la situación vigente en el momento en que se la dicta. Y como que al presente, por las razones expuestas, los supuestos de hecho se han alterado sustancialmente, cualquier pronunciamiento sería un pronunciamiento en abstracto, lo que es vedado ya que la Corte solo puede decidir en asuntos de carácter contencioso”* (Ac. y Sent. N° 1.278 de fecha 29 de diciembre de 2005), motivos por los cuales creo que corresponde sobreseer la acción en lo concerniente al Art. 2 del Decreto N° 21.295/03 y al Art. 3 de la Resolución N° 973/96.

2. Así las cosas, corresponde ahora analizar si los Arts. 5 y 6 del Decreto N° 4305/04 y los Arts. 3 y 13 de la Resolución N° 449/05 resultan o no contrarios al Art. 137 de la Constitución Nacional.

Para dicho efecto, debemos traer a colación algunas disposiciones de la Ley N° 125/91 (texto actualizado), relativas al Impuesto a las Rentas de las Actividades Agropecuarias (IMAGRO) e Impuesto a las Rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios (IRACIS) en los siguientes términos:

“Art. 26. Rentas Comprendidas. *Las rentas provenientes de la actividad agropecuaria realizada en el territorio nacional, estarán gravadas de acuerdo con los criterios que se establecen en este Capítulo”.*

“Art. 27. Actividad Agropecuaria. *Se entiende por actividad agropecuaria la que se realiza con el objeto de obtener productos primarios, vegetales o animales, mediante la utilización del factor tierra, capital y trabajo, tales como:*

- a) Cría o engorde de ganado, vacuno, ovino y equino.*
- b) Producción de lanas, cuero, cerdas y embriones.*
- c) Producción agrícola, frutícola y hortícola.*
- d) Producción de leche.*

Se consideran comprendidos en el presente concepto, la tenencia, la posesión, el usufructo, el arrendamiento o la propiedad de inmuebles rurales aún cuando en los mismos no se realice ningún tipo de actividad.

*No están comprendidas las actividades que consisten en la manipulación, los procesos o tratamientos, cuando sean realizados por el propio productor para la conservación de los referidos bienes, **como así tampoco las comprendidas en el Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios, Renta del Pequeño Contribuyente y Rentas del Servicio de Carácter Personal***”.

Por su parte, el Art. 2 de la Ley N° 125/91 (texto actualizado) refiere: “*Estarán gravadas las rentas de fuente paraguaya que provengan de la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios que no sean de carácter personal.*

*Se consideran comprendidas: ...b) Las rentas generadas por los bienes del activo, **excluidas las que generan los bienes afectados a las actividades contempladas en los Capítulos de las Rentas de las Actividades Agropecuarias, Rentas del Pequeño Contribuyente y Rentas del Servicio de Carácter Personal.***

*c) Todas las rentas que obtengan las personas o sociedades, con o sin personería jurídica, así como las entidades constituidas en el exterior o sus sucursales, agencias o establecimientos en el país. **Quedan excluidas las rentas provenientes de las actividades comprendidas en el Impuesto a las Rentas de las Actividades Agropecuarias, Rentas del Pequeño Contribuyente y Rentas del Servicio de Carácter Personal.** (Negritas y Subrayados son míos).*

2.1. A los efectos tributarios, la definición de la “Actividad Agropecuaria” está dada por la Ley N° 125/91 modificada por la Ley N° 2421/04. Esta definición puede no coincidir con las actividades consideradas como tales desde el punto de vista técnico. Por ejemplo la cría de cerdos, la apicultura, la cunicultura, entre otras, son actividades agropecuarias, pero sin embargo, a los efectos tributarios son consideradas actividades comerciales o industriales y deben abonar la Renta Empresarial.

Por ello, para saber si una actividad agropecuaria paga IMAGRO, se debe tomar en consideración la definición dada por la Ley N° 125/91 (texto actualizado). En ese orden de cosas, y conforme a las disposiciones legales transcritas en los párrafos anteriores, podemos inferir en primer lugar que la enajenación de

bienes inmuebles no constituye una “actividad agropecuaria”, por lo tanto, no se encuentra gravada por el IMAGRO pero sí por el IRACIS conforme al Art. 2 Inc. b) de la Ley N° 125/91 (T.A.). Por otro lado, no debe confundirse la tenencia de inmuebles con la enajenación. La tenencia de los inmuebles genera una renta comprendida en el Capítulo II, pero la enajenación ya constituye un acto diferente, cuyo resultado nada tiene que ver con el Impuesto a las Actividades Agropecuarias.

En ese sentido, la Dra. Nora Lucia Ruoti, en su obra “Lecciones para Cátedra de Derecho Tributario”, Editorial AGR Servicios Gráficos, año 2006, pág. 434 comenta: *“Hemos mencionado con anterioridad que las rentas provenientes de la enajenación de los bienes inmuebles, muebles e intangibles u otras del activo fijo de los establecimientos agropecuarios, **no son considerados como rentas del IMAGRO, sino Renta afectada por el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios “Renta Empresarial”.***

*No se consideran rentas agropecuarias la venta de bienes del activo fijo de los establecimientos agrícolas y ganaderos, por ejemplo la venta de tractores, implementos agrícolas y otros, incluyendo la venta de los inmuebles rurales, **atendiendo a que los mismos son también considerados activos fijos.***

Con el nuevo IMAGRO, la venta de bienes del activo fijo paga Renta Empresarial, pudiendo liquidarse dicho impuesto sobre base real o presunta, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 13 de la Resolución N° 449/05, al cual nos remitimos”. (Subrayados y Negritas son mías).

2.2. En consecuencia, y analizando el Art. 5 del Decreto N° 4305/04, observo que dicha disposición no atenta contra el Art. 137 de la Constitución Nacional, pues nada más confirma que la enajenación de bienes del activo fijo e intangibles no están incluidas en el Capítulo del Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias por no ser “Actividad Agropecuaria”, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 27 de la Ley N° 125/91 (texto actualizado). Mientras que el Art. 6 del Decreto en cuestión ejemplifica otras situaciones no gravadas por el IMAGRO, lo cual tampoco resulta contrario al orden de prelación establecido por la Carta Magna.

3. Por su parte, los Arts. 3 y 13 de la Resolución N° 449/05 reglamentan el Art. 5 del Decreto N° 4305/04, al establecer, respectivamente, la forma de liquidación de los impuestos que deberán abonar los contribuyentes de más de un tributo y que las sociedades comerciales que ocasionalmente obtengan ingresos

gravados por el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios (IRACIS) estarán eximidas de la obligación formal de presentar declaraciones juradas.

Sobre el Art. 3 de la Resolución N° 449/05 el propio accionante reconoce expresamente en su escrito de presentación que es correcta la interpretación de la Subsecretaría de Estado de Tributación. Recordemos que a la Administración Tributaria le corresponde fijar normas generales y dictar actos necesarios para la aplicación, administración, percepción y fiscalización de los tributos en virtud al Art. 186 de la Ley N° 125/91 y en ese sentido, no se observa que dicha disposición no respete el orden de prelación establecido en el Art. 137 de nuestra ley fundamental.

En cuanto al Art. 13 de la citada Resolución, el accionante se limitó a transcribir el contenido del mismo pero no expresó el agravio concreto que supuestamente le causa dicha disposición administrativa. Sobre el punto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la **titularidad** de un **interés particular y directo**, porque no cualquier interés califica a la parte, sino que el mismo se configura cuando el ejercicio de un derecho constitucional de quien deduce la acción, resulta afectado por la aplicación de la ley, decreto, resolución, etc., cuya constitucionalidad se cuestiona.

En consecuencia, y al no haber quebrantamiento de norma constitucional alguna, opino que corresponde rechazar la presente Acción de Inconstitucionalidad por improcedente. Es mi voto.

A sus turnos los doctores NÚÑEZ RODRÍGUEZ y FRETES, manifestaron que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, Doctora BAREIRO DE MÓDICA, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO: Ministros VÍCTOR NÚÑEZ, GLADYS BAREIRO DE MÓDICA, ANTONIO FRETES.

Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I)

ACUERDO Y SENTENCIA N° 486

Cuestión Debatida: *Se estudia en autos la constitucionalidad de una Resolución que dispone condenar o no al pago de los rubros reclamados en el Juicio, junto a la empleadora, a la codemandada que ejerce funciones de Directora Patronal.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad.

Los artículos 25 y 28 del Código Laboral establecen quienes responden, solidariamente con el empleador, de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo. El Art. 25 del Código Laboral establece quienes pueden ser considerados como representantes del empleador pero, solo establece la responsabilidad solidaria de “los intermediarios” con el empleador, y para el caso de que no declaren su calidad de tales y el nombre del empleador por cuenta de quien actúa, al celebrar contratos de trabajo.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad.

Por su parte el artículo 28 del Código Laboral establece la responsabilidad solidaria entre el empleador sustituido y el empleador sustituyente, por las obligaciones legales o contractuales derivadas del contrato de trabajo que hubieren nacido antes de la sustitución. Ninguna de las normas incluye a los directores, gerentes, administradores, etc., quienes si bien representan al empleador, el Código Laboral no los hace solidariamente responsables con el empleador, de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de trabajo.

CSJ. Sala Constitucional. 8/06/12. “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: PATRICIA CAROLINA CAÑETE WARSHAWSKY Y CRISTINA MARIEL ZÁRATE SOLÍS C/ EMBRESA WIRELESS S.A. Y LUZ MARINA BENÍTEZ S/ COBRO DE GUARANÍES EN DIVERSOS CONCEPTOS”. (Ac. y Sent. N° 486).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: La Sra. Luz Marina Benítez Cattebeke, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado plantea acción de

inconstitucionalidad en contra del Acuerdo y Sentencia N° 128 de fecha 17 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Segunda Sala, en los autos caratulados: “PATRICIA CAROLINA CAÑETE WARSHAWSKY Y CRISTINA MARIEL ZARATE SOLIS C/ EMPRESA WIRELESS S.A. Y LUZ MARINA BENITEZ S/ COBRO DE GUARANÍES EN DIVERSOS CONCEPTOS”, alegando la violación de los arts. 9 segunda parte, 16, 17 num. 1), 3), 7), 8), 9), 36; 46; 127, 131, 132, 137, 247, 248 y 256 de la Constitución, así como los artículos 15 inc. c) del C.P.C. y 195 del C.P.L.

El auto impugnado resuelve cuanto sigue: “1.- *Revocar la sentencia apelada en el numeral 2, que desestima la demanda incoada por Patricia Carolina Cañete Warshawsky y Cristina Mariel Zarate Solís contra la firma Wireless S.A. y Luz Marina Benítez Cattebeke, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente.* 2.- *Modificar la sentencia apelada en el numeral tercero de la misma, disponiendo hacer lugar a la demanda promovida por Patricia Carolina Cañete Warshawsky y Cristina Mariel Zarate Solís contra la firma Wireless S.A. y Luz Marina Benítez Cattebeke condenando a estas a pagar a las actoras las cantidades de G. 42.328.248, en la forma establecida precedentemente.* 3.- *Imponer las costas de ambas instancias a la demandada.* 4.- *Regular los honorarios profesionales del Abogado Eladio Camacho Dubarry en la cantidad de G. 4.232.824, más G. 423.282, en concepto de I.V.A., conforme los fundamentos expuestos precedentemente. Regular los honorarios profesionales de la Abogada Christina Melgarejo Busto en la cantidad de G. 2.116.412, más G. 211.641, en concepto de I.V.A. conforme a los fundamentos expuestos precedentemente”.*

El fallo en cuestión fue dictado a consecuencia de un recurso de apelación interpuesto por las actoras principales contra la S.D. N° 5 de fecha 17 de febrero de 2009, dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Laboral del Tercer Turno en la que se resolvía no hacer lugar a la demanda laboral que plantearan contra la Sra. Luz Marina Benítez Cattebeke, no así contra la firma Wireless S.A. por un monto de Gs. 21.528.248, punto que diera pie al recurso y consecuente resolución hoy atacada.

Alega la accionante que la resolución impugnada ante esta Sala resuelve la cuestión de manera arbitraria violentando en consecuencia todos los preceptos constitucionales citados anteriormente, en este sentido y entre otras cosas afirma que los juzgadores se han apartado de las constancias de autos como así también que se ha resuelto en forma apartada de lo que establece la ley.

Respecto de tales afirmaciones, y una vez analizados los fundamentos expuestos en la sentencia impugnada surgen ciertos aspectos que llaman la atención. El primero de ellos emerge de las afirmaciones del tribunal cuando refiere que “...*la codemandada Luz Marina Benítez no opone como defensa la excepción de falta de acción, de lo que puede inferirse la aceptación de su responsabilidad en cuanto a la relación laboral de las actoras*” (sic). En este punto cabe traer a colación lo establecido por la Ley N° 742/61 Código Procesal del Trabajo en su artículo 119 cuando expresa: “*Solo son admisibles como excepciones: a) la incompetencia de jurisdicción, b) la falta de personería de las partes o sus representantes, c) la litis pendencia en otro juez o tribunal competente, d) la cosa juzgada, e) la transacción y f) la prescripción*”. Aquí llama la atención notoriamente como el tribunal establece una presunción ante la omisión de una facultad inexistente en el ordenamiento respectivo, es decir, hacer operar una presunción en contra de una de las partes litigantes por el hecho de no haber hecho uso de una defensa que el ordenamiento legal no le otorga.

Seguidamente reconoce que los testimonios citados por el apelante no tienen la contundencia probatoria en cuanto a la conducta imputada a la Sra. Benítez Cattebeke, en lo que hace a la administración fraudulenta de la firmando que aquellos fueron prestados en relación a una medida cautelar y no a la cuestión principal-, pero no obstante ello, sustenta en ellos lo que a su vez es una presunción de cumplimiento de lo prescripto por el Art. 1111 del Código Civil que expresa: “*Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de sus estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades, o culpa grave*”, vale decir, reconoce su ineficacia probatoria en el tema central, pero las utiliza como sustento para acreditar la viabilidad de una situación todavía más grave a la que se suma la ambigüedad de no especificar cual de las situaciones descriptas en la norma es la que atribuye a la Sra. Benítez, esto último se constata de lo expresado por los mismos cuando refieren que “*existen serias y graves presunciones que su conducta esta encuadrada en una hipótesis prevista en el art. 1111 del C.C.*” (SIC). Se desprende del artículo transcrito que pueden existir las siguientes hipótesis: a) inejecución del mandato, b) mal desempeño de mandato, c) violación de la ley, d) violación de los estatutos, e) perjuicio causado por dolo, abuso de facultades o culpa grave. De la lectura del fallo atacado, los

magistrados se limitan a afirmar la presunción de incursión de la Sra. Benítez en lo preceptuado por el artículo 1111 del C.C., más en ningún momento justifican debidamente esta situación, ni en base a constancias probatorias ni especificando en cuales de las situaciones consideran ellos que haya incurrido la impugnante.

Lo hasta aquí mencionado revela su relevancia al erigirse como sustento de lo expresado posteriormente y que pasa a constituirse en otra de las manifestaciones preocupantes por el hecho de provenir de un juzgador cuando sentencia que “*no procede, pues, descartarse sin mas, a mi juicio, la responsabilidad de dicha persona, por el solo hecho de que por ley es considerada persona diferente y con patrimonio independiente de la sociedad que representa (Art. 94 C.C.)*” (sic), significa ello que el juzgador considera inapropiada la consecuencia que otorga la ley (Art. 94 C.C.) a la situación planteada en los autos principales ya que a su criterio y en base a su íntima convicción existen presunciones de una actitud inadecuada por parte de la demandada, esto no significa otra cosa que ignorar lo prescripto por la ley para hacer imperar un criterio propio a su vez basado en presunciones al momento de sentenciar.

Con relación a lo antedicho vemos en las constancias de autos que según acta N° 2 de fecha 1 de septiembre del 2006 obrantes a fs. 44, del directorio de la firma Wireless S.A. la Sra. Benítez Cattebeke es designada como Directora y Representante Legal de la misma, a esto sumamos el extremo de que la propia accionante a fs. 115 menciona en su escrito inicial que fue contratada por la Empresa Sur Comunicaciones o Shopping Cell S.A. y luego, ante la fusión de esta y la firma Wireless S.A. es contratada por la demandada Benítez Cattebeke, situación que en atención al acta mencionada anteriormente, debió lógicamente ser realizada en carácter de directora de la firma con la consecuencia prevista en el artículo 94 del Código Civil que expresa: “*Las personas jurídicas son sujetos de derechos distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes*”.

Sus miembros no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en este Código”.

En la extensión de los fundamentos aportados por el A Quem se vislumbran argumentaciones que justifican su decisión en forma aparente siendo que, como se ha señalado, el mismo sustenta a su fallo en presunciones fácilmente rebatibles que demuestran un apartamiento del derecho vigente llegando inclusive al

caso de señalarse la preeminencia de un criterio personal por sobre lo establecido por el texto legal para el caso. Respecto de situaciones como la señalada Néstor Pedro Sagués en su obra *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª edición Actualizada y Ampliada, Tomo II, Pág. 170, al analizar la doctrina de la Sentencia Arbitraria se expresa sobre lo mencionado en el ítem “*Sentencias que desconocen o se apartan de la norma o del principio aplicable*” y refiere: “*Aludimos aquí al supuesto de los fallos que no aplican la normatividad en vigor; la resolución que decide la cuestión con prescindencia u omisión de lo preceptuado en la disposición legal que rija al punto, es arbitraria y debe ser dejada sin efecto, enseña la Corte Suprema. Tal prescindencia implica un error de derecho, que hace funcionar la descalificación por arbitrariedad...*” y agrega: “*La Corte agrega que es arbitrario el veredicto judicial que prescindió de la consideración de una norma aplicable, que pudo ser decisiva en el caso, puesto que tal prescindencia configura arbitrariedad y ataca el derecho de defensa en juicio. Lo mismo pasa con el pronunciamiento que se aparta de las disposiciones legales expresas, o el que implica un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o el que contradice un claro precepto legal*”.

En atención a lo expuesto con anterioridad, cabe considerar que los fundamentos expuestos por el tribunal se encuentran alejados de las reglas jurídicas regentes, violentan con ello lo dispuesto por el artículo 256, párrafo segundo, de la Constitución Nacional: “*De la forma de los juicios. ... Toda sentencia judicial deberá estar fundada en esta Constitución y en la Ley*” lo que acarrea una única consecuencia jurídica.

Por todo lo señalado, en atención a las consideraciones legales citadas y concordantes, y visto el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la presente acción y en consecuencia declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 128 de fecha 17 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Segunda Sala, en los autos caratulados: “*PATRICIA CAROLINA CAÑETE WARSHAWSKY Y CRISTINA MARIEL ZÁRATE SOLÍS C/ EMPRESA WIRELESS S.A. Y LUZ MARINA BENÍTEZ S/ COBRO DE GUARANÍES EN DIVERSOS CONCEPTOS*”, por conculcar lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución Nacional, ello con el alcance de lo establecido por el artículo 192 del Código de Procedimientos Civiles. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La cuestión versa sobre si puede o no condenarse al pago de los rubros reclamados, junto a la empleado-

ra, a la codemandada que ejerce funciones de la Directora de la patronal. Los Arts. 25 y 28 del C.L. establecen quienes responden, solidariamente con el empleador, de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo. El Art. 25 del C.L. establece quienes pueden ser considerados como representantes del empleador pero, solo establece la responsabilidad solidaria de “los intermediarios” con el empleador, y para el caso de que no declaren su calidad de tales y el nombre del empleador por cuenta de quien actúan, al celebrar contratos de trabajo. Por su parte el Art. 28 del C.L. establece la responsabilidad solidaria entre el empleador sustituido y el empleador sustituyente, por las obligaciones legales o contractuales derivadas del contrato de trabajo que hubieren nacido antes de la sustitución. Ninguna de las normas incluye a los directores, gerentes, administradores, etc. quienes si bien representan al empleador, el Código Laboral no los hace solidariamente responsables con el empleador, de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de trabajo. En la legislación laboral existen normas que regulan expresamente la cuestión por lo que no corresponde la aplicación subsidiaria del Art. 1111 del C.C. El A. y S. N° 128 del 17 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo – Segunda Sala de Asunción, es inconstitucional por arbitrario ya que se basa en normas inexactas resolviendo así contrariamente a lo establecido en los Arts. 25 y 28 del C.L. que regulan la materia. La resolución objeto de esta acción de inconstitucionalidad viola el Art. 256 de la C.N., por la que la acción debe ser admitida. Costas a la perdidosa. ES MI VOTO.

A su turno el doctor NUÑEZ RODRIGUEZ manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 128 de fecha 17 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Segunda Sala.

IMPONER las costas a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.
FDO.: MINISTROS GLADYS BAREIRO DE MÓDICA, VÍCTOR NU-
ÑEZ Y ANTONIO FRETES.

Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar (Secretario Judicial I).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.579

Cuestión debatida: *Constituye objeto de estudio en esta instancia, sólo los puntos que fueran revocados por el Acuerdo y Sentencia recurrido, que son los referentes a la indemnización daños y perjuicios, en los que fueron comprendidos el valor de reembolso de las acciones, la retribución como promotor y la repartición de utilidades de ejercicios fenecidos.*

SOCIEDAD. PRUEBA. Carga de la prueba.

El que afirma la existencia de un hecho debe aportar la prueba pertinente que lo justifique. Es decir, la carga probatoria incumbe a la parte actora, quien no puede pretender que el demandado pruebe que él ostentaba la calidad de accionista.

SOCIEDAD ANONIMA. Acciones de sociedad anónima.

En cuanto al reembolso del valor de las acciones, tal petición es improcedente, ya que todo aporte integra y forma parte del capital social y solo es procedente en las condiciones previstas en los Arts. 1091 y 1092 del Código Civil, que no es el caso de autos. "...La acción no incorpora ni un derecho de crédito ni un derecho real, sino un status al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones. Ese status abraza el conjunto de derechos, cargas, funciones y facultades correspondientes al socio, frente a la sociedad.

SOCIEDAD ANONIMA. Acciones de sociedad anónima.

La retribución o participación no ha sido expresamente pactada en el acto constitutivo de la sociedad, ni la misma ha sido formada mediante suscripción pública, lo que torna improcedente la reclamación.

SOCIEDAD ANONIMA. Acciones de sociedad anónima.

En cuanto a la participación de las utilidades, el mismo no tiene derecho a las mismas, al no haber acreditado su calidad de accionista, tal como se refiriera precedentemente.

CSJ. Sala Civil.27/12/02. “Herib Raúl González Ruíz c/Forestal Mbutuy S.A. Industrial, Comercial, Ganadera y Otros s/Indemnización de Daños y Perjuicios y Otros”. (Ac. y Sent. 1579).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear 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: FRETES, SOSA ELIZECHE y RÍOS ÁVALOS.

A la primera cuestión planteada, el doctor FRETES dijo: El recurrente solicitó la nulidad de oficio tanto del Acuerdo y Sentencia recurrido como de la sentencia de primera instancia, por vicio de congruencia. Alega que la sentencia de primera instancia, es imposible de entender, y que el Tribunal de Segunda instancia tendría que haber declarado la nulidad, ya que una sentencia de tal naturaleza no puede tener la fuerza o habilidad para decidir una contienda judicial, ya sea a favor en contra de cualquiera de las partes.

Cabe destacar que el recurrente, no interpuso recurso alguno contra la sentencia de primera instancia, habiendo manifestado al contestar el traslado de la expresión de agravios “...que lo único que hizo el Ad-quo es hacer justicia...”. Consiguientemente, mal puede en esta instancia alegar un vicio que en la instancia pertinente fue consentido. Además no se advierten en la sentencia en revisión defectos o vicios que justifiquen la declaración de nulidad de oficio en los términos que autorizan los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, debe declararse desierto el recurso.

A su turno, los doctores RÍOS ÁVALOS y SOSA ELIZECHE manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el doctor FRETES prosiguió diciendo: Cabe recordar que este juicio fue promovido por el Sr. Herib Raúl Gonzáles contra la firma Forestal Mbutuy S.A., Industrial, Comercial y Ganadera, y al Presidente y Síndico de la firma, Sres. Roberto Vertuan y Giorgio Novaro, por indemnización de daños y perjuicios, daño moral, nulidad de asamblea ordinaria y extraordinaria, reembolso del valor de acciones, retribución como promotor y fundador de la sociedad anónima.

Con referencia a la indemnización de daños y perjuicios expresa que constituyó una sociedad anónima, con el Sr. Roberto Vertuan, denominada Forestal

Mbutuy S.A. Industrial, Comercial y Ganadera, en fecha 07 de abril de 1995, con una duración de 99 años, con un capital integrado de Doscientos cincuenta millones de guaraníes (G. 250.000.000), distribuidos de la siguiente forma: Roberto Vertuan la suma de Guaraníes Doscientos veinticinco millones (G. 225.000.000), y Herib Raúl González Ruiz la suma de Guaraníes Veinticinco millones (G. 25.000.000), habiendo sido designado como Director titular y Administración general de la sociedad. Manifiesta igualmente que para la formación, constitución y funcionamiento de la sociedad como promotor y fundador, realizó inversiones millonarias, siendo el perjuicio sufrido por su mandante la suma de Guaraníes cuatrocientos cuarenta y ocho millones cuatrocientos setenta mil (G. 448.470.000). En concepto de daño moral, reclama la suma de Guaraníes Doscientos veinticuatro millones doscientos treinta y cinco mil (G. 224.235.000) y como lucro cesante la suma de Guaraníes Ochenta y nueve millones seiscientos noventa y cuatro mil (G.896904.000). El monto total asciende a la suma de Guaraníes Setecientos sesenta y dos millones trescientos noventa y nueve mil (G. 762.399.000), más intereses, costos y costas del juicio.

El actor solicita igualmente el reembolso del valor de las acciones, alegando que es socio de la firma demandada con cinco acciones de Guaraníes Cinco millones cada una, que totalizan la suma de Guaraníes Veinticinco millones y que en oportunidad de la asamblea estuvo disconforme con la aprobación del balance que tenía una supuesta pérdida de Guaraníes Treinta millones cuatrocientos veintiún mil setenta y tres (G. 30.421.073), por lo que se negó a firmar las actas, habiendo formulado una denuncia ante el Juzgado de Paz de Simón Bolívar. Asimismo solicito retribución como promotor y fundador de la sociedad, conforme al Art. 1058 del Código Civil, cuyo monto deberá determinarse conforme a las utilidades liquidadas de la sociedad, a partir de un diez por ciento y hasta lo que la ley obliga.

Peticiona igualmente la repartición de utilidades de la sociedad, ya que en la convocatoria de la sociedad no figuraba como orden del día la distribución de utilidades, contraviniendo el Art. 1079 del Código Civil y que la distribución se realice en la proporción que le pueda corresponder, conforme a las acciones que tiene en la sociedad.

Por S.D. N° 122 del 23 de mayo de 2001, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, se hizo lugar a la demanda de indemnización de

daños y perjuicios, condenando a la demandada al resarcimiento de la suma de Guaraníes Quinientos Veintiséis millones ciento treinta y dos mil quinientos (G. 526.132.500), en los conceptos de reembolso del valor nominal de acciones del actor, daño emergente, lucro cesante, remuneración como promotor, e intereses moratorios; no se hizo lugar a las demanda de nulidad de la asamblea ordinaria y extraordinaria de la firma Forestal Mbutuy S.A. Industrial, Comercial y Ganadera, y daño moral resarcitorio, como tampoco se hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el Presidente de la firma Forestal Mbutuy S.A. Industrial y Comercial y Ganadera, Sr. Roberto Vertuan y del Síndico de la misma Sr. Giorgio Novaro, imponiéndose las costas por su orden (fs. 582/590).

Por Acuerdo y Sentencia N° 63 del 31 de octubre de 2001, del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, Segunda Sala, se tuvo por desistido el recurso de nulidad, se revocó, en todas sus partes la S.D. N° 122 del 23 de mayo de 2001, que fuera apelada e impuso las costas de ambas instancias al perdidoso (fs. 643/646).

En esta instancia, la parte actora, al fundamentar el recurso de apelación manifestó que el Tribunal negó la calidad de accionista de su mandante, la que sin embargo surge de las actas de las asambleas ordinaria y extraordinaria, que el mismo participó e incluso fue designado Secretario de las mismas, no habiendo probado la demandada, que solo participara en carácter de Director y Administrador, no ya como accionista, por lo que contradicen lo expresado en las actas. Agrega que es imposible que los demandados hayan permitido a su mandante participar de la asamblea sin que antes el mismo haya depositado previamente las acciones, presumiéndose salvo prueba en contrario, que los demandados retuvieron indebidamente las acciones de su mandante, apropiándose de ellas en forma ilegítima. La calidad de accionista de los asistentes se prueba a través del libro de asistencia, sin embargo, este libro no fue presentado por los demandados en el momento que se les requirió en el expediente de diligencias preparatorias. Manifiesta además, que a causa de haberse negado a firmar las actas de las asambleas, los demandados ya no le entregaron sus acciones, despojándolos de las mismas indebidamente.

En primer lugar cabe mencionar, que constituye objeto de estudio en esta instancia, sólo los puntos que fueran revocados por el Acuerdo y Sentencia

recurrido, que son los referentes a la indemnización daños y perjuicios, en los que fueron comprendidos el valor de reembolso de las acciones, la retribución como promotor y la repartición de utilidades de ejercicios fenecidos. En lo que hace relación a las acciones de resarcimiento de daño moral y nulidad de las asambleas contra la firma Forestal Mbutuy S.A. Industrial, Comercial, Ganadera, las mismas fueron desestimadas en primera instancia, al igual que la acción de daños y perjuicios contra el Presidente y Síndico de la sociedad Sres. Vertuan y Novaro, no habiendo sido objeto de recurso por la actora. Consiguientemente, han quedado firmes, lo que impide el estudio en esta instancia.

Cabe examinar, si el actor ha demostrado o no su calidad de accionista de la firma Forestal Mbutuy S.A. Industrial, Comercial, Ganadera. Al respecto a fs. 337/350 se encuentra agregada la escritura pública N° 60 del 07 de abril de 1995 autorizada por la Notaria Elvia Amarilla de Báez, en la que los Sres. Roberto Vertuan y Herib Raúl González Ruiz constituyeron la firma denominada Forestal Mbutuy, Industrial, Comercial y Ganadera S.A. con un capital suscrito e integrado de Guaraníes Doscientos cincuenta millones (G. 250.000.000) representado por una serie única de cincuenta acciones numeradas del 01 al 50 con un valor de cinco millones de guaraníes cada acción (Artículos seis y siete). Asimismo en dicho acto constitutivo, se estableció que las acciones son indivisibles y al portador, con derecho a un voto por acción y debían estar firmadas por el Presidente del Directorio y un Director o dos Directores designados por el Directorio y que tendrán el mismo valor, concediendo a sus tenedores los mismos derechos (Artículos séptimo y octavo). Así también en el artículo decimosexto se estableció que la Dirección y Administración general sería a cargo del Sr. Herib Raúl González Ruiz.

Esta calidad de accionista que inicialmente ostentaba el actor, no ha sido acreditada al promover la demanda de autos. En efecto, no ha acompañado las acciones que determinan su status o calidad de socio. Tampoco ha acreditado que al momento de realizarse las asambleas ordinaria y extraordinaria en fecha 09 de marzo de 1996, el actor ostentara tal calidad. Es decir, el accionante no es tenedor de ninguna de las cinco acciones que invoca como propiedad. El poseedor de las acciones debe ser considerado como titular y su transmisión se verifica por la mera tradición, conforme a la clara normativa del Art. 1517 del Código Civil.

Sabido es que el que afirma la existencia de un hecho debe aportar la prueba pertinente que lo justifique. Es decir, la carga probatoria incumbe a la

parte actora, quien no puede pretender que el demandado pruebe que él ostentaba la calidad de accionista. En el caso en estudio no se dan los presupuestos de inversión de carga de la prueba, previstos en los Arts. 1842, 1843, 1846, 1847, 1853 y concordantes del Código Civil.

En cuanto al reembolso del valor de las acciones, tal petición es improcedente, ya que todo aporte integra y forma parte del capital social y solo es procedente en las condiciones previstas en los Arts. 1091 y 1092 del Código Civil, que no es el caso de autos. “...La acción no incorpora ni un derecho de crédito ni un derecho real, sino un status al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones. Ese status abraza el conjunto de derechos, cargas, funciones y facultades correspondientes al socio, frente a la sociedad...” (Carlos G. Villegas, “Tratado de las sociedades”. Pág. 373. Ed. Jurídica de Chile.1995)

En lo referente a la petición de retribución en calidad de promotor y fundador de la sociedad anónima, la procedencia de la misma está determinada en el Art. 1050 del Código Civil que dispone: “El acto constitutivo indicará: h) la participación en las utilidades eventualmente concedida a los promotores o a los socios fundadores”. Cabe señalar además, que la participación otorgada a los promotores, se da únicamente en el caso de las sociedades anónimas constituidas mediante suscripción pública (Código Civil, art. 1053).

Consiguientemente, en el caso de autos, la retribución o participación no ha sido expresamente pactada en el acto constitutivo de la sociedad, ni la misma ha sido formada mediante suscripción pública, lo que torna improcedente la reclamación.

En cuanto a la participación de las utilidades, el mismo no tiene derecho a las mismas, al no haber acreditado su calidad de accionista, tal como se refiriera precedentemente.

Por las consideraciones que anteceden, soy de la opinión que el Acuerdo y Sentencia recurrido debe ser confirmado, con costas. Es mi voto.

A su turno, los Doctores RÍOS ÁVALOS Y SOSA ELIZECHE manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR con costas, el Acuerdo y Sentencia N° 63 de fecha 31 de octubre de 2001, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional del Menor, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro.

ANOTAR, REGISTRAR Y NOTIFICAR.

Ministros: Antonio Fretes, Bonifacio Ríos Ávalos, Enrique Sosa Elizeche.

Ante mí: Alfredo Benítez Fantilli, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 575

Cuestión debatida: *En el sub-lite la discusión gira en torno de si la persona que suscribió el documento, actuó en representación de la firma demandada, S.A.C. y, en caso afirmativo, si ella queda obligada al cumplimiento de la prestación asumida en el documento.*

PERSONAS. Personas Jurídicas. Firma social. LEY. SOCIEDAD. Administración de la Sociedad.

En cuanto al uso de la firma social, el Directorio de la entidad demandada estableció que la Gerente “podrá actuar conjuntamente con el Presidente y/o Vicepresidente y/o cualquier otra persona autorizada especialmente”, lo cual implica una conducta facultativa y no obligatoria.

Al respecto, cabe recordar que en el caso de las entidades mercantiles, esa potestad es viable por disposición del Art. 55 de la Ley del Comerciante N° 1.034 que expresa: “El factor designado con cláusulas generales se reputará autorizado para ejercer todos los actos inherentes a la dirección y administración del establecimiento mercantil. El instituyente que se proponga reducir estas facultades, deberá consignar expresamente en el instrumento las restricciones impuestas.

PERSONAS. Personas Jurídicas. Firma social. LEY. SOCIEDAD. Administración de la Sociedad.

Como norma interpretativa general se debe tener en cuenta que la ley presume tanto la amplitud del mandato para disponer y administrar, como que

los contratos relativos al giro del establecimiento efectuados por el factor se entienden *iure et de iure*, celebrados por cuenta del principal.

PERSONAS. Personas Jurídicas. Firma social. LEY. SOCIEDAD. Administración de la Sociedad.

Estas facultades naturales del factor pueden ser restringidas por el principal, pero tales restricciones deben ser expresas y establecidas con precisión.

PERSONAS. Personas Jurídicas. Firma social. LEY. SOCIEDAD. Administración de la Sociedad.

Se supone que una “Empresa honesta” al realizar transacciones comerciales con sus clientes puede y debe considerar estos detalles, cuidando de esta manera su buena reputación en el Mercado y no esconderse detrás de una falacia o artilugio legal para eludir su obligación y enriquecerse sin causa a costa del perjuicio patrimonial de terceros.

CSJ. Sala Civil. 20/07/05. Arsenio Adorno Querey C/ACE S.A.C. S/ Cumplimiento De Contrato Y Otro”(Ac. y Sent. 575).

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 su defecto, se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: TORRES KIRMSER, BAJAC ALBERTINI Y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER dijo: El recurrente desistió expresamente del Recurso de Nulidad. Por lo demás, en la Sentencia impugnada no se advierten vicios o defectos que ameriten la declaración de Nulidad de oficio, en los términos que autorizan los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, corresponde tenerle por desistido del referido Recurso. Voto, pues, en ese sentido.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI Y GARAY DIJERON QUE: Se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER dijo: Este juicio fue promovido por el Abogado Arsenio Adorno Querey, por derecho propio, demandando cumplimiento de contrato y obligación de hacer Escritura Pública. Alegó el demandante que celebró con la

Agencia Comercial Espinoza S.A.C. un contrato de compra-venta de un automóvil marca Alfa Romeo, modelo 90, cuyos detalles y demás especificaciones técnicas se encuentran en el documento que acredita la operación (f. 2). Agregó que por el precio de venta entregó la suma de Gs.16.500.000 (DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS MIL GUARANÍES) y transfirió un automóvil marca Toyota Corolla año 1981 y un jeep marca Willys americano, más la entrega de Gs.5.750.000 (CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL GUARANÍES) en efectivo, quedando así cancelada la obligación asumida. La citada sociedad le entregó un automóvil marca Alfa Romeo, modelo 90, obligándose a transferirlo a su nombre o al de la persona que designe, debiendo pagarse los gastos de transferencia por partes iguales. Reclamó el cumplimiento de esta obligación en razón de haber agotado todos los medios posibles para el otorgamiento de la escritura pública.

El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 5° Turno de la Capital, por S.D. N° 742 de fecha 13 de julio de 2000, resolvió: “I) RECHAZAR, con costas, la excepción de falta de acción deducida en autos, por improcedente; II) HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda que por cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública, promueve el Abogado ARSE- NIO ADORNO QUEREY contra la firma ACE SOCIEDAD ANÓNIMA CO- MERCIAL y en consecuencia, emplazar a la firma demandada a otorgar la correspondiente escritura pública a favor del actor, del automóvil usado, marca Alfa Romeo, modelo 90, turbo diesel, año 1987, Chasis N° ZAR162A3000015326, Motor N° VM81A-21460, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de que si no lo hiciere lo hará el Juzgado en su nombre; III) ANOTESE ...” (fs. 92/95).

Recurrida la citada resolución, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 34 del 30 de Abril de 2001, resolvió: “TENER por desistido a la recurrente del recurso de nulidad; REVOCAR, con costas la S.D. N° 742 del 13 de julio del año 2000. ANOTAR” (fs. 114/116).

El Tribunal *ad quem* expresó que la Licenciada Gladys de González no tenía atribuciones para comprometer a la accionada; que no existen registros de tal operación y el vehículo supuestamente vendido nunca ha pertenecido a la misma; que según los Estatutos Sociales, el uso de la firma social estará a cargo del Presidente con un Director o un Gerente en forma conjunta; que solamente la firma conjunta obligará a la sociedad; que en caso de ausencia o impedimento

del Presidente lo reemplazará el Vicepresidente; que el Directorio determinará el o los gerentes que tendrán el uso de la firma social” (Art. 16, f. 9). Que el documento que sirve de base a la acción está suscripto únicamente por la Licenciada Gladys de González; por consiguiente, dicho documento no puede comprometer a la firma demandada; que el poder otorgado por la accionada a la citada señora (fs. 38/41), en su calidad de gerente administrativo, le faculta a realizar prácticamente todos los actos comerciales de la sociedad, pero siempre en forma conjunta “con el Presidente o el Vicepresidente o cualquier otra persona autorizada especialmente”; que en ningún párrafo se alude a una autorización o facultad para cerrar trato por sí sola comprometiéndolo a la firma; que la operación realizada se refiere a la comercialización de artículos que solo pueden transcribirse por medio de escritura pública en razón de que los automóviles son bienes muebles registrables conforme a lo dispuesto en el Art. 2.071 del Código Civil; que el informe pericial contable determinó que en el libro Inventario de la demandada del 31 de diciembre de 1976 hasta julio de 1998 no se encontró registro de ninguna operación de compra-venta del citado vehículo, ni tampoco hay indicios de que la firma haya recibido un Toyota Corolla del año 1981 y una camioneta Willys a cuenta del precio, (ninguno de estos vehículos figuran en el patrimonio de la empresa); que en el libro Diario desde 1991 hasta Julio de 1998 tampoco hay indicios de una operación de esa naturaleza. En base a tales consideraciones, concluyó que corresponde revocar la sentencia de Primera Instancia haciendo lugar a la excepción de falta de acción, rechazando en consecuencia la demanda promovida por la parte actora, con costas.

El actor apeló contra esta resolución, expresando sus agravios en los términos del escrito obrante a fs. 120/123, alegando que los argumentos arbitrarios y parcialistas del Tribunal son: 1) Que la Señora Gladys de González, a pesar del poder otorgádole por la empresa, no podía con su sola firma obligar a la sociedad; 2) que el informe pericial contable sobre los libros de la Empresa no registra operaciones de compra-venta del vehículo Alfa Romeo objeto de la litis. Sin embargo, señaló que el contrato de compra-venta quedó demostrado con el instrumento de fojas 2; que existe reconocimiento de la firmante de que el contrato se realizó en nombre de la Sociedad; que la declaración testifical del gerente comercial, Licenciado Luis Alberto Alejandro Centurión Morínigo, ratificó lo señalado precedentemente; y que el poder otorgado por la sociedad a la Licenciada Gladys de González le facultaba a suscribir la transferencia del automóvil

en nombre de la firma; que la cláusula del Estatuto que señala que deben existir firmas conjuntas no le puede eximir de la obligación contraída cuando el comprador es un tercero de buena fe (quien no sabe y no tiene por qué saber lo que dice el Estatuto); que el informe pericial contable no puede ser analizado aisladamente sino, en forma conjunta con los demás elementos probatorios; tampoco se ha negado al contestar la demanda que el automóvil, objeto de la litis, no era de su propiedad. Finalmente, solicitó la revocación de la sentencia recurrida y, en consecuencia, confirmar la resolución de Primera Instancia de fs. 92/95.

La parte demandada contestó tales agravios a fs. 125/128, arguyendo que el actor no ha acreditado en forma positiva el vínculo del cual se desprende la obligación por él pretendida; que el único documento en el cual funda su pretensión es el de foja 2 que carece de fecha cierta y se encuentra rubricado por una persona que no tiene poder suficiente y válido para obligar a la firma demandada, no siendo oponible a la firma ACE S.A.C. por tratarse de un acto de carácter privado y realizado por una persona que no contaba con autorización expresa o poder de acuerdo con los Estatutos Sociales que reglamentan su funcionamiento. Finalmente, solicitó se proceda a confirmar en todas sus partes el Acuerdo y Sentencia N° 34 del 30 de abril de 2001, con expresa imposición de costas.

En primer lugar, cabe señalar que en esta instancia la validez del documento obrante a foja 2 de autos no es materia de controversia, dado que ha quedado reconocida la firma obrante en el mismo por la propia Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González, en la respuesta a la séptima pregunta de la declaración testifical (f. 42) y, en consecuencia, el contenido del documento es válido también, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 404 del Código Civil, que establece: “El reconocimiento judicial de la firma importa el del cuerpo del instrumento”.

En el sub-lite la discusión gira en torno de si la persona que suscribió el documento, la Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González, actuó en representación de la firma demandada, ACE S.A.C. y, en caso afirmativo, si ella queda obligada al cumplimiento de la prestación asumida en el documento de foja 2.

La demandada es una persona jurídica y, como tal, sus actos son los realizados por sus órganos (Art. 97 del Código Civil). Dado que es una Sociedad Anónima, el órgano encargado de la administración y representación de la misma es el Directorio (Arts. 1.102 y 1.108 del Código Civil).

De acuerdo a los Estatutos Sociales, el número de integrantes del Directorio que ejerce la representación de ACE S.A.C. será establecido por la Asamblea y no será inferior a tres titulares (Art. 11).

El Art. 16 de los citados Estatutos Sociales establece: “El uso de la firma social estará a cargo del Presidente con un Director o un Gerente en forma conjunta; solamente la firma conjunta obligará a la sociedad. En caso de ausencia o fallecimiento del Presidente, lo reemplazará el Vicepresidente. El Directorio determinará el o los Gerentes que tendrán uso de la firma social”.

En el caso de autos, la Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González, que suscribió el documento cuyo cumplimiento pretende el actor, fue designada Gerente Administrativa de ACE S.A.C. por Acta N° 38 del Directorio, transcrita en la Escritura Pública N° 7 del 10 de febrero de 1983 (fs. 39/41), otorgándosele poder suficiente para hacer uso de la firma social conforme lo autoriza el Art. 16 precedentemente transcripto.

El Directorio, por ese acto, designó a la Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González, en calidad de gerente o factor de la empresa demandada en los términos del Art. 53 de la Ley N° 1.034 del Comerciante, quedando la misma “legalmente capacitada para el ejercicio del comercio”, ya que el principal le encargó mediante mandato el uso de la firma social y la administración de sus negocios o la de su establecimiento comercial, a través de instrumento público de acuerdo al Art. 54 de la mencionada ley. En efecto, en el *sub - exámine*, tenemos que el Directorio de la entidad demandada dispuso “Otorgar poder a la Sra. Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González” y se estableció que “podrá actuar conjuntamente con el Presidente y/o Vicepresidente y/o cualquier otra persona autorizada especialmente, para abrir y cerrar cuentas corrientes..., transferencias de inmuebles, autovehículos” (f. 40).

En cuanto al uso de la firma social, el Directorio de la entidad demandada estableció que la Gerente Sra. Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González “podrá actuar conjuntamente con el Presidente y/o Vicepresidente y/o cualquier otra persona autorizada especialmente”, lo cual implica una conducta facultativa y no obligatoria.

Al respecto, cabe recordar que en el caso de las entidades mercantiles, esa potestad es viable por disposición del Art. 55 de la Ley del Comerciante N° 1.034 que expresa: “El factor designado con cláusulas generales se reputará autorizado para ejercer todos los actos inherentes a la dirección y administración del

establecimiento mercantil. El instituyente que se proponga reducir estas facultades, deberá consignar expresamente en el instrumento las restricciones impuestas”.

En ese mismo sentido la doctrina entiende que en el mandato mercantil el principal extiende a favor del factor o gerente la autorización a realizar todos los actos necesarios para la dirección y administración de los negocios, no sólo los ordinarios del comercio, sino todos aquellos que accidentalmente suscite no sólo los indispensables sino también los útiles, no sólo los actos netamente comerciales, sino los civiles relacionados con el ejercicio del comercio. Estas facultades naturales del factor pueden ser restringidas por el principal, pero tales restricciones deben ser expresas y establecidas con precisión. Como norma interpretativa general se debe tener en cuenta que la ley presume tanto la amplitud del mandato para disponer y administrar, como que los contratos relativos al giro del establecimiento efectuados por el factor se entienden *iure et de iure*, celebrados por cuenta del principal. (Vide Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo. “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, tomo II, pág. 229).

De los argumentos anteriormente expuestos se desprende que la persona que suscribió el documento, la Licenciada Gladys Elizabeth Valiente de González, actuó en representación de la firma demandada, ACE S.A.C., obligando a ésta al cumplimiento de la prestación asumida en el documento de foja 2.

Por tales consideraciones, debe rechazarse la excepción de falta de acción opuesta por la parte demandada y hacerse lugar a la presente demanda.

Por consiguiente, corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda con costas a la parte vencida en las tres instancias (Art. 192 Código Procesal Civil). Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI DIJO QUE: Se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO GARAY DIJO: Respecto de la solución dada al Recurso de Apelación por quien me ha precedido en este juzgamiento revocando el Fallo del Tribunal de Alzada, fundamento mi posición jurídica en los siguientes términos:

Por S.D.N° 742 de fecha 13 de julio del 2000, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Quinto Turno de la Capital, resolvió hacer lugar a la Demanda de Cumplimiento de Contrato y Obligación de Hacer Escritura Pública promovida por el Abog. Arsenio Adorno Querey contra la Firma ACE

SOCIEDAD ANÓNIMA COMERCIAL por considerar: “...*Que en ese sentido, sin temor a equívocos podemos afirmar que efectivamente el referido documento obliga a la firma ACE SAC a su cumplimiento, pues, la relación y grado de dependencia de la firmante del documento con la firma demandada, se halla demostrada fehacientemente con la Escritura Pública N° 7 de fecha 10 de Febrero de 1983, inscripta debidamente en el Registro respectivo, cuya copia se halla agregada a fs. 38/41 de autos, por la que, la Lic. Gladys de González ha sido designada en el cargo de Gerente Administrativo, sin perjuicio de las funciones de Contador General de la firma ACE SAC. También, de la declaración testifical del Señor Luis Alberto Centurión Morínigo, a fs. 44 de autos, se deduce que el mismo participó de la operación comercial de referencia en su carácter de Gerente Comercial y que la operación la benefició a la firma ACE SA...*”.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia Número 34 con fecha 30 de Abril del 2.001, revocó la Sentencia más arriba individualizada argumentando: “...*Del estudio de los antecedentes del caso surge que conforme a los Estatutos Sociales, “el uso de la firma social estará a cargo del Presidente con un Director o un Gerente en forma conjunta; obligará a la sociedad. En caso de ausencia o impedimento del Presidente lo reemplazará el Vicepresidente. El Directorio determinar él o los Gerentes que tendrán el uso de la firma social” (art. 16, fs. 9). La normativa transcrita define con claridad que ninguna persona –ni siquiera el Presidente– puede obligar con su acción individual, a la sociedad. Se requiere en todos los casos la firma conjunta de dos personas autorizadas por el Estatuto. En autos, el documento que sirve de base a la acción esta suscripto únicamente por la Lic. Gladys de González; por consiguiente, dicho documento no puede comprometer a la firma demandada. El poder otorgado a la citada señora (fs. 38/41) en su calidad de Gerente Administrativo, le faculta a realizar prácticamente todos los actos comerciales de la sociedad, pero siempre en forma conjunta “con el Presidente o el Vice-Presidente o cualquier otra persona autorizada especialmente”. En ningún párrafo se alude a una autorización o facultad para cerrar trato por sí sola, comprometiendo a la firma. A la luz de los documentos, resulta evidente que el contrato presentado a fs. 2, no tiene la virtualidad de obligar a la empresa, porque sólo lleva una firma responsable...*”.

En apariencia, y si sólo se consideraran formalmente los argumentos del Tribunal de Apelación podría coincidir con sus apreciaciones, pero éstas deduc-

ciones se ven abatidas irremediabilmente ante la verdad objetiva y real. Los hechos se oponen férreamente a los argumentos de la Cámara de Apelación que no han estudiado los antecedentes a la luz de la Buena Fe en los Contratos entre particulares.

Cualquier persona pudo haber sufrido esta clase de despojo, incluyendo a los mismos Profesionales del Foro –como se produjo en el presente Juicio– quien hubiera pensado en el momento de la transacción o hubiera adivinado la existencia de los Estatutos Sociales y el Poder otorgado a la Funcionaria de la Empresa.

El Demandante, confiando en una supuesta “Empresa seria” entregó sus vehículos: 1-) Toyota Corolla 1981 y 2-) Jeep Marca Willys más la suma de Gs. 5.750.000 –hechos comprobados- y retiró un Alfa Romeo, Modelo 90, comprometiéndose la Lic. Gladys de González en nombre de ACE SOCIEDAD ANÓNIMA COMERCIAL –tal como lo indica en sello obrante sobre la firma de la misma a fs. 2– a transferir dicho automóvil a favor del Accionante cuando el mismo lo solicitara.

El Dr. Jorge Mosset Iturraspe considera: “... *Demostrar la buena fe subjetiva es convencer al juez acerca de la ignorancia respecto de la antijuridicidad de una situación o relación jurídica; demostrar que las circunstancias indujeron, erróneamente, a creer que la situación era conforme a Derecho; que no se conocieron los vicios que afectaban la relación o la adquisición ni las causas que provocaban su extinción... La mala fe, en cambio, consiste en el conocimiento de las vicisitudes; de los vicios o defectos que afectan el negocio de adquisición o bien, en el caso del subadquirente, el acto que sirve de antecedente a la transmisión...*” (Interpretación Económica de los Contratos, ps. 224/225).

Según el libro de este mismo Autor: “... *nos dice Betti que “en tal relación de hecho entran en juego las reglas de corrección y entran en vigor; no sólo el deber de lealtad en el negociar; sino también obligaciones específicas que pueden ser de información o de aclaración, en razón de la posibilidad de que la esfera de intereses de la otra parte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de las informaciones y aclaraciones debidas... Es muy interesante la obra de Gabriel y Rubén Stiglitz sobre la responsabilidad precontractual que gira básicamente sobre el “deber de información”, que nosotros hemos denominado de comunicación. Como síntesis de los hechos contrarios a la buena fe, en la etapa formativa del contrato, señalan los autores recordados: “a) Ocultar la realidad a través*

de la reticencia (dolo pasivo) b) Falsificar la realidad, mediante la disimulación de lo verdadero c) Silenciar, por negligencia o por ignorancia culpable, la inexistencia de una causa de ineficacia d) Apartarse, injustificada y arbitrariamente, de las tratativas e) prolongar deliberada e incausadamente las tratativas, para luego contratar con un tercero f) Actuar sin poder, o más allá de sus límites g) revocar la propuesta, habiéndose renunciado a la facultad de retractarla, o cuando se hubiese obligado a permanecer en ella...” (Interpretación Económica de los Contratos, pág. 205).

Sin duda, que del cotejo del texto parcialmente transcrito, se arriba la conclusión que esta situación jurídica se identifica con más de un inciso de la mencionada lectura.

Se supone que una “Empresa honesta” al realizar transacciones comerciales con sus clientes puede y debe considerar estos detalles, cuidando de esta manera su buena reputación en el Mercado y no esconderse detrás de una falacia o artilugio legal para eludir su obligación y enriquecerse sin causa a costa del perjuicio patrimonial de terceros.

En este Juicio se dan los presupuestos establecidos en el Art. 1817 del Código Civil que establece: *“El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio. Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda”*.

Estudiando puntualmente dichos requisitos, surgen con diáfana claridad las siguientes conclusiones:

1) Enriquecimiento a Costa Ajena: Entendido como toda ventaja o aumento susceptible de apreciación pecuniaria. En el Caso de Autos, se aprecia que el Demandado entregó dos automóviles y dinero en efectivo a la Firma Demandada.

2) Ausencia de Causa: Enriquecimiento del Demandado sin tener derecho al mismo: Este requisito se produjo desde el momento en que la Firma Demandada no transfirió el vehículo a nombre del Demandante, como lo convino independientemente de los detalles formales.

3) Daño producido: El despojo de dos vehículos y dinero en efectivo que pertenecían al Demandante.

4) Relación de Causalidad: El acuerdo entre las Partes autónomamente.

Cabe señalar además, que los hechos más arriba mencionados, no fueron propiamente negados por la Empresa. Al contrario, la Parte Demandada, más bien alegó que no se dieron los requisitos establecidos en los Estatutos Sociales para hacer válido este Contrato Privado, una falacia formal que no debe ser impedimento que obste a que se haga justicia.

Son hechos irrefutables, los siguientes:

1) La transacción comercial se produjo, tal como se aprecia en el documento privado obrante a fs. 2.

2) La persona que firmó dicho documento era Funcionaria de la Empresa (fs. 39/41) y firmó en dicho carácter el documento (fs. 42), reconoció estos hechos y sobre todo que la operación comercial benefició a la firma ACE SAC. En tal sentido, también declaró Luis Alberto Alejandro Centurión Morínigo (fs. 44 y 66) agregando que estas operaciones eran habituales en dicha Firma.

En este caso, la cuestión principal no gravita en el hecho que hubo o no firma, estuvo o no autorizada, sino en el hecho que hubo una transacción comercial y la Empresa Demandada salió beneficiada.

3) El Demandante transfirió los vehículos de su propiedad a favor de la Firma ante la Escribanía designada por la Demandada (fs. 72).

Tampoco es prueba de descargo la prueba pericial contable obrante a fs. 80, la cual antes de establecer la inexistencia de la transacción aludida, más bien revela la manera irregular en que la Empresa Demandada lleva sus asientos contables y se contraponen a las manifestaciones obrantes a fs. (2/3) del Expediente caratulado: "ARSENIO ADORNO QUEREY S/ DILIGENCIAS PREPARATORIAS" en el cual se observa el Acta de Intimación Notarial, donde constan las manifestaciones del Gerente de Operaciones Patricio M. Vente: "...*en esta Empresa, con la nueva administración no existe documento alguno, ni archivos a los cuales puedan remitirse para la búsqueda de documentos, teniendo en cuenta que la anterior administración ha desmantelado todos los documentos de todo índole...*". Lo cual nos lleva a cuestionar de donde surgieron los documentos contables objetos de estudio por parte del Perito.

Cabe agregar finalmente, que la Demanda se inició en fecha 29 de Diciembre de 1.997 y que se dictó Sentencia Definitiva en fecha 13 de Julio del 2.000, recurrida la Sentencia de Primera Instancia, ésta fue revocada en fecha 30 de Abril del 2.001 y siendo ésta la fecha en que aún no ha sido resuelta, a lo cual se debe mencionar obligatoriamente que la justicia, sólo es eficaz cuando llega a tiempo.

Otro detalle que corresponde mencionar, a fs. 103 vlto. obra el informe de los Registros Públicos donde se comunicó que el automóvil Alfa Romeo carece de datos suficientes para establecer la condiciones de dominio. También sería interesante –para aclarar aún más este caso– solicitar a los Registros Públicos, las condiciones de dominio de los vehículos entregados por el Demandante, corroborando así la transferencia que el mismo manifestó haber realizado a favor de la Empresa Demandada.

Considerando los sólidos e irrefutables elementos de convicción brindados por las declaraciones testificales y una vez estudiados en el contexto general, arroja la conclusión que la Empresa Demandada acostumbra realizar este tipo de transacciones normalmente y no las registra en sus asientos contables, hechos que suscitan suspicacias e interrogantes que no corresponden al Fuero Civil propiamente dicho.

Según Jorge Mosset Iturraspe: “...*La Corte Suprema ha dicho, en el caso “Colalillo, D c/ Cía de Seguros”, que cuando el caso presenta “características singulares” es obligación de los jueces “ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios”. Esa aplicación mecánica alumbró a la justicia que denominamos “generalizada y abstracta”, y agrega: “...es condición de validez de un fallo judicial que él sea una conclusión razonada del Derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa (...) Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad...”*, empero aclara la Corte, “*el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte*”. Y glosando las facultades de que disponen los jueces, a fin de no quedar encerrados en la “verdad formal”, concluye: “*Que concordadamente con ello, la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino, precisamente, la frustración ritual de la aplicación del Derecho*”. Este magnífico pensamiento

-olvidado por tantos jueces- es completado por una frase que es toda una sentencia: "...la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia..." (Interpretación Económica de los Contratos, ps. 90/92).

Claramente, surge de esta progresión de silogismos que en caso de rechazarse la Demanda, se estaría dando pie al enriquecimiento sin causa de la Firma Demandada.

Por las razones explicitadas, considero que se dan los presupuestos de fondo para hacer viable la pretensión del Apelante, por lo que corresponde la REVOCACIÓN del Acuerdo y Sentencia Número 34 con fecha 30 de Abril del 2.001, recurrida e imponer las Costas a la perdidosa, de conformidad a los Artículos 192, 203, inciso b) y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

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

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

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 34 de fecha 30 de abril de 2001, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala y, en consecuencia, **HACER LUGAR** a la presente demanda, que por cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública, promueve el abogado ARSE-NIO ADORNO QUEREY contra la firma ACE SOCIEDD ANONIMA COMER-CIAL y, en consecuencia, emplazar a la firma demandada a otorgar la correspondiente escritura pública a favor del actor, del automóvil usado, marca Alfa Romeo, modelo 90, turbo diesel, año 1987, Chasis N° ZAR162A3000015326, Motor N° VM81A-21460, en el plazo de DIEZ DÍAS, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere, lo hará el Juzgado en su nombre.

IMPONER las costas a la parte vencida en las tres instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GARAY, BAJAC ALBERTINI, TORRES KIRMSER.

ANTE MÍ: ALEJANDRINO CUEVAS, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

Cuestión debatida: *Se analiza si un socio de una S.A. tiene legitimación activa para accionar individualmente contra los administradores de la misma.*

SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios. Facultad de los Directores.

Las únicas circunstancias en las que el socio de una S.A. puede accionar individualmente contra los administradores son las siguientes: por mal desempeño del mandato, Arts. 1114, 1113 y concordantes del Código Civil; y por daños ocasionados por el administrador directamente a derechos individuales del socio, según el Art. 1116 del mismo cuerpo legal.

SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios. Facultad de los Directores. Acción societaria. MANDATO.

El ejercicio de la acción por mal desempeño del mandato depende de una decisión de la asamblea, por lo que se da en denominarla acción societaria. Tal como establece el Art. 1114, el accionista solamente podrá promoverla cuando “la acción no fuere iniciada dentro del plazo de tres meses, contado desde la fecha del acuerdo”, o cuando la asamblea decida renunciar a la acción o transigir, en cuyo caso “podrá ser ejercida por los accionistas que se hubieren opuesto”.

SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios.

En lo referente a la acción directa contra el administrador –Art. 1116– se requiere que el socio “haya sido directamente perjudicado por actos culposos o dolosos de los administradores”.

SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios. Facultad de los Directores. Acción societaria. MANDATO.

No consta en autos que el demandante haya recurrido a la asamblea para motivar la decisión respecto del ejercicio de la acción societaria. Por tanto, no están dados los requisitos establecidos en el Art. 1114 para la promoción de la acción societaria en forma individual por el demandante.

SOCIEDAD. Derechos y obligaciones de los socios. Facultad de los Directores. Acción societaria. MANDATO.

La aprobación de los balances por la Asamblea Social sólo implica que la Sociedad, como Persona Jurídica, no podría promover con posterioridad acciones legales contra los administradores por mal desempeño del mandato o violación de la Ley o de los Estatutos o perjuicio, sea por dolo, culpa o abuso. Pero, tal restricción no afecta al accionista en forma individual.

CSJ. Sala Civil. 16/02/07. “Juan Martínez Sanabria c/ Celso Ramón Servín Pérez s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”.(Ac. y Sent. N° 23).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

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

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MINISTRO BAJAC ALBERTINI, dijo: Que el recurrente ha fundamentado el recurso de nulidad que interpusiera de manera superflua no señalando los vicios o defectos de la misma, por lo que corresponde declararlo desierto no sin antes advertir que del estudio de oficio de la resolución no se desprenden vicios o defectos de índole procesal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Asus turnos los señores Ministros TORRES KIRMSER y GARAY, manifestaron: Adherirse al voto del señor Ministro Preopinante por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MINISTRO BAJAC ALBERTINI, dijo: El Abog. Walter R. Mendoza, en nombre y representación del Sr. Juan Martínez Sanabria, promovió demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Sr. Celso Ramón Servín Pérez, reclamando la suma de guaraníes Setecientos Sesenta Millones Ciento Setenta y Siete Mil Quinientos Catorce (Gs.760.177.514), por la mala administración del demandado, en ese entonces, Presidente de la firma Empresa de Transporte Vanguardia S.A.C.I..

Que, por S. D. N° 482 de fecha 11 de Septiembre del 2.003, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la ciudad de Luque, resolvió: “Hacer Lugar, con costas, a la demanda promovida por el Sr. Juan Martínez Sanabria contra el Sr. Celso Ramón Servín Pérez y, en consecuencia, condenar a éste último al pago de la suma de Ciento Sesenta y Cuatro Millones Doscientos Veinte y Un Mil Noventa y Ocho Guaraníes (Gs.164.221.098), en concepto de indemnización por daños y perjuicios, más los intereses legales, a partir de la promoción de esta acción, en el plazo perentorio de diez (10) días de quedar firme la presente resolución”.

Que, por su parte el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 168 de fecha 27 de Septiembre del 2.005, revocó la sentencia dictada por el A-quo, manifestando que: “El hecho que no estén dados los presupuestos de responsabilidad del demandado, concretamente en la relación de causalidad, factor de atribución y daño, no puede admitirse la demanda por daños y perjuicios contra el demandado...”.

Que, el apelante ha fundado sus agravios ante esta Corte en las consideraciones que sucintamente pasan a ser relatadas. Que las disposiciones de la ley de Comerciante concordadas con lo dispuesto en el Código Civil los directores son responsables ilimitada y solidariamente por los daños causados en la sociedad. Siendo así por la actuación del demandado negligente en forma notoria y evidente generó balances absolutamente irreales e inexactos, situación que privó a su representado a percibir sus utilidades. Que de la interpretación integral de las disposiciones legales referentes al tema en estudio contrariamente a lo razonado por el Tribunal se consagra la responsabilidad personal del Presidente en fiscalizar la redacción del balance y aun cuando delegue estas funciones en otras personas, también es responsable; de manera alguna se produce el “blanqueo” de los administradores por la aprobación del balance, eso es terminante y categórico, subsiste su responsabilidad. Se ha demostrado el daño patrimonial sufrido por el actor ascendente a la suma de Gs.760.177.514 suma que debió percibir si los balances se sustentaban en las planillas diarias y no en los libros contables carentes de documentos sustentatorios que justifiquen esos asientos.

Que, el abogado recurrente enfatizó que la responsabilidad del demandado se halla probada con las pericias realizadas en autos en las que se constata una diferencia contable, constituyendo esto una negligencia grave y manifiesta que incluso puede llegar a ser dolosa al verificarse las irregularidades reiteradas y sistemáticamente en cada ejercicio. El presidente es el obligado a fiscalizar personalmente el balance presentado en asamblea pues dada la importancia del cargo que tiene y el volumen del capital social debió de extremar recursos para que el balance responda con veracidad, objetividad y fidelidad del estado real de la Empresa. Termina solicitando la revocación de la resolución en estudio.

Que, corrido el traslado de rigor el abogado Pedro Wilson Marinoni Bolla en representación de la demandada, lo contesta en los términos contenidos en el

escrito de fs.314/316 solicitando la confirmatoria del Acuerdo y Sentencia N° 180 de fecha 27 de Septiembre del 2.005.

Que, en esta instancia deben ser analizados tanto el memorial de agravios como su correspondiente contestación y a partir de allí examinar si la resolución se ajusta o no a derecho.

Que, corresponde consecuentemente partir de la base de la correcta o incorrecta instauración de la demanda promovida por el Sr. Juan Martínez Sanabria en contra del Sr. Celso Ramón Servín Pérez y una vez allanado dicho camino proceder a estudiar la determinación de la imputación de daños y perjuicios reclamada en autos.

Que, sobre el punto surgen de las instrumentales obrantes a fs.30, 31, 32 vlto., 34, 35 vlto. y 37 de autos, que efectivamente como bien lo manifestara el A-quem el demandado en autos Sr. Celso Ramón Servín Pérez, se desempeñaba en la firma “Empresa de Transporte Vanguardia S.A.C.I.” en su calidad de Presidente de la misma y como tal suscribe dichas Actas Asamblearias por las cuales se aprueban los balances objetados por el accionante en este juicio.

Que, las normativas aplicables a este tipo de situaciones se encuentran previstas en el Art.99 del Código Civil que establece: “Los directores y administradores son responsables respecto a la persona jurídica conforme a las normas del mandato.”... Por su parte el Art. 1112 del citado cuerpo legal establece que: “los directores no serán responsables ante la sociedad, cuando hubieren procedido en cumplimiento de resoluciones de la Asamblea, que no fueren contrarias a la ley o los estatutos. Tampoco responderán cuando sus actos fueren aprobados por la Asamblea...”.

Que, a la luz de las citadas disposiciones, queda aclarada la situación jurídica de un Presidente de una entidad como es el caso del demandado, dado que el mismo al igual que los demás accionistas de la firma Empresa de Transporte Vanguardia S.A.C.I., aprobaron a través de varias asambleas ordinarias los balances presentados por los directivos de la misma, correspondientes a los años 1995, 1996, 1997 y 1998; siendo éste último balance el único objeto de impugnación por parte del Sr. Juan Martínez Sanabria, que no surtió efecto alguno al ser igualmente aprobado por la mayoría, según consta a fs.36 vlto. de autos.

Que, siguiendo los fundamentos del Tribunal, nos encontramos ante un parámetro al cual ceñirnos como ser la promoción de la presente demanda en

contra de una persona física y no así a la persona jurídica que fue supuestamente la que causó el perjuicio reclamado por el actor, como lo dispone el Art.1098 del C.C. que dice: “Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, del estatuto o del reglamento, puede ser impugnada, por los directores, los síndicos, los funcionarios de contralor, y por los accionistas disidentes, los que se hayan abstenido y los ausentes.... La acción se promoverá contra la sociedad”. Queda esclarecido, quien es el sujeto contra el cual debe proceder la correspondiente acción para así poder realizar la repartija de las responsabilidades inherentes a cada cargo, ya sea en forma personal o no.

Que, así mismo el Art. 1.111 del código de fondo, establece: “Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades, o culpa grave...”. De la disposición legal transcrita surge que los directores son responsables siempre y cuando se haya probado que actuaron con dolo, abuso de facultades o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, cuestión que no ha sido probada en este juicio en forma indubitada.

Que, cabe recalcar por último la presunción de buena fe en el obrar con que debe contar el demandado, lo que tampoco fue desvirtuado por el accionante y a lo cual los magistrados siguiendo los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico debemos atenernos.

Por tanto, atento a las razones expuestas, corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia recurrido, y en consecuencia no hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. Juan Martínez Sanabria. En cuanto a las costas, considero que deben imponerse a la perdidosa, conforme al principio general establecido en el Art.192 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno, el señor Ministro JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, opinó: En el presente caso el actor accionó directamente contra el Presidente de la Empresa de Transportes Vanguardia S.A.C.I., reclamando los daños sufridos, como consecuencia de unas supuesta administración negligente, referente a las diferencias en ganancias y utilidades que la sociedad dejó de percibir durante los ejercicios 1995 a 2000 y que debían ser distribuidas entre los socios. Alega que a consecuencia de ello dejó de percibir individualmente la suma que reclama en el escrito de demanda.

Las únicas circunstancias en las que el socio de una S.A. puede accionar individualmente contra los administradores son las siguientes: por mal desempeño del mandato, Arts. 1114, 1113 y concordantes del Código Civil; y por daños ocasionados por el administrador directamente a derechos individuales del socio, según el Art. 1116 del mismo cuerpo legal.

El ejercicio de la acción por mal desempeño del mandato depende de una decisión de la asamblea, por lo que se da en denominarla acción societaria. Tal como establece el Art. 1114, el accionista solamente podrá promoverla cuando “la acción no fuere iniciada dentro del plazo de tres meses, contado desde la fecha del acuerdo”, o cuando la asamblea decida renunciar a la acción o transigir, en cuyo caso “podrá ser ejercida por los accionistas que se hubieren opuesto”.

En lo referente a la acción directa contra el administrador –Art. 1116– se requiere que el socio “haya sido directamente perjudicado por actos culposos o dolosos de los administradores”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que este perjuicio directo se refiere al daño causado a un derecho individual del socio (Vide fallo del Apelación de Turín de fecha 20 de marzo de 1947, citado por Antonio Brunetti en su obra “Tratado del Derecho de las Sociedades”, t. II. Sociedad por Acciones, traducido por Felipe de Solá Cañizares, U.T.E.H.A., Bs. As., 1960, pág. 498; asimismo A.I. N° 1201 de fecha 12 de agosto de 2004 dictado por esta Corte). Así la nota al Art. 1723 del Anteproyecto de De Gásperi –fuente del Art. 1116– refiere cuanto sigue: “El administrador que no entregase al accionista la nota de admisión a la asamblea; o si tratándose de deliberar una reducción del capital social que ha de resolverse por sorteo, excluyese de éste la acción de un socio, o bien que impidiese a un socio el ejercicio de un ventajoso derecho de opción, incurriría en la violación de un derecho individual y ocasionaría un daño injusto al accionista, sujeto a reparación”. A esto debe agregarse que dichos supuestos dañosos no surgen de la inejecución o mal desempeño del mandato.

En el sub examine el actor alegó presuntos daños causados a la sociedad y a los accionistas por el mal desempeño del director en su gestión administrativa; sin embargo no costa en autos que el demandante haya recurrido a la asamblea para motivar la decisión respecto del ejercicio de la acción societaria. Por tanto, no están dados los requisitos establecidos en el Art. 1114 para la promoción de la acción societaria en forma individual por el demandante.

Por otra parte, no se advierte un perjuicio directo o daño a un derecho

individual de Juan Martínez Sanabria, causado por un acto del administrador en los términos del Art. 1116 del Código Civil.

Por las consideraciones que anteceden, la demanda promovida debe ser rechazada y el Acuerdo y Sentencia apelado debe ser confirmado, con costas a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay explicitó: Una interpretación mínimamente sistemática de las normas del Código aplicable –en la materia tratada– nos permitirá advertir que el accionista (en general) se encuentra legitimado para accionar contra los administradores en lo siguientes casos:

I) En aquellos previstos en el Artículo 1116 del Código Civil en los cuales el socio o accionista es el directamente perjudicado por actos dolosos o culposos de los administradores. Messineo aclara que esta responsabilidad, que es contractual, afecta al socio “sin que haya habido daño para la sociedad”. No es esta la disposición aplicable al caso en estudio.

II) En los prevenidos en el Artículo 1114 del Código Civil, disposición que - a su vez - comprende dos vertientes disímiles, a saber: 1º) Aquella que se relaciona con el Artículo 1.112 del Código Civil en cuanto a que el socio o accionista tiene Derecho a promover Acción resarcitoria contra los administradores cuando la Sociedad hubiese decidido renunciar a la Acción o transigir, siempre que en el acto asambleario se hubiesen opuesto a la renuncia o transacción. Tampoco estas disposiciones son aplicables al caso en juzgamiento; 2º) Aquella (la segunda vertiente) que se relaciona con el Artículo 1113 del Código Civil en cuanto a que el socio o accionista tiene Derecho a promover demanda resarcitoria contra los administradores cuando la Sociedad hubiese resuelto en Asamblea iniciar la Acción de responsabilidad y ésta (la Acción) no fuese iniciada en el plazo de tres meses. Tampoco estas disposiciones se adecuan al sub examine.

III) Por último, queda el análisis del Artículo 1111 del Código Civil que, según se estima, es el aplicable al thema decidendum .

Así, pues, la primera conclusión a la cual se arriba es que el accionista puede reclamar daños y perjuicios a los administradores directamente, aún cuando no haya promovido demanda contra la Sociedad.

En otro orden de motivaciones, teniendo en cuenta que la norma del Artículo 1111 establece que los “directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros”; estos nombrados en segundo

término pueden dirigir la pretensión resarcitoria contra todos o algunos de aquellos, o contra uno sólo de los administradores. La solidaridad permite articular la pretensión en cualesquiera de tales canales, no pudiendo entenderse que la pretensión del accionista tenga que importar una suerte de legitimación pasiva de carácter necesario (litis consorcio).

Queda también suficientemente aclarada la circunstancia que la Sociedad haya aprobado los balances no significa que el accionista –individualmente considerado– no pueda promover Acción resarcitoria contra los administradores por inejecución o mal desempeño del mandato, por violación de la Ley o de los Estatutos, o bien por cualquier otro perjuicio (concepto amplio) ocasionado por dolo, abuso de potestades o culpa grave. La Ley del Comerciante permite –expresamente– tal pretensión. La aprobación de los balances por la Asamblea Social sólo implica que la Sociedad, como Persona Jurídica, no podría promover con posterioridad acciones legales contra los administradores por mal desempeño del mandato o violación de la Ley o de los Estatutos o perjuicio, sea por dolo, culpa o abuso. Pero, tal restricción no afecta al accionista en forma individual.

Razonable y verosímilmente, al parecer, se han detectado –pericialmente– irregularidades conforme las constancias del Juicio, lo que evidencia legitimación activa del accionante por causa del perjuicio sufrido, que lo invocó en tiempo y forma.

Tampoco puede pasarse por alto que hay en el expediente constancias de que el Actor incluso ha formulado objeciones respecto de los balances relacionados con el año 1998, extremo que abona aún más la legitimación de las pretensiones del mismo.

Se concluye –por estas incommovibles razones, junto a la argumentación legal explicitada– que corresponde admitir la demanda, revocando el Fallo del Tribunal de Apelación, debiendo determinarse el quantum del perjuicio sufrido.

Al respecto, cabe mencionar que no se encuentra a la vista el Dictamen pericial. Están solamente las explicaciones del Perito a fs. 181, donde concluyó que los dividendos que debieron ser percibidos por el accionista desde el año 1995 hasta el año 2000, inclusive, ascienden a la suma de Guaraníes 389.486.048. Se estima que debe admitirse este monto y no el del Juez de Primera Instancia atendiendo a que este Magistrado, a diferencia del Perito, no ha consignado las razones del guarismo admitido en la decisión final de Primera Instancia. Es mi voto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 180 de fecha 27 de Septiembre del 2.005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala.

IMPONER las Costas a la Parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ante mí:

MINISTROS: GARAY, BAJAC, TORRES KIRMSER..

ANTE MÍ: ALEJANDRINO CUEVAS.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 447

Cuestión debatida: *Se discute la suma fijada en concepto de indemnización de daño moral a favor del recurrente; la procedencia o no del reclamo de indemnización de daño moral realizado por la S.A. y la procedencia o no de los intereses.*

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. Daño Moral.

Las palabras “espíritu” y “subjektividad” deben ser redimensionadas, o cuando menos reinterpretadas. En efecto, las personas jurídicas carecen de espíritu, pero comparten ciertos elementos que podríamos llamar inmateriales. Esto es cierto sobre todo respecto de las personas jurídicas cuyo objeto no es patrimonial, como las fundaciones, las asociaciones sin fines de lucro, las universidades, la Iglesia, los Municipios e incluso el Estado, las cuales amén de su patrimonio tienen una serie de intangibles que proteger. En efecto, la fama y consideración colectivas son esenciales a la actividad de las mentadas, sobre todo de las primeras.

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. Daño Moral.

En este sentido, podría considerarse o protegerse como “inmaterialidad” el daño moral causado a una persona jurídica del tipo o clase referidos.

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. Daño Moral. SOCIEDAD ANÓNIMA.

El objeto de las personas jurídicas hace a su ser. Es decir, ellas son o tienen entidad en cuanto es su objeto. Las personas jurídicas con finalidad económica o patrimonial, como las sociedades civiles o comerciales, tienen una entidad netamente patrimonial y por lo tanto su ámbito de acción se circunscribe a ello.

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. SOCIEDAD ANONIMA.

Podemos decir que la accionante y recurrente es una sociedad anónima y por lo tanto una persona jurídica de objeto y accionar neta y exclusivamente patrimoniales.

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. Pérdida de chance. SOCIEDAD ANONIMA.

Es lo que se conoce como pérdida de chance –puesto que no hay certeza de que los negocios se hubieran, efectivamente, concluido, sino solo la mera eventualidad de ello–, lo cual lo distingue del lucro cesante, que se refiere a ganancias futuras esperadas y no a simples esperanzas de futuros beneficios. Pero sigue siendo una pérdida de chance patrimonial y no de otra índole.

PERSONAS JURÍDICAS. DAÑOS Y PEJUICIOS. Pérdida de chance. Daño moral. ANALOGIA. SOCIEDAD ANONIMA.

Ahora bien, a esta pérdida de chance le son aplicables analógicamente los principios lógicos y argumentativos del daño moral de las personas físicas.

DAÑOS Y PEJUICIOS. Pérdida de chance

La naturaleza propia y peculiar de la “pérdida de chance”: su carácter hipotético y eventual, y no cierto y actual. Asimismo, como no se requiere la prueba de la concreción de los negocios efectivamente frustrados, tampoco podrá probarse –ni será necesario– la cuantificación exacta de las pérdidas en pecunia derivadas de la frustración. Esto deberá deducirse razonable y prudentemente por el órgano juzgador.

INTERESES. Intereses moratorios.

Los intereses desde la interposición de la demanda, coincido con el Tribunal en que los mismos no fueron reclamados en el escrito de demanda; por tanto, vista la forma en que fue trabada la litis, dicha pretensión deviene improcedente. Esto sin perjuicio de los intereses moratorios que pueda generar el eventual incumplimiento de la condena establecida en la sentencia, desde el reclamo de pago por parte de los demandantes.

CSJ. Sala Civil. 11/06/07. “Ganadera Riera S.A. y Enrique Manuel Riera Figueredo C/ Banco Del Paraná S.A. s/ Indemnización de Daño Moral”. (Ac. y Sent. N°447).

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 NÚÑEZ.

CUESTIÓN PREVIA: Conviene tratar como cuestión previa la admisibilidad del recurso interpuesto por el Abog. Alberto Rodríguez Alcalá, en representación del Banco del Paraná S.A., contra el Acuerdo y Sentencia Número 41 del 22 de marzo de 2005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la capital.

El referido acuerdo y sentencia resolvió “Confirmar, con costas, la sentencia recurrida en la parte que hizo lugar a la reparación por daño moral para el actor Enrique Manuel Riera Figueredo, con retasa en Gs. 150.000.000”, en la parte pertinente.

El pronunciamiento así expresado modificó lo resuelto en primera instancia, por S.D. N° 419 del 18 de junio de 2004, que condenó al demandado a pagar la suma de G. 300.000.000 (trescientos millones de Guaraníes) al accionante Enrique Riera Figueredo.

El Art. 403 del Código Procesal Civil establece que serán recurribles en tercera instancia las sentencias definitivas dictadas por el tribunal, que revocuen o modifiquen la sentencia dictada en primera instancia y, en el último caso, el recurso será concedido con relación a lo modificado.

En el caso que nos ocupa, la responsabilidad de la entidad bancaria hoy demandada por los daños morales causados a Enrique Riera Figueredo, ha sido estudiada en dos instancias y confirmada por el Tribunal y, por lo tanto, se halla firme. En lo referente al monto, debe señalarse que la suma establecida por el Tribunal es inferior a la del pronunciamiento realizado en primera instancia; por lo cual, debe entenderse que el monto establecido se halla firme para el demandado, Banco del Paraná S.A., quien no tiene legitimación para recurrir contra lo modificado, ya que la disminución del *quantum* indemnizatorio redun-

da en su favor. El agraviado por la modificación de la sentencia de primera instancia es el demandante, ya que la disminución del monto indemnizatorio es en su perjuicio y ello lo legitima a recurrir en tercera instancia.

Por lo previamente explicitado, los recursos interpuestos contra el apartado 3° del acuerdo y sentencia apelado por el Abog. Alberto Rodríguez Alcalá, en representación del Banco del Paraná S.A., deben ser declarados mal concedidos.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI Y NÚÑEZ DIJERON: Que se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: La parte recurrente desistió expresamente del recurso interpuesto. Por lo demás, no se advierten en la resolución recurrida, ni en el procedimiento anterior a la misma, vicios o defectos que autoricen la declaración oficiosa de la nulidad. Por tanto, debe tenérsela por desistida del recurso de nulidad interpuesto.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MINISTROS MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI y NÚÑEZ DIJERON: Que se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: El presente juicio fue promovido por Ganadera Riera S.A. y Enrique Manuel Riera Figueredo contra el Banco del Paraná S.A. por indemnización de daño moral emergente de la comunicación al Sistema Financiero de la inhabilitación de la Ganadera Riera S.A. para operar en cuentas corrientes bancarias por diez años, emanada de la Superintendencia de Bancos, debido a un comunicado errado emitido por la entidad bancaria demandada.

El Acuerdo y Sentencia N° 41 del 22 de marzo de 2005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, resolvió: “Rechazar el recurso de nulidad; Revocar, con costas, la S.D. N° 419 del 18 de junio de 2004 en cuanto hizo lugar a la demanda por daño moral respecto a Ganadera Riera S.A.; Confirmar, con costas, la sentencia recurrida en la parte que hizo lugar a la reparación por daño moral para el actor Enrique Manuel Riera Figueredo, con retasa en Gs. 150.000.000; Revocar la sentencia en cuanto impuso intereses por dos razones: 1. No fueron pedidos. 2. No se estableció el porcentaje ni tampoco se solicitó aclaración oportuna y debidamente; Anotar...” (sic.) (fs. 263/271).

El Abog. Manuel Riera, en representación de la parte actora, expresó agravios en los términos del escrito presentado a fs. 292/303 de autos. En lo atinente a la indemnización fijada en reparación a los daños sufridos por Enrique Riera Figueredo, señaló que la suma fijada por el tribunal no es adecuada a los perjuicios causados. Se agravió, además, contra el rechazo del rubro de intereses contenido en el acuerdo apelado. En cuanto a los derechos de Ganadera Riera S.A., solicitó que el acuerdo y sentencia apelado sea revocado.

La adversa contestó el traslado en los términos del escrito obrante a fs. 306 a 308 de autos.

En autos se discute la suma fijada en concepto de indemnización de daño moral a favor de Enrique Riera Figueredo; la procedencia o no del reclamo de indemnización de daño moral realizado por Ganadera Riera S.A. y la procedencia o no de los intereses.

En cuanto al monto fijado por el Tribunal como indemnización de daño moral, a la luz de la prudente estimación de las circunstancias fácticas que envuelven al hecho sindicado como dañoso, considero adecuado aumentar a G. 200.000.000 (doscientos millones de Guaraníes) la indemnización en concepto de reparación por el daño moral sufrido por Enrique Riera. Por tanto, la sentencia recurrida debe ser modificada en este punto.

Lo referente al reclamo por resarcimiento de daños producidos a una persona jurídica –en la especie, una sociedad anónima– bajo el aspecto de daño moral, nos plantea, desde luego, un viejo debate: ¿Pueden sufrir –y consiguientemente aducir– daño moral las personas jurídicas?

En orden de contestar esta pregunta, definitiva para el *sub examine*, es pertinente hacer una serie de consideraciones previas.

En primer lugar debemos intentar definir el concepto de daño moral, dado que de este presupuesto –es decir, del modo como se lo conciba– dependerá la aplicabilidad de la idea de daño moral a las consecuencias perjudiciales de los actos ilícitos y su extensión en los hechos. Existen varias teorías acerca de la naturaleza del daño moral; algunos lo definen sobre la base de los derechos, del bien o del interés jurídico lesionado, en contraposición a daño material. Así, habrá daño moral toda vez que el ilícito haga relación con bienes o intereses extrapatrimoniales. Otros van más allá y hacen depender la clase de daño del resultado producido en el sujeto, con independencia de los derechos, intereses o bienes a los cuales, en principio, se dirige directamente la acción dañosa. Así se

entiende por daño moral toda modificación disvaliosa del espíritu que lesione derechos o intereses legítimos de orden extrapatrimonial.

Si nos atenemos estrictamente a esta definición, diríamos que el daño moral como pasible de acontecer a una persona jurídica, quedaría desde ya excluido, dado que las personas jurídicas carecen de espíritu. En efecto, la ficción que crea el derecho al regular la existencia y desenvolvimiento de las personas jurídicas, si bien les provee de un nombre, un domicilio, un patrimonio, y hasta incluso una cierta reputación, no alcanza a dotarles de “espíritu” en sentido puro. Por lo tanto, daño moral sería una minoración de la subjetividad en el sentido de lo humano y no cabría predicarlo de las personas jurídicas. Así lo han entendido numerosos tratadistas y un reciente fallo de la jurisprudencia argentina, emanado de sus más altos órganos jurisdiccionales (ED, 73-717; LL, 1991-A-50; LL, 1991-A-51.).

No obstante esta acotación, creemos que las palabras “espíritu” y “subjetividad” deben ser redimensionadas, o cuando menos reinterpretadas. En efecto, las personas jurídicas carecen de espíritu, pero comparten ciertos elementos que podríamos llamar inmateriales. Esto es cierto sobre todo respecto de las personas jurídicas cuyo objeto no es patrimonial, como las fundaciones, las asociaciones sin fines de lucro, las universidades, la Iglesia, los Municipios e incluso el Estado, las cuales amén de su patrimonio tienen una serie de intangibles que proteger. En efecto, la fama y consideración colectivas son esenciales a la actividad de las mentadas, sobre todo de las primeras. Los daños que podrían provocarse atacando ilícitamente una fundación o iglesia, no serían en modo alguno de orden económico, sino que provocarían una lesión a intereses metapatrimoniales y afectarían –según su mayor o menor gravedad- su propio funcionamiento y razón de ser. En este sentido, podría considerarse o protegerse como “inmaterialidad” el daño moral causado a una persona jurídica del tipo o clase referidos.

Ahora bien, es sabido que si bien poseen activos inmateriales, de éstas no cabe hablar en cuanto a “inmateriales” en el sentido en que hemos empleado más arriba. En efecto, los activos inmateriales como el nombre, la reputación o incluso el posicionamiento en el mercado, si bien son incorporeales, no por ello dejan de ser activos, en su acepción más técnica. Esto es, componen parte del patrimonio de la persona jurídica y no una parte de su subjetividad extrapatrimonial, como el caso de las fundaciones aludido más arriba. Por ende, todo daño

en estos activos inmateriales redundará en definitiva en un detrimento económico, es decir, en una pérdida patrimonial. Así, vgr., una minoración a su fama o reputación podrá en todo caso provocar una depresión de su mercado o de la posibilidad de captar su demanda, o ampliar o mantener su oferta. En suma, no existen aquí lesiones a esferas que no se traduzcan en una pérdida económica.

Esto no quiere decir que a la hora de juzgar sobre daños ocasionados a las sociedades comerciales o civiles, no se deba tomar también en consideración cualquier lesión a aquellos activos inmateriales ya referidos. La cuestión en este punto es cómo ha de hacerse el juzgamiento. Y aquí creemos que el análisis debe desprenderse de la rígida y tradicional tesitura de que es al lesionado a quien corresponde toda la tarea de probar la entidad y el *quantum* del daño. Esta concepción debe ser dejada en favor de un sistema probatorio más flexibilizado, congruente con la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Y de este tenor, se deben emplear en la argumentación lógica los principios que se aplican para el daño moral, esto es, presumir que si hay lesión a estos activos intangibles, ello redundará siempre en un detrimento patrimonial para la persona jurídica.

Entonces, subsumiendo el caso en estudio a las conclusiones expuestas *ut supra*, podemos decir que la accionante y recurrente es una sociedad anónima y por lo tanto una persona jurídica de objeto y accionar neta y exclusivamente patrimoniales. También debemos señalar que los daños que reclama “oportunidad de negocios” -como literalmente lo refiere en su expresión de agravios (f. 300) - constituyen daños puramente patrimoniales. En efecto, dichos daños se traducen en eventuales provechos económicos que la sociedad pudiera haber incorporado a través de esos hipotéticos negocios, que ya no se darán a raíz del hecho antijurídico. Es lo que se conoce como pérdida de chance –puesto que no hay certeza de que los negocios se hubieran, efectivamente, concluido, sino solo la mera eventualidad de ello–, lo cual lo distingue del lucro cesante, que se refiere a ganancias futuras esperadas y no a simples esperanzas de futuros beneficios. Pero sigue siendo una pérdida de chance patrimonial y no de otra índole.

Ahora bien, a esta pérdida de chance le son aplicables analógicamente los principios lógicos y argumentativos del daño moral de las personas físicas, como ya lo hemos referido más arriba, puesto que el evento dañoso –en la especie la inhabilitación para operar en cuenta corriente impuesta a una sociedad comercial- ostensiblemente redundará en una inmediata pérdida de oportunidades co-

merciales, esto es, pérdida de chance. Ello, además, ha sido abonado indirectamente con las instrumentales de fs. 146, 151, 181/2, 193/4 y 198, en las que entidades bancarias –típicas intermediadoras del crédito y del factor capital, esencial en el funcionamiento de las empresas- y proveedores de bienes y servicios dan cuenta de que a los clientes inhabilitados normal y usualmente se les priva de crédito. De este modo, no es necesario probar qué negocios concretos fueron frustrados, sino solo que se ha perdido la ocasión o eventualidad de dichos negocios. Ésta es, desde luego, la naturaleza propia y peculiar de la “pérdida de chance”: su carácter hipotético y eventual, y no cierto y actual. Asimismo, como no se requiere la prueba de la concreción de los negocios efectivamente frustrados, tampoco podrá probarse –ni será necesario– la cuantificación exacta de las pérdidas en pecunia derivadas de la frustración. Esto deberá deducirse razonable y prudentemente por el órgano juzgador, teniendo como parámetro el volumen de los negocios y la entidad del patrimonio de la sociedad, así como la extensión en el tiempo –o trayectoria temporal- de la empresa.

En suma, se concluye que el daño reclamado es resarcible, pero bajo el rubro de daño patrimonial –recalificación que es *de iure* y se hace por aplicación del principio *iura novit curia*–. Y tomando en consideración los parámetros referidos, que surgen de la instrumental de fs. 16/17 y 24/48, se estima prudente la cuantificación del mismo en la suma de G. 200.000.000 (doscientos millones de Guaraníes), en la cual ha de ser fijada la condena indemnizatoria. El apartado 2º de la resolución apelada debe ser revocado en este sentido.

En lo atinente a la procedencia de los intereses desde la interposición de la demanda, coincido con el Tribunal en que los mismos no fueron reclamados en el escrito de demanda; por tanto, vista la forma en que fue trabada la litis, dicha pretensión deviene improcedente. Esto sin perjuicio de los intereses moratorios que pueda generar el eventual incumplimiento de la condena establecida en la sentencia, desde el reclamo de pago por parte de los demandantes. La resolución apelada debe ser confirmada en este punto.

Las costas deben ser impuestas a la parte demandada y perdidosa, Banco del Paraná S.A., en las tres instancias.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI Y NÚÑEZ DIJERON: Que se adhieren al voto que precede, por sus mismos fundamentos.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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 contra el apartado 3° del acuerdo y sentencia apelado, interpuestos por el Abog. Alberto Rodríguez Alcalá, en representación del Banco del Paraná S.A.

TENER por desistido al Abog. Manuel Riera del recurso de nulidad interpuesto en representación de Enrique Riera Figueredo y Ganadera Riera S.A.

REVOCAR el apartado 2° del acuerdo y sentencia apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda de reparación de daños y perjuicios instaurada por Ganadera Riera S.A. contra el Banco del Paraná S.A., y condenar a la demandada al pago de G. 200.000.000 (doscientos millones de Guaraníes) a favor de Ganadera Riera S.A., que esta Corte fija como indemnización por pérdida de chance.

MODIFICAR el apartado 3° del acuerdo y sentencia apelado y, en consecuencia, condenar a la demandada al pago de G. 200.000.000 (doscientos millones de Guaraníes), que esta Corte fija como indemnización por el daño moral causado a Enrique Riera Figueredo.

CONFIRMAR, el apartado 4° del acuerdo y sentencia apelado, en cuanto rechaza la procedencia de los intereses desde la fecha en que la demanda fue incoada.

IMPONER LAS COSTAS a la demandada y perdidosa, Banco del Paraná S.A., en las tres instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: TORRES KIRMSER, BAJACALBERTINI, NUÑEZ RODRIGUEZ.

Ante mí: ALEJANDRINO CUEVAS, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.017

Cuestión debatida: *El reconviniente pretende que se le transfiera a su nombre el inmueble registrado a nombre del reconvenido, ya que tal inmueble habría sido adquirido con bienes de la sociedad. Sobre este punto, debe señalarse*

que el reconviniente actúa en nombre propio, sin invocar la representación societaria; es más, pretende que el inmueble le sea transferido a él mismo y no a la sociedad.

SENTENCIA. RECURSO DE NULIDAD.

Todas las conclusiones a las que se arriban por vía de razonamiento en los considerandos de una sentencia, deben reflejarse asertiva y expresamente en su resuelve, pues ésta es la parte decisoria del fallo y constituye luego el título que servirá de base para su ejecución. Cualquier imprecisión en este sentido redundará sin duda en deficiencias que podrían obstar al cumplimiento voluntario o coactivo de la sentencia

SOCIEDAD. PRUEBA. Prueba de peritos.

El reconviniente debió pedir la correspondiente prueba pericial para lograr determinar la autenticidad de los documentos presentados y que pretende que fueron firmados por el reconvenido.

SOCIEDAD. PRUEBA. Prueba superflua.

La solicitud de una audiencia de reconocimiento de firmas para que le sean presentados al reconvenido, documentos cuya autenticidad ya negó al contestar el traslado del escrito de reconvención es una prueba notoriamente superflua que por aplicación de lo dispuesto por el Art. 247, segundo párrafo, del Código Procesal Civil no debe ser tenida en consideración al momento de dictar sentencia.

SOCIEDAD. Bienes. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa.

El reconviniente carece de legitimación activa, porque no ha invocado la titularidad del interés que pretende, ni tampoco ha invocado ser acreedor del derecho patrimonial que busca adquirir. Cabe agregar, además, que al momento de la adquisición del inmueble, ya existía la sociedad, en consecuencia, si no se aclaró que los bienes utilizados para la adquisición del inmueble eran societarios, corresponde estimar que eran bienes propios. Además, el que hayan sido inscripto a nombre de los socios cuando ya existía la sociedad, a las claras da cuenta que no tenían la intención de que tales inmuebles conformen el patrimonio de la sociedad.

DOCUMENTO NO AUTÉNTICO. PRUEBA. Prueba pericial.

Si se negare la autenticidad del documento privado presentado, corresponde a la parte que pretende hacer valer la existencia del hecho controvertido

demonstrarlo, por medio de la correspondiente prueba pericial. Si ocurriere el caso de silencio o respuesta evasiva de la parte a quien fue presentado el documento, se genera una presunción de autenticidad del documento.

SOCIEDAD. Cuotas Sociales. CONTRATO. Compraventa. PRUEBA. Validez de la prueba.

Las pruebas testificales no son idóneas para probar la existencia del contrato de compraventa de cuotas sociales en virtud de lo establecido por los Arts. 703, 704, 705 y 706 del Código Civil, ya que el reconviniente no alegó ni probó la imposibilidad de obtener la prueba escrita; ni presentó ningún documento que pueda ser tenido como principio de prueba por escrito, pues no probó que los documentos presentados hayan emanado del adversario o que se refieran al negocio alegado; ni ha logrado demostrar que la adversa haya recibido alguna prestación relacionada al contrato.

FIRMA. DOCUMENTO. Producción de documentos no auténticos. PRUEBA.

El reconocimiento de las firmas estampadas en unos documentos cuya autenticidad ya fue atacada en el momento procesal oportuno, es una prueba a todas luces superflua, especialmente cuando la carga de la actividad probatoria requería que el interesado solicite la correspondiente pericia caligráfica.

CSJ. Sala Civil. 10/11/08. “Clovis Silvano Preto c/ Antonio Hilario Baggio s/ Rendición de Cuentas y Disolución y Liquidación de la Sociedad Comercial” (Ac. y Sent. N° 1.017).

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 Kirmser y Bajac.

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El Recurrente no interpuso ni fundamentó el Recurso de Nulidad contra la Resolución recurrida. No obstante, es pertinente considerar el Fallo impugnado conforme a lo dispuesto por el Art. 113 del Código Procesal Civil.

Se observa que en la parte dispositiva de esa Resolución se omitió mencionar la decisión asumida concerniente a la demanda reconvenzional.

Sin embargo, se constata de la lectura del voto del Conjuez Ruperto Maciel Ortíz –al cual se adhirió el Magistrado José Valiente González– el rechazo de dicha interpelación, y ello confirma el tercer apartado de la Sentencia de Primera Instancia, la cual dispuso: “NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda reconvenicional sobre obligación de hacer escritura pública y de transferir inmueble deducida en autos por el señor ANTONIO HILARIO BAGGIO”.

A este respecto (ver fs. 205 vlto.) el Conjuez Maciel Ortíz refirió: “En cuanto al punto tres de la sentencia recurrida, ella debe ser confirmada, en primer lugar por adecuarse dicho criterio a la procedencia de la demanda principal”.

El Principio de Trascendencia determina la procedencia de la nulidad siempre que exista perjuicio. Y en la situación previamente descrita no se aprecia aquel, pues la falencia en el “resuelve” del Fallo se juzgó en su exordio.

En consecuencia, el Derecho del reconviniente no solo ha sido objeto de estudio, también juzgamiento por lo que no existe menoscabo alguno. Debo indicar, además, que la nulidad no pretende asegurar acatamiento irrestricto de las formas per se, como sí el cumplimiento de las finalidades contempladas en la Ley.

Es por ello, que pese a lo señalado, no se advierten en la Sentencia en estudio defectos o vicios que justifiquen la declaración de nulidad de oficio en los términos que autorizan los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Por ello, tendrá que declararse Desierto el Recurso de Nulidad. Así voto.

A su turno el Ministro José Raúl Torres Kirmser manifestó que: Si bien este recurso fue fundado en forma promiscua con el recurso de apelación también interpuesto, las disposiciones de los Arts. 420 y 113 del Código Procesal Civil imponen su estudio de forma oficiosa, específicamente en lo referente a la observancia del principio de congruencia que debe primar en toda resolución judicial, según el cual el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas y probadas por las partes, conforme con el deber establecido por el inc. d) del Art. 15 del Código Procesal Civil.

En este sentido, con anterioridad se ha dejado sentado: “Todas las conclusiones a las que se arriban por vía de razonamiento en los considerandos de una sentencia, deben reflejarse asertiva y expresamente en su resuelve, pues ésta es la parte decisoria del fallo y constituye luego el título que servirá de base para su ejecución. Cualquier imprecisión en este sentido redundará sin duda en deficiencias que podrían obstar al cumplimiento voluntario o coactivo de la sentencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, A. y S. N° 420, 6/4/2007).

Ahora bien, del estudio de los escritos de promoción de demanda reconvenicional y de expresión de agravios ante el Tribunal, así como de los considerandos de la resolución sub examine, surge que el Tribunal de Apelaciones omitió pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la demanda reconvenicional de obligación de hacer escritura pública por transferencia de cuotas sociales y de inmueble, a pesar de haber sido una cuestión planteada al estudio de la segunda instancia y estudiada en la resolución. Por lo demás –aun cuando se apuntó que el recurso de nulidad fue fundado en forma promiscua con el de apelación– el recurrente, a fs. 222 y 223, formuló un agravio concreto contra la omisión del pronunciamiento, lo que denota el interés del mismo en subsanar el perjuicio que le fuera causado por el vicio en que incurrió la sentencia.

Por lo tanto, el acuerdo y sentencia recurrido debe ser anulado en cuanto omitió el pronunciamiento sobre la procedencia o no de la acción reconvenicional. Por aplicación de lo dispuesto en el Art. 406 del Código Procesal Civil, corresponde resolver el fondo de la cuestión.

En primer lugar, corresponde el estudio de la supuesta obligación de transferir un inmueble al reconviniente. Este inmueble, según consta en la propia instrumental obrante a f. 34, fue adquirido por Clovis Silvano Preto y Antonio Hilario Baggio como consecuencia de una compraventa de cosa ajena, celebrada primeramente con un poseedor de inmueble, quien les cedió sus derechos a solicitar la escrituración del inmueble al IBR. En dicha ocasión, no se especificó en qué porción contribuyeron al precio, por lo que corresponde estimar que concurrieron en partes iguales. Tal es así que al momento de obtener la transferencia, realizaron en forma privada la partición del inmueble, por la que la finca adquirida quedó dividida en dos partes iguales que fueron transferidas a cada uno de los adquirentes. Por tanto, no existe fracción en condominio, sino dos inmuebles independientes.

Por otra parte, el reconviniente pretende que se le transfiera a su nombre el inmueble registrado a nombre del reconvenido Clovis Silvano Preto, ya que tal inmueble habría sido adquirido con bienes de la sociedad. Sobre este punto, debe señalarse que el reconviniente actúa en nombre propio, sin invocar la representación societaria; es más, pretende que el inmueble le sea transferido a él mismo y no a la sociedad. Si el reconviniente considera que el inmueble pertenece a la sociedad, debería invocar la representación de la misma y recla-

mar que le sea transferido a esta. En consecuencia, habiendo hecho lo diametralmente opuesto –actuar a nombre propio y reclamar para sí un derecho de un tercero– no cabe sino rechazar la pretensión de escrituración del inmueble a su nombre como consecuencia de la notoria falta de acción. En otras palabras, el reconviniendo carece de legitimación activa, porque no ha invocado la titularidad del interés que pretende, ni tampoco ha invocado ser acreedor del derecho patrimonial que busca adquirir. Cabe agregar, además, que al momento de la adquisición del inmueble, ya existía la sociedad, en consecuencia, si no se aclaró que los bienes utilizados para la adquisición del inmueble eran societarios, corresponde estimar que eran bienes propios. Además, el que hayan sido inscripto a nombre de los socios cuando ya existía la sociedad, a las claras da cuenta que no tenían la intención de que tales inmuebles conformen el patrimonio de la sociedad. Por lo expuesto, la sentencia apelada debe ser confirmada en este punto.

Ahora, antes de iniciar el estudio sobre la procedencia o no de la transferencia de las cuotas sociales, corresponde realizar una pequeña digresión sobre los requisitos establecidos en lo referente a la forma de los contratos en el Código Civil. Como primer punto, tenemos que los contratos cuyo objeto constituya un monto superior a diez jornales, deben ser instrumentados por escrito –documento privado–; de lo contrario, no podrían ser probados por otro medio, salvo cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales previstas por el Código, que son: imposibilidad de obtener la prueba prescripta por ley; principio de prueba por escrito; o haber demostrado el cumplimiento propio y la otra parte se niegue a cumplir el contrato (Art. 704 del Código Civil). La demostración de cualquiera de estos extremos posibilita la comprobación de la existencia del contrato por todos los medios de prueba.

Ahora bien, el supuesto contrato de compraventa de cuotas sociales tenía por objeto una suma muy superior a los 10 jornales, por lo que debió ser celebrado por escrito a los efectos probatorios establecidos por el Código Civil. Como el reconviniendo alegó que ya cumplió con su prestación y ello de ser probado justificaría la admisión de todos los medios de prueba sobre la existencia del contrato, corresponde analizar las probanzas de autos para así determinar con certeza si los pagos se han producido en la forma relatada por el reconviniendo.

Como prueba de los supuestos pagos, el reconviniendo ofreció las instrumentales arrimadas con el escrito de reconvenimiento. El reconvenido ha negado

en forma expresa y detallada la autenticidad de los documentos presentados, por lo que cabía al reconviniendo demostrar la autenticidad de los mismos mediante el procedimiento establecido por el Art. 309 del Código Procesal Civil, es decir, por una prueba pericial cuya solicitud cabe a la parte interesada. Lo señalado surge de la armónica integración de lo dispuesto en el Art. 404 Código Civil, Arts. 235 inc. a), 249 y 309 del Código Procesal Civil, en el sentido de que la parte a la que le sea presentado un documento para su reconocimiento en un juicio, se halla obligada a declarar si el mismo es o no auténtico. Si se negare la autenticidad del documento privado presentado, corresponde a la parte que pretende hacer valer la existencia del hecho controvertido demostrarlo, por medio de la correspondiente prueba pericial. Si ocurriere el caso de silencio o respuesta evasiva de la parte a quien fue presentado el documento, se genera una presunción de autenticidad del documento, conforme con lo establecido por el Art. 235, inc. a) –“podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes”– y el Art. 282 del Código Civil. En este sentido, la jurisprudencia nacional tiene establecido: “la presunción de paternidad sentada por el art. 307 del Cód. Procesal Civil, sólo tiene eficacia mientras dicha paternidad no se niegue, cuando así lo sea, la presunción es destruida y es parte que quiere prevalerse del instrumento la que debe ameritar sobre su procedencia, conforme con el art. 309 del Cód. Procesal Civil, concordante con el art. 404, tercer parág., del Cód. Civil. Una vez admitida la firma, se admite también el contenido del instrumento, salvo la querrela de falsedad prevista en el art. 308 del Cód. Procesal Civil” (LLP 2004, 1436).

Por lo expresado, el reconviniendo debió pedir la correspondiente prueba pericial para lograr determinar la autenticidad de los documentos presentados y que pretende que fueron firmados por el reconvenido. La solicitud de una audiencia de reconocimiento de firmas para que le sean presentados al reconvenido, documentos cuya autenticidad ya negó al contestar el traslado del escrito de reconvenición es una prueba notoriamente superflua que por aplicación de lo dispuesto por el Art. 247, segundo párrafo, del Código Procesal Civil no debe ser tenida en consideración al momento de dictar sentencia. El artículo citado establece en lo pertinente: “No serán admitidas pruebas que fueren prohibidas por la ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias; si lo hubiesen sido, no serán consideradas en la sentencia”. Vale repetirlo, pedir el reconocimiento de las firmas estampadas en unos documentos cuya autentici-

dad ya fue atacada en el momento procesal oportuno, es una prueba a todas luces superflua, especialmente cuando la carga de la actividad probatoria requería que el interesado solicite la correspondiente pericia caligráfica.

Cabe agregar que aparte del hecho de que las instrumentales arrimadas por el reconviniendo no fueron reconocidas y no pueden ser tenidas por auténticas –por no haberse solicitado la prueba pericial correspondiente–, son en su mayoría inconducentes para demostrar el cumplimiento que alega –haber pagado el precio–. En este sentido, el supuesto recibo de f. 57 –cuya traducción obra a f. 59– es a nombre de Baggio y Cía. Ltda. –cabe recordar que la adenda “y compañía limitada” es la forma típica de designar una sociedad por cuotas de responsabilidad limitada en el derecho brasileña, lugar donde supuestamente fue emitido el documento–, una persona jurídica –cuya existencia no consta en autos, por lo demás– distinta del reconviniendo –que es una persona física–; por lo que, aun en el supuesto de que se hallare demostrada la autenticidad del documento, no sería idónea para demostrar que el reconviniendo realizó pago alguno.

Similar es el caso respecto del supuesto recibo de f. 58 –cuya traducción consta a f. 60–, que, como ya se dijo, no puede ser tenido por auténtico, pero que aun cuando así fuere, documentó un supuesto pago en concepto de una compraventa de una máquina aserradora, no de cuotas sociales de una persona jurídica, lo que convierte este instrumento en una prueba notoriamente inconducente. Lo mismo puede decirse de la instrumental de f. 56, ya que tampoco puede ser tenida por auténtica y, además, no contiene ningún elemento que sirva para demostrar la realización de pago alguno en concepto de compraventa de cuotas sociales.

La confesión judicial ficta del reconvenido tampoco es idónea por sí misma para demostrar la existencia del cumplimiento alegado por el reconviniendo, ya que esta prueba debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional juntamente con las demás pruebas y de acuerdo con los principios de la sana crítica –Art. 302 del Código Procesal Civil–. En otros términos, la autenticidad de los pocos documentos arrimados no fue demostrada por la inactividad probatoria del reconviniendo, ni tampoco son idóneos ya que documentan supuestos negocios y actos distintos al que se pretende demostrar o celebrados entre distintas personas de las que forman parte de la litis. Así las cosas, mal podría una mera presunción formar la convicción del juzgador que analice las pruebas de acuerdo con la sana crítica en estos autos.

Por lo tanto, las pruebas testificales de fs. 116 y 131 no son idóneas para probar la existencia del contrato de compraventa de cuotas sociales en virtud de lo establecido por los Arts. 703, 704, 705 y 706 del Código Civil, ya que el reconviniente no alegó ni probó la imposibilidad de obtener la prueba escrita; ni presentó ningún documento que pueda ser tenido como principio de prueba por escrito, pues no probó que los documentos presentados hayan emanado del adversario o que se refieran al negocio alegado; ni ha logrado demostrar que la adversa haya recibido alguna prestación relacionada al contrato. En consecuencia, el supuesto contrato debe ser probado por escrito –dado el precio invocado por el reconviniente como contraprestación de las cuotas sociales– y, al no existir documento válido –el de fs. 54/5 no lo es, por carecer de firma– que así lo demuestre, debe tenerse por inexistente y la demanda de cumplimiento de contrato de compraventa de cuotas sociales debe ser rechazada –Art. 706 del Código Civil–. La sentencia apelada debe ser confirmada en este punto.

En consecuencia, la demanda reconvencional por transferencia de inmueble y cumplimiento de contrato de compraventa de cuotas sociales debe ser rechazada y la sentencia apelada debe ser confirmada en lo atinente a este pronunciamiento.

Conforme con lo dispuesto por el Art. 408 del Código Procesal civil, no corresponde la imposición de costas a los jueces, ya que a f. 226 la parte demandante se opuso a la declaración de la nulidad e inclusive pretendió que la omisión del pronunciamiento sea interpretada como el rechazo de la demanda reconvencional. El rechazo de esta pretensión justifica que cargue con las costas en forma proporcional con la parte reconviniente y perdidosa en lo referente al fondo de la cuestión –quien deberá soportar la mayor parte de las costas, dada la entidad de su vencimiento, constituida por el rechazo de las demandas reconvencionales–. En consecuencia, las costas deben ser impuestas en forma proporcional en un 20% a la parte reconvenida y en un 80% a la reconviniente, de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 408 y concordantes del Código Procesal Civil, por el concurso de vencimientos recíprocos en la forma indicada.

A su turno el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini expresó que: Si bien, en la parte resolutive la resolución que se pretende impugnar, no se consignó expresamente lo referente al pronunciamiento de la demanda reconvencional; considero igualmente que no corresponde anular el fallo, teniendo en consideración que en el voto del Magistrado de la instancia inferior Ruperto Maciel

Ortiz, con la adhesión del Magistrado José Valiente González, se pueden leer los argumentos expuestos en cuanto a este punto, que finaliza, con la confirmación del rechazo de la reconvención promovida. Aunque no se haya consignado en la parte resolutive la conclusión arribada y dado que la resolución en su punto I revoca la de primera instancia, resulta lógica la conclusión determinada en mayoría en el fallo recurrido. Además, al no haberse interpuesto ni fundado este recurso, me adhiero al voto del Dr. Cesar Garay. ES MI VOTO.

A la segunda cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Clovis Silvano Preto promovió demanda de Rendición de cuentas y disolución y liquidación de la sociedad comercial contra Antonio Hilario Baggio con quien constituyó una firma comercial denominada “GUARANÍ SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA” en el año 1996, dedicada a la explotación de un complejo de aserradero de duración indeterminada, siendo el demandado socio gerente quien realizaba funciones de administración y representación de la sociedad, obligado a rendir cuentas anualmente de la gestión realizada, sin haberlo hecho hasta la fecha, según el Actor.

Antonio Hilario Baggio –al contestar la demanda– negó los argumentos esgrimidos, reconoció que formaron conjuntamente la Empresa GUARANÍ S.R.L. y que el actor le vendió sus cuotas sociales y aún habiendo recibido el precio de las mismas se negó a suscribir el acuerdo aduciendo arrepentimiento sin haber devuelto la suma entregada en tal concepto, debiendo por estas circunstancias clausurar las actividades de la Empresa. Finalizó demandando reconvencionalmente al actor por obligación de transferir cuotas sociales e inmueble por escritura pública.

El Actor –al contestar la demanda reconvencional– negó los términos de la misma y redarguyó (ver fs. 85) los instrumentos obrantes a fs. 54/61.

Por S.D.N° 221, del 5 de diciembre del 2006, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Primer Turno, de la Circunscripción Judicial de Amambay, resolvió rechazar la demanda por disolución de sociedad y rendición de cuentas. Igualmente, rechazó la demanda reconvencional respecto a obligación de hacer escritura pública, considerando: “...se tiene probado que el actor efectivamente cedió sus cuotas sociales al demandado conforme se desprende las constancias en los respectivos recibos expedidos por este y agregados a fs. 57/60... se puede válidamente deducir que al vender el actor sus cuotas sociales lógicamente esto ha significado la enajenación de todos los bienes que

en ellos se hallaban representados, o lo que resulta igual decir, el demandado ha quedado como único dueño de la firma... dejando así de existir, para este, la obligación de rendir cuentas a quien ha dejado de ser socio...se tiene en autos el hecho de haber sido reconocido por la misma demandada que la actividad comercial de la sociedad ya ha sido clausurada... cambiado la razón social, por lo que carece totalmente de objeto la pretensión de la demandada...”

El Tribunal de Apelación revocó –por mayoría– el segundo apartado de la Resolución impugnada e hizo lugar a la Demanda de disolución y liquidación de la Sociedad Guaraní S.R.L. y de rendición de cuentas, al discurrir: “...Pues no existe ningún documento en el que conste una decisión de los socios que disponga con posterioridad al 30 de abril de 2003 que la actividad de la industria se haya clausurado, y menos aún que se haya dispuesto por acuerdo entre los socios la liquidación y disolución por Escritura Pública como lo previene el inc. h) del art. 700 del Código Civil...Si nos atenemos a las pruebas que la parte accionada ha presentado como justificativo de una supuesta venta de los aportes del señor Clovis Silvano Preto a favor del señor Antonio Hilario Baggio, los mismos no pueden ser admitidos como tales debido a que ninguna de las firmas puestas al pie de los instrumentos fueron reconocidos por el demandante, los que desde el inicio le han negado su autenticidad y no se procedió a ninguna prueba pericial para sostener lo contrario...”. Mencionaron además que la validez de la declaración ficta debe ser apreciada en conjunto con las demás pruebas obrantes en el Expediente y por la carencia de las formalidades dispuestas en los Artículos 700, 979, 1.003 y 1.006 del Código Civil.

El demandado expresó “Agravios” alegando que el Tribunal se pronunció sobre lo que no fue cuestionado en la demanda; como la decisión de vender las cuotas sociales que debía estar asentada en el libro de Actas y que se ha probado suficientemente la venta de dichas cuotas. Mencionó, además, que existió negocio jurídico de adquisición de las cuotas sociales que no se formalizó por escritura pública debido a la negativa del actor pese a haber recibido íntegramente el precio pactado y finalizó solicitando la revocación del Fallo recurrido.

Al contestar los “Agravios” el actor refirió que el rechazo de la demanda reconventional se encuentra firme y alegó que no existe venta de cuotas sociales. En cuanto a la disolución y liquidación de la sociedad, ante la falta de predisposición del accionado de acceder voluntariamente a la cancelación, el accionante se vio obligado a recurrir ante los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, solicitó la confirmación de la Resolución apelada.

Previamente, debo rememorar que con sujeción a lo dispuesto por el Art. 403 del Código Procesal Civil, nos encontramos facultados a estudiar únicamente aquello que fue objeto de modificación en la Instancia anterior. Es por ello que cabe el estudio de la rendición de cuentas y la demanda de disolución y liquidación de la sociedad incoadas por la Parte actora, rechazadas en Primera Instancia y admitidas en Segunda Instancia.

La cláusula sexta de la Escritura Pública de constitución de la sociedad (fs. 1/6) estipuló que debe ser administrada y representada por ambos socios de manera conjunta, alternada, separada o indistintamente, pero en la práctica es el demandado el que la ha administrado individualmente hasta la fecha, sin haber rendido balance alguno de su gestión, lo cual obligó al accionante a incoar demanda exigiendo la rendición de cuentas para conocer la manera en que se ha estado administrando la sociedad.

Esta situación se halla contemplada en el Art. 673 del Código Procesal Civil, el cual establece: “La demanda por obligación de rendir cuentas tramitará por el proceso de conocimiento sumario, a menos que se dedujese conjuntamente con otras pretensiones que deban tramitarse por el conocimiento ordinario. El traslado de la demanda se hará bajo apercibimiento de que si el demandado no la contestare, se tendrá por admitida la obligación de rendir cuentas”.

Con referencia a esta norma, cabe indicar que a la par del pedido de rendición de cuentas se ha demandado la disolución y liquidación de la sociedad por lo que correctamente, este Juicio ha sido tramitado ordinariamente.

Explican Fenochietto y Arazi: “...Rendición de cuentas. Concepto.- Es la presentación que hace toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios total o parcialmente ajenos, dando razón de su cometido con el detalle de los saldos y operarios debidamente justificados. Así, la rendición de cuentas consiste en una manifestación completa de los ingresos y egresos, con la presentación de los documentos que acreditan esa partida, las explicaciones necesarias para su comprensión y un informe sobre el desempeño del mandatario”. (Carlos Eduardo Fenochietto y Roland Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Tomo 3, 2ª Edición actualizada, páginas 246/7).

Es por ello que toda persona que administre bienes que no sean de su plena propiedad debe rendir cuentas del resultado de su gestión. En el caso, el demandado se halla constreñido a rendir su gestión por haberlo hecho individualmente sin la intervención del socio demandante.

La finalidad propuesta a través de este proceso consiste en declarar la pretensión de disolver y liquidar la sociedad comercial, imponiendo al demandado rendir cuentas.

Prosiguen Fenochietto y Arazi: “Las sociedades no rinden cuentas a sus socios, sino que formulan los estados contables anuales previstos por la ley y por el régimen estatutario. Son éstas las únicas cuentas exigibles a los socios-administradores de una sociedad regular. De tal modo, el derecho a la acción por rendición de cuentas nace cuando la sociedad se ha extinguido, porque mientras subsiste cada socio tiene acceso a los libros, puede impugnar los balances y, en su caso, pedir la remoción del administrador. Ante la carencia de otros remedios legales cabe la rendición entre los socios de una sociedad irregular”. (Carlos Eduardo Fenochietto y Roland Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Tomo 3, 2ª Edición actualizada, pág. 252).

La cláusula octava de la Escritura Pública de constitución de la sociedad (fs. 1/6) hace referencia a los estados contables y dispone: “La voluntad de los socios en las deliberaciones de los asuntos que interesen a la sociedad, se expresarán en resoluciones adoptadas en REUNIONES ORDINARIAS que se llevarán a cabo una vez por año”; lo cual no se cumplió y dio origen a la presente Acción, la que además es atendible en el marco del pedido de disolución y liquidación de la sociedad.

Ahora bien, con referencia a este segundo pedido, es decir, la disolución y liquidación de la sociedad comercial, cabe iniciar estudiando la absolución de posiciones de Clovis Preto. Al respecto, el Art. 291 del Código de Forma contempla la situación planteada y en circunstancias como ésta, el absolvente debe conducirse de la siguiente manera: “En caso de enfermedad del que deba absolver posiciones, justificada mediante certificado médico, el juez suspenderá la audiencia. Será carga del absolvente solicitar y obtener fijación de nueva audiencia para absolver posiciones, la cual podrá celebrarse en el juzgado o en el lugar donde se hallare el impedido, hasta antes de la providencia que ordenare la entrega de los autos para alegar, sin necesidad de otro trámite”.

Fue ese requisito el que incumplió el absolvente, quien debido a su inasistencia quedó obligado a solicitar nueva audiencia y al no hacerlo se dio la ficta confessio contemplada en el Art. 302 del mismo Cuerpo Legal: “La confesión judicial expresa o ficta, y la extrajudicial, serán apreciadas por el juez junta-

mente 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”.

Entonces, la viabilidad de la confesión ficta, sin embargo, debe ser apreciada conforme a las demás pruebas producidas y a Principios de la Sana Crítica, tal como establece el precepto legal más arriba transcrito.

En el expresado orden de probanzas, a fs. 1/6 obra la Escritura Pública N° 78 del 25 de Mayo de 1.996 formalizada entre Antonio Hilario Baggio y Clovis Silvano Preto a través de la cual se creó una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada denominada GUARANÍ S.R.L., teniendo un capital de Gs. 170.000.000 dividido en 170 cuotas sociales de Gs. 1.000.000 cada una, integrando la cantidad de 85 cuotas cada socio.

Este documento, en su cláusula séptima, dice: “Se requiere común acuerdo entre los socios para: decidir y ejecutar la contratación de préstamos, créditos o financiamientos; constituir garantías reales sobre bienes de la sociedad; cambio de objeto; constitución y traslado de sucursales, agencias o filiales; la fusión con otra sociedad; negociar sobre el patrimonio global de la sociedad. Toda resolución de esta índole, deberá hacerse constar en acta asentada en el libro de actas de la sociedad”.

Asimismo, la cláusula octava, dispone: “La voluntad de los socios en las deliberaciones de los asuntos que interesen a la sociedad, se expresarán en resoluciones adoptadas en REUNIONES ORDINARIAS que se llevarán a cabo una vez por año...”.

Por otra parte, en la cláusula novena se lee: “Las resoluciones adoptadas en las reuniones, se consideran válidas, cuando sean adoptadas por el voto favorable de ambos socios...”.

La cláusula décimo séptima establece: “La disolución y liquidación de la sociedad se regirá por las disposiciones del Código Civil”.

Como se podrá apreciar -del estudio de las constancias del Juicio- no se ha respetado ninguna de éstas cláusulas como tampoco las disposiciones concernientes del Código Civil, siendo estos argumentos demostrados a continuación:

A fs. 54/5 rola un instrumento privado sin firmar por el cual Clovis Silvano Preto se compromete a transferir sus cuotas sociales a Antonio Hilario Baggio.

Al respecto, el Art. 399 del Código Civil, dispone: “Los instrumentos privados podrán ser otorgados en cualquier día, y ser redactados en la forma e idioma

que las partes juzguen convenientes, pero la firma de ellas será indispensable para su validez, sin que sea permitido sustituirla por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos”

A fs. 57/8 se encuentran dos recibos por la suma de R\$ 35.000, por pago de la segunda cuota de la venta de la maderera GUARANÍ S.R.L. y la tercera cuota del pago de maquinaria de aserradero en portugués, con sus respectivas traducciones al español (fs. 59/60).

Corresponde señalar que las instrumentales obrantes a fs. 56, 57 y 58 fueron supuestamente firmadas por Clovis Preto, no obstante, fueron redargüidas por el actor.

Asimismo, el Art. 404 del Código de Fondo, establece: “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. Los sucesores podrán limitarse a manifestar que ignoran si ella es o no la causante. Si la firma no fuere conocida, se ordenará el cotejo de la misma, sin perjuicio de los demás medios de prueba para acreditar su autenticidad. El reconocimiento judicial de la firma importa el del cuerpo del instrumento”.

Además, los documentos que lucen a fs. 56/8 fueron redargüidos por el actor y posteriormente no reconocidos en Juicio y tampoco se realizó pericia alguna tendiente a demostrar si fueron efectivamente signados por el accionante.

Igualmente, a fs. 134 obra una certificación de firma del actor y a fs. 68 corre una nota firmada por Clovis Preto, cuyas firmas no coinciden con los documentos de fs. 56/7. Sin embargo, coinciden con la firma estampada a fs. 58 consistente en un recibo firmado en concepto de la 3ª cuota de maquinaria de aserradero y no por pago de venta de su parte de la “GUARANÍ SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA”.

De todo ello se advierte que los documentos que justifican la posición asumida por el demandado, no cumplen con los requisitos dispuestos en los Artículos 399 y 404 del Código Civil, pues algunos carecen de firma (fs. 54/5) y otros cuyas firmas no fueron reconocidas contra quien se opuso (fs. 56/8).

En lo que concierne al reconocimiento de las presuntas rúbricas del actor estampadas en los instrumentos privados presentados en Juicio, ambas Partes fueron negligentes: la actora al no solicitar una nueva audiencia de absolución de posiciones según lo dispuesto en el Art. 291 del Código Procesal Civil y la reconviniendo por no haber requerido—ante estas circunstancias—la realización

de un peritaje de las firmas redargüidas, siendo las demás probanzas, en consecuencia, inconducentes a los fines probatorios.

En este Juicio no se ha probado:

I) La venta de acciones por el actor, en razón a los motivos previamente señalados.

II) La disolución y liquidación de la sociedad siguiendo los mecanismos dispuestos en la Ley:

En el Art. 700 del Código Civil leemos: “Deberán ser hechos en escritura pública:...c) los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado...h) todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos...”.

El Art. 716 del Código de Fondo reza: “Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente”.

El Art. 965 del Código Civil dice: “Los contratos serán formalizados por escrito. Lo serán por escritura pública en los casos previstos por este Código”.

A fs. 126 se halla la declaración testifical de Mariela Díaz Gauto, quien ocupó el cargo de Secretaria Administrativa de la Empresa GUARANÍ S.R.L., desde el año 2001 hasta su clausura en Abril del 2.002, quien mencionó que le consta la venta de las cuotas sociales en el año 2.001 y que el actor tuvo conocimiento del cierre de la Firma.

A fs. 131 se encuentra el testimonio de Artemio Escobar Cristaldo que se desempeñaba como Contador de la Empresa. Y declaró que en el año 2.001 Clovis Preto vendió su cuota social a Antonio Baggio y mencionó en la octava pregunta que Clovis Preto sabía de la clausura porque le había comunicado personalmente y tiene un documento firmado por puño y letra del actor.

Con respecto a la pertinencia de las declaraciones testificales, el Art. 706 del Código Civil, establece: “Los contratos que tenga por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.

Es así que —a consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad— resulta apropiada además la rendición de cuentas, porque en principio el socio demandante desconoce como se han administrado sus bienes, y porque debe aclararse la situación patrimonial de la sociedad a los efectos de realizar la distribución correspondiente de los bienes a cada socio.

Falcón refiere: “La rendición de cuentas es la operación por la cual toda persona que actúa por cuenta de otro o en interés ajeno, le da a ésta razón de su cometido, detallando los actos cumplidos en su nombre, mediante la exposición de todo el proceso económico y jurídico propio de ellos y estableciendo el resultado final (C. Esp. Civ. y Com., Sala 5ª, JA 1984-II-sínt.)” (Enrique M. Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado, Comentado, Tomo IV, pág. 562).

A la luz de los razonamientos explicitados precedentemente, corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 22, con fecha 22 de Mayo del 2.007, que dictó el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay. En lo que respecta a las Costas, se impongán a la perdedora de conformidad a los Artículos 203, inciso a), y 205 del Código Procesal civil. Es mi voto.

A su turno el Ministro José Raúl Torres Kirmser manifestó: Los agravios del recurrente en este punto se refirieron a la falta de acción del demandante para pedir la disolución y liquidación de la sociedad, debido a que habría vendido su cuota social y por ello no revestiría el carácter de socio, esencial para pedir la disolución y liquidación. También agregó que no hay obligación de rendir cuentas como consecuencia del ya mencionado contrato de compraventa y del cierre de actividades de la persona jurídica.

La adversa, por su parte, solicitó que la resolución del Tribunal sea confirmada en cuanto hizo lugar a la pretensión de disolver y liquidar la sociedad y condenar al demandado a rendir cuentas de su administración.

Como primer punto debe indicarse que la compraventa alegada por el reconvينiente no ha sido probada en autos, conforme ya se indicó más arriba. En consecuencia, es un hecho probado en estos autos la calidad de socio gerente de Clovis Silvano Preto, conforme surge de las copias de las escrituras constitutivas de la sociedad presentadas por ambas partes —fs. 1/7—. Además, el demandante expresó que Antonio Hilario Baggio, socio gerente, nunca rindió cuenta de sus actuaciones, lo que no fue negado por el demandado.

La Ley es clara al reconocer al socio la facultad de informarse sobre la situación patrimonial de la sociedad y la forma en que corren los negocios de la misma, conforme lo dispone el Art. 979 del Código Civil. Además de esta facultad de tipo general, también es indiscutible la facultad que tiene el coadministrador de controlar lo actuado por su colega, dada la tangible posibilidad de resultar ilimitada y solidariamente responsable respecto de la sociedad y terceros por el mal desempeño de sus funciones o cualquier perjuicio causado por dolo, abuso de facultades o culpa grave en los negocios realizados durante su mandato. La jurisprudencia nacional tiene expresado: “En verdad, resulta decisivo el hecho de que es admitido tanto por la actora y por la demandada su calidad de socios administradores en forma conjunta. Por ende, es plenamente aplicable aquí el art. 1174 del Cód. Civ., que extiende a los socios gerentes, encargados de la administración de la sociedad, las disposiciones relativas a los directores de la sociedad anónima. La normativa pertinente, contenida en los arts. 1102 y sgtes. del Código Civil, es clara cuando en el artículo 1111 establece la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores –equivalentes a los gerentes en las sociedades de responsabilidad limitada- en los casos de mal desempeño de sus funciones, violación de la ley o los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Surge de ello, evidentemente, el interés y el derecho del actor a obtener rendición de cuentas, dado que su responsabilidad puede, eventualmente, verse comprometida en su carácter de cogerente en los términos previstos por la norma citada [...] Al ser cogerente tiene el derecho de conocer los actos de administración realizados por su colega o por quien sea, dado que frente a terceros la responsabilidad la tiene él” (LLP 2005, 1319). El hecho de que se haya pedido el cese de actividades de la empresa no altera este resultado, especialmente cuando surge que tal decisión ha sido tomada en forma unilateral por el demandado, en contravención a lo dispuesto por la cláusula 7ª de los estatutos de la sociedad, ya que tal acto escapa a las facultades propias y usuales de la administración de una empresa y es ajeno al giro comercial de la misma. Cabe agregar que el mentado cierre de las actividades es a efectos tributarios y no implica una disolución o liquidación de la sociedad, que entre las partes sigue existiendo.

En cuanto al pedido de disolución y liquidación, se hace necesaria una digresión para determinar en forma precisa lo pedido por el actor. Así, a f. 15 expresó que tomó la decisión de pedir la disolución en los términos del inc. c) del

Art. 1.004 del Código Civil: “La sociedad podrá disolverse a instancia de cualquiera de los socios: [...] c) cuando fuere de término ilimitado”, ya que no tiene interés en continuar con la sociedad. El demandado solamente se opuso a la pretensión de disolución y liquidación alegando que el accionante ya no revestía la calidad de socio y que las actividades de la sociedad ya se habían suspendido y por lo tanto no podía ser disuelta ni liquidada. Como en estos autos quedó demostrado que el accionante todavía reviste la calidad de socio, el primer argumento es irrelevante y en cuanto a la suspensión de actividades de la sociedad, debe decirse que es inocua para obstar la pretensión de disolver la sociedad ya no implica la extinción de la persona jurídica ni la liquidación de su patrimonio, sino que es tan solo una medida adoptada para evitar la generación de débitos laborales y fiscales. Dado que la duración de la sociedad es por tiempo ilimitado –cláusula 2ª de los estatutos– y que el demandado no alegó que la renuncia sea intempestiva o de mala fe, sino por el contrario, en su escrito de demanda reconoció haber realizado un acto extraordinario, cual es ordenar la suspensión de actividades de la sociedad, sin dar participación a su colega gerente y socio; no cabe otra opción que reconocer como lícito el pedido del demandante de disolver y liquidar la sociedad, en los términos del Art. 1.004, inc. c) del Código Civil.

Por lo expuesto, corresponde confirmar el acuerdo y sentencia apelado en cuanto hizo lugar a la demanda de rendición de cuenta, aclarando que la misma deberá producirse desde el 25 de mayo de 1996 e, igualmente, corresponde hacer lugar al pedido de disolución y liquidación de la sociedad Guaraní S.R.L., debiendo declararse, en consecuencia, disuelta la sociedad Guaraní S.R.L. y ordenar su liquidación.

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte perdidosa y demandada.

A su turno el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: La sentencia recurrida resolvió: “REVOCAR el apartado segundo de la resolución apela en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda sobre Disolución y Liquidación de la Sociedad Guaraní S.R.L. y de rendición de cuentas deducidas en autos...”.

El argumento del decisorio está sustentada en dos aspectos resaltantes; primero, en que la sociedad, conformada por el actor y el demandado con posterioridad al 30 de abril de 2003, no se hallaba clausurado al no existir acuerdo entre los socios para disolverla, conforme lo establece el Art. 700 inc. h) del Código Civil Paraguayo.

Por otra parte, las pruebas presentadas por el demandado en referencia a la supuesta venta a su favor de los aportes societarios del actor, el Tribunal entendió que eran insuficientes y no podían ser admitidas como tales al no haberse reconocido las firmas por el accionante Sr. Clovis Silvano Preto, obrantes al pie de los documentos y tampoco se produjo una prueba pericial para demostrar la autenticidad de los referidos documentos.

Del análisis de la sentencia recurrida surge que las pruebas ofrecidas y producidas en estos autos demuestran aspectos resaltantes que motivan a adherirme a la conclusión del Tribunal de alzada y del preopinante Dr. César Garay. En primer término, porque no fue acreditada que la disolución de la sociedad comercial haya cumplido con las normas que regían para esta sociedad contenidas en sus estatutos sociales y en especial, en lo que respecta a los presupuestos regulados para la disolución de la sociedad comercial, y los requisitos previstos en los Arts. 700 inc. c) y h), 716 y 965 del Código Civil Paraguayo. En segundo lugar, la venta de las acciones por parte del actor, sustentada por el Sr. Antonio Hilario Baggio, quedó desvirtuada al incumplir con las formalidades contenidas en los Arts. 399 y 404 del mismo cuerpo legal y obviamente, no podía prosperar la transferencia de estas acciones por Escritura Pública. Por último, las declaraciones testimoniales rendidas en autos, carecen de virtualidad necesaria para constituirse en plena prueba como lo estatuye el Art. 706 del Código de fondo.

En cuanto a la reconvencción deducida por el Sr. Antonio Hilario Baggio, que pretendía la transferencia a su nombre del inmueble individualizado como Finca N° 1.430 lote 14B de la Manzana Loma Puku de la Colonia Cororo I, y que fuera adjudicado al Sr. Clovis Silvano Preto por el Instituto de Bienestar Rural (I.B.R.) –actualmente INDERT–; quedó suficientemente probado en el proceso que el referido inmueble no pertenece a la sociedad ni al reconviniente, si al actor como bien propio, por lo que no quedan dudas de este punto de la titularidad del actor Sr. Clovis Silvano Preto sobre dicho inmueble. Estos argumentos fueron confirmados por el Tribunal inferior por lo que ya no corresponde su debate y consideración a través de este recurso conforme lo tiene previsto el Art. 403 del Código Procesal Civil.

De las argumentaciones apuntadas, la resolución recurrida debe ser confirmada in totum por ajustarse a derecho. ES MI VOTO.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Mil diez y siete.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 22, con fecha 22 de mayo del 2007, que dictó el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay.

IMPONER Costas a la perdidosa.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Ministros: Torres, Bajac y Garay.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 374

Cuestión debatida: *Se analiza la nulidad de la Asamblea por deficiencia en la publicidad por no hacerlo en un diario de mayor circulación. Se estudia la irregularidad del Balance aprobado por la Asamblea y consecuente remoción a los Administradores por faltar a las normas establecidas en los estatutos.*

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

En el caso, la publicación a convocatorias de Asambleas debió ser realizada en algún periódico de mayor entidad, tiraje de ejemplares, circulación, etc., en la República, porque existían serios conflictos de intereses entre los socios, que incluso llevaron a recurrir a Instancia Judicial, no sólo en el Fuero Civil: también en el Fuero Penal. (Voto de la mayoría).

SOCIEDAD ANONIMA. Asamblea de accionistas.

La Ley (art. 1111 C.C.) protege a la Sociedad al imputar directamente a los administradores o socios por abuso societario, salvo que las situaciones de hecho puedan dar la posibilidad de acumulación de acciones de responsabilidad que pueda incluir a la Sociedad. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD ANONIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

El art. 1082 del Código Civil no hace distinción de que la publicación deba hacerse en un diario de gran circulación, sin embargo, al existir conflictos de

intereses entre los socios que obligaron a la parte actora a iniciar acciones judiciales en el ámbito civil (Intervención Judicial) y penal (lesión de confianza) contra los directivos de la empresa, debió publicarse en uno de gran circulación. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD ANONIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

La finalidad del Edicto es la publicidad; y para los diversos tipos de asuntos Judiciales o Administrativos, las leyes nacionales exigen la publicación en medios masivos de comunicación escrita, con el fin de que el mayor número de personas que tengan interés puedan informarse y acudir ante un Juzgado, ante las dependencias que ordenaron la publicación o en los lugares indicados para uno u otro acto, para hacer efectivo sus derechos.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

La publicación de edictos de las asambleas societarias debe constituirse en medio idóneo que asegure la debida publicidad con la mayor circulación de la información para que todos los accionistas, puedan tener conocimiento de la convocatoria y poder así defender sus derechos societarios.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

El Diario Correo Comercial no es de gran circulación o de venta masiva ya que originalmente fue constituida, con los auspicios del la Corte Suprema de Justicia, como un medio para: *“defender, difundir, la verdad y la justicia en forma exclusiva a través de la pluma y de los grandes pensadores doctrinarios del derechos”*. Puede deducirse que era de naturaleza eminentemente jurídica y otorgaba espacio a los magistrados y profesionales del derecho a expresar sus opiniones.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

En cuanto a su venta, el Correo Comercial no tiene el carácter de público debido a que los puestos para el efecto se encuentran limitados a su casa central y en sedes judiciales, que como se sabe, estas últimas, no se encuentran abiertas al público todos los días de la semana, circunscribiéndose su tirada a la cantidad de anunciantes.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

Los diarios de gran circulación de la República facilitan el acceso de la información a cualquier ciudadano en los puestos de venta en innumerables lugares así como también a través de sus distribuidores y vendedores.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

Las cuestiones administrativas como las convocatorias de asambleas, por su relevancia, deben ser publicadas en diarios de gran circulación de tal suerte de que cumpla, aunque no se consigne expresamente, con el espíritu de la norma, es decir, que las personas interesadas puedan tener acceso a la información de tal suerte a precautelar sus intereses societarios.

SOCIEDAD ANONIMA. Asamblea de accionistas

La verdadera finalidad de la publicación de edictos es la de lograr la mayor y más amplia difusión del acto, y los órganos jurisdiccionales deben adoptar todas las medidas garantistas que resulten razonablemente adecuadas para asegurar la defensa de intereses societarios partiendo de la información y el acceso correcto a un acto importante como es la asamblea, evitando con ello, se impida hacer efectivo la defensa de derechos societarios reconocida por ley.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

La ley tiene previsto derechos esenciales y límites necesarios de cada socio, cuya voluntad expresada a través de la Asamblea deben encuadrarse dentro de los márgenes del orden público propiciando la debida tutela al interés social e individual de cada integrante de la sociedad.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

Al haberse soslayado derechos esenciales del accionante como socio y perjudicado por las decisiones irregulares ante la falta de debida publicidad contraviniendo la norma del Artículo 1.082 del Código Civil y el Artículo 17 del estatuto Social; deben declararse nulas las publicaciones de las convocatorias, y con ellas, las Actas del Directorio de la sociedad y todos los actos, gestiones y decisiones que fueron su consecuencia, como la transferencia de los bienes contenidos en el contrato de compraventa celebrado.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

La legislación civil (art. 1082 C.C.) dispone que la publicación se efectúe en un diario, más nada. Y en ese sentido, no hallamos defectos de derecho en la posición de los Juzgadores de Alzada, que sostuvieron que atendiendo a las características del Correo Comercial y a que éste ya fue empleado con anterioridad para los mismos efectos y por la misma sociedad, la posición sostenida por los demandantes no podría tener asidero jurídico. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANONIMA. Asamblea de accionistas

No podría alegarse que el medio empleado para publicar la asamblea –correo comercial– no haya podido alcanzar la finalidad de hacer saber el llamado a la asamblea de Accionistas, cuando que sus ejemplares se hallan a disposición de los interesados y sobre todo constituyó el medio al que se recurrió con anterioridad para proceder a la publicación de convocatorias a asambleas de la misma firma. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD. Nulidad de la asamblea.

El argumento central sostenido por el Juzgador A quo, de que a su entender, se suscitaron disputas o diferencias entre accionistas lo que tuvo que significar un cambio del medio usualmente empleado por la firma demandada, carece de solidez y precisión para sustentar la nulidad del llamado, por cuanto que dicha afirmación denota una apreciación muy subjetiva del Juzgador que colisiona con el principio de seguridad jurídica y, a lo único que conduciría es a sobrecargar de recaudos a la publicación que no son requeridos ni siquiera por la propia Ley. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

Lo verdaderamente relevante para el caso en estudio, es el estricto acatamiento a la Ley y a los Estatutos de la Sociedad, no pudiendo pasar desapercibido el hecho probado de que la propia Sociedad demandada ha empleado con anterioridad dicho medio. Las pruebas producidas en el juicio confirman esta tesis. Ciertamente, ha quedado probado el empleo del “Correo Comercial” en otras oportunidades, para los mismos fines que hoy día se cuestionan con la presente demanda. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANONIMA. Acciones de la sociedad anónima.

En cuanto a la falta de mayoría también alegada por la parte Actora, corresponde señalar que el hecho de que en las actas de asambleas impugnadas se haya mencionado que las cuestiones propuestas en el Orden del día, hayan sido aprobadas por “unanimidad”, no demuestra ni señala que los Directores de la firma hayan votado por la aprobación o rechazo de cuestiones societarias, de las cuales se hallan expresamente impedidos de votar. La voz “unanimidad” hace alusión y se aplica, *al conjunto de personas que tienen la misma opinión* sobre algún punto en particular, y por lo tanto, significa una posición coincidente entre dos o más personas, sin que se haya exteriorizado alguna opinión diferente o disidente de otra persona, sobre el objeto sobre el cual se analiza o discute. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

En el caso, del empleo de la palabra unanimidad resultaría un desacierto pretender extraer una conclusión en torno a que todos los Directores/Accionistas han votado, por cuanto, que ella pudo haberse formado o construido en base a la voluntad de quienes tenían derecho al voto, Accionistas/no directores, para la aprobación del punto 3) de las Asambleas impugnadas, obviamente por no ser Directores o Gerentes de la Sociedad. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

Lo que pueden colegirse válidamente es que a más de los Directores, se hallaban Accionistas que sí podrían votar válidamente sobre los puntos de aprobación del balance y gestión de la comisión directiva. Si estos Accionistas votaron por la aprobación de tales puntos, la aprobación de los puntos cuestionados, se halla ajustada a derecho y, si lo hicieron en el mismo sentido, sin formularse diferentes criterios, pues, habrá además “unanimidad”, es decir, que la voluntad de los votantes fue coincidente, sin poder sostenerse la existencia de disidencias o diferencias de votos. De las actas de asamblea no surgen constancias fehacientes de que los Directores hayan votado en este punto. En realidad, solo consta que la Asamblea se ha constituido con un capital accionario de 50% de votos, en el que se hallaban también incluidos directores de la Sociedad demandada. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

Los Directores sí pueden votar en algunos puntos que se mencionan como puntos de la asamblea, “solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas” Art. 1086 del Código Civil, sin embargo, la prohibición únicamente atañe a que no podrán hacerlo sobre la “aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”, caso para el cual los restantes Accionistas que se hallaban presentes en el Acto Asambleario conformaran la mayoría, con exclusión del porcentaje de acciones que se halla en poder de los Directores y Gerentes de la Sociedad, inclusive. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco).

COSTAS. Costas en el orden causado.

Las costas procesales, deben ser impuestas a las partes por su orden.

Se constata que tanto los Recurrentes, como los Demandados ejercieron sus respectivas acciones y defensas, ante esta Instancia, en el convencimiento

de hallarse jurídicamente autorizados para ejercerlo, por lo que de conformidad al Art. 193 del CPC, hallamos suficientes razones para esta forma de imposición. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco).

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas.

Del art. 1087 y 1089 del Código Civil se tiene que –prima facie– la publicación de la convocatoria para Asamblea General ordinaria de accionistas no necesariamente conllevaría hacer en periódico de mayor circulación en la República, dado que la Ley no hace distinción. (Voto de la minoría)

CSJ, Sala Civil y Comercial. 15-06-2011. “Luis Alberto Zarza Figueredo c/ Lord Leather S.A. y otros s/ Nulidad de Asambleas y Remoción de Administradores” (Ac. y Sent. N° 374).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: GARAY; BAJAC ALBERTINI Y BLANCO.

A la primera cuestión planteada, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El recurrente no ha fundado el Recurso y dado que tampoco se advierten vicios que ameriten la sanción de nulidad ex officio, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde declarar Desierto según lo establecido en el Artículo 419 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI Y SINDULFO BLANCO, manifestaron: Que se adhieren a los fundamentos sostenidos por el distinguido Ministro Primer Opinante.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por el Acuerdo y Sentencia Número 106, con fecha 11 de Noviembre del 2009, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, en mayoría (con sólida y enhiesta disidencia) resolvió: “*DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por los recurrentes; REVOCAR en todas sus partes la S. D. N° 644 de fecha 20 de agosto de 2.008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno y consecuentemente,*

dejar sin valor todos sus efectos jurídicos; IMPONER las costas a la perdedora; ANOTESE, regístrese y remítase copia ala Excm. CorteSuprema de Justicia ” (fs. 1.071/1.118).

Por S. D. N° 644, dictada el 20 de Agosto del 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Octavo Turno, se resolvió: “1) *NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción planteada por la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A.; 2-) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de las asambleas generales ordinarias de accionistas de la firma LORD LEATHER S.A., celebrada el 14 de Abril de 2003 y el 20 de enero de 2004 y, en consecuencia, anular todos los actos jurídicos celebrados por la empresa a partir del 14 de Abril de 2003 hasta la fecha; 3-) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de todas las actas de Directorio de la firma LORD LEATHER S.A., correspondientes a todas la reuniones realizadas a partir del 14 de abril de 2003 hasta la fecha; 4) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad del contrato de compraventa celebrado el 2 de abril de 2003, entre la firma LORD LEATHER S.A. y la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. (SEGUPAR S.A.); 5) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de las escrituras públicas N° 13 y N° 18, autorizadas por la Esc. Nelly Isabel Acuña Talavera del 29 de marzo y del 12 de abril de 2004, respectivamente, cancelando sus anotaciones registrales correspondientes en la Dirección General de los Registros Públicos; 6) DISPONER la reivindicación a favor de la firma LORD LEATHER S.A. de la Finca N° 17.265 del Distrito de San Roque y de la Finca N° 6.893 del Distrito de Pedro Juan Caballero, y de todos los bienes muebles individualizados en el contrato del 2 de abril de 2003, celebrado entre las firmas LORD LEATHER S.A. y SEGURIDAD PARAGUAYA S.A., ordenando que la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. desocupe los inmuebles reivindicados en el contrato del 2 de abril de 2003, celebrado entre las firmas LORD LEATHER S.A. y SEGURIDAD PARAGUAYA S.A., ordenando que la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. desocupe los inmuebles reivindicados y devuelva los bienes muebles aludidos en el plazo no mayor a diez días civiles, contados a partir de que la presente resolución quede firme y ejecutoriada; 7-) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de remoción de los administradores de la firma LORD LEATHER S.A., señores Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Dol-dàn y, en consecuencia, inhabilitarlos para administrar dicha sociedad; 8-) LIBRAR oficio ala Dirección General de los Registros, una vez que quede firme*

y ejecutoriada la presente resolución, para la toma de razón correspondiente que las Escrituras Públicas Nos. 13 de fecha 29 de marzo de 2004 y N° 18 de fecha 12 de abril de 2004, autorizadas por la Esc. Nelly Isabel Acuña Talavera, fueron declaradas nulas y sin ningún valor y que, en consecuencia deberán cancelar las anotaciones respectivas debiendo quedar los inmuebles a nombre de su propietario anterior (Lord Leather S.A.); 9-) ANOTAR....” (fs. 935/965).

La Resolución impugnada agravó a la Parte actora y a través de su escrito de “memorial”, que corre de fs. 1131/40, sostuvo que acreditó todos los extremos reclamados en su demanda, tales como: 1) la publicación de las convocatorias no cumplieron su función; 2) el directorio elegido, integrado por parientes y amigos, vació la empresa en perjuicio de los demás accionistas (del otro 50 %), simulando para el efecto endeudamiento irreal (entre padres y hermanos), tomando préstamos ficticios, a tasas usurarias, fingiendo gastos inexistentes, vendiendo aparentemente la totalidad del patrimonio social a empresa vinculada (propiedad de ellos o sus parientes), como demuestra su permanencia en el inmueble supuestamente vendido (después de venderlo, inventando alquiler que no resiste el menor análisis), el precio irrisorio (más de 80 % menos de su valor real), la transferencia un año después del pago supuesto del precio y la incapacidad financiera de la compradora.

Criticó el voto (en mayoría) que estableció que no era necesario publicar en algún Diario de gran difusión la convocatoria a Asambleas generales ordinarias. En tal sentido, señaló que –precisamente– porque la Sociedad era Anónima no se conocía quienes eran los Socios a los cuales convocaba la Asamblea, siendo necesaria la publicación en Periódico de gran difusión porque además existía conflicto de intereses entre accionistas. Señaló que el Conjuez preopinante –sin ningún asidero jurídico– afirmó que su Parte se encontraba en conocimiento de la realización del acto asambleario y como estrategia optó por la no concurrencia a aquel para así atacar el valor de este y los demás actos que eran su consecuencia. Aseveró, además, que respecto a las otras cuestiones el voto del preopinante Nery Villalba –al cual adhirió Paiva Valdovinos– no hizo ningún estudio adicional ya que simplemente concluyó que al ser desestimada la acción de nulidad de Asambleas todas las demás acciones eran subsidiarias debiendo correr la suerte de la principal y ser desestimadas. Finalmente, solicitó la confirmación del Fallo dictado por el Juez de Primera Instancia Civil y Comercial, Séptimo Turno, y el voto (en minoría) del Magistrado Juan Carlos Paredes.

A fs. 1.148/1.152; 1.153/56; fs. 1.157/1.164; fs. 1.166/68, los demandados contestaron “agravios” solicitando se confirme la decisión recurrida por estar ajustada a Derecho, según ellos.

Corresponde principiar examinando si son o no pasibles de nulidad: 1) las Asambleas generales ordinarias de “Lord Leather S. A.” celebradas el 14 de Abril del 2.003 (Acta N° 2) y el 20 de Enero del 2.004 (Acta N° 3); 2) las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de Abril del 2.003; entre otros.

En ese orden, debe juzgarse examinando sobre la supuesta nulidad de las mencionadas Asambleas.

Antes de iniciar dicho estudio, cabe precisar que si bien no consta en Juicio que el accionista Luis Zarza Figueredo haya realizado cuestionamientos anteriores a la Asamblea de fecha 14 de abril del 2003, así como tampoco la accionista Miren Mirari Parot de Alfaro, esta circunstancia no es óbice, impedimento, traba e inconveniente para que puedan ejercer sus Derechos de oposiciones dado que al ser tenedores de acciones al portador (50%) tienen plenas y legítimas facultades a efectuar todos los reclamos que afecten a sus Derechos societarios.

Argaña prevé esta situación e ilustra al respecto: *“Se discute si puede promover la acción de nulidad el accionista que con posterioridad a la resolución cuestionada de la asamblea hubiese adquirido la calidad de asociado mediante la adquisición de acciones. Siburú opina afirmativamente, fundado en que la ley, acuerda el derecho referido “a todo accionista”, sin distinción ni reserva de ningún género; en que el ejercicio de la acción por parte del accionista es una función social y en que será con frecuencia muy difícil establecer o probar si el accionista protestante lo era ya en el momento en que la asamblea general adoptó la resolución impugnada o si lo fue con posterioridad, porque siendo generalmente al portador las acciones, la transmisión se hace sin ninguna formalidad por la simple tradición, de los bienes. En este mismo sentido, Malagarriga: T. II, Pág. 222”* (Tratado de Derecho Mercantil, Tomo II, Editorial el Foro, 1.983, páginas 199/200).

Villegas explicita: *“Si en cambio se han violado reglas sobre competencia, formación, convocatoria, publicación, deliberación y mayorías, los accionistas, directores y síndicos, tienen el derecho de impugnar tales resoluciones violatorias de la ley o del estatuto o reglamento. Únicamente no pueden impugnar esas resoluciones los accionistas que las hubieren votado favorablemente, salvo que*

su voluntad hubiese estado viciada (por error, dolo o violencia” (Manual de Derecho Societario, Ghersi-Carozzo Editores, Bs. As., 1987, pág. 313).

Hechas estas puntualizaciones, cabe señalar que se denunciaron dos causales de nulidad: la indebida publicación de las Convocatorias y la conculcación de disposiciones contenidas en los Artículos 1087 y 1089 del Código Civil.

En lo concerniente a la primera de aquellas, el Artículo 1082 del Código Civil establece el modo en que serán convocadas las Asambleas generales ordinarias de accionistas de la Sociedad Anónima, disponiendo: *“La Asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez días de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de treinta días siguientes y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho días de anticipación como mínimo”*.

Por el Artículo décimo séptimo del Estatuto Social de esta empresa los Socios fundadores establecieron: *“Las convocatorias se efectuarán por anuncios que serán publicados durante cinco días en un diario de la capital, con diez días de anticipación por lo menos y no más de treinta días a la fecha de la Asamblea. No lográndose en una primera convocatoria el quórum requerido en este Estatuto, se efectuará una segunda convocatoria dentro de los treinta días siguientes mediante anuncios que serán publicados durante tres días en un diario de la capital, con ocho días de anticipación a la fecha de la Asamblea. El Directorio podrá efectuar ambas convocatorias simultáneamente. En ese supuesto la Asamblea, en segunda convocatoria podrá celebrarse el mismo día una hora después de la fijada para la primera. Hasta tres días hábiles antes de la fecha fijada para la reunión de la Asamblea, los accionistas deberán presentar en la Sociedad sus acciones o certificados Bancarios de Depósitos de las mismas para obtener el boleto de entrada en el cual se determinará el número y clase de las acciones depositadas”*.

De las normativas citadas se tiene que –prima facie– la publicación de la convocatoria para Asamblea General ordinaria de accionistas no necesariamente conllevaría hacer en periódico de mayor circulación en la República, dado que la Ley no hace distinción. Sin embargo, el sub lite plantea circunstancias sui generis que no pueden ser obviadas y que sin dudas son atendibles, por las inconmovibles motivaciones que se explicitan.

Del expediente intitulado: “Luis Alberto Zarza Figueredo s/ Intervención Judicial”, agregado por cuerda, se constata que el accionista Luis Alberto Zarza Figueredo el 31 de Julio del 2003 solicitó medida de Intervención Judicial a “Lord Leather S.A.”, sustentado en que –a pesar de ser accionista de dicha Sociedad– no tenía acceso a su administración ni a los papeles de comercio. En ese sentido, manifestó que el Presidente del Directorio y representante legal de la Sociedad, Fabio Rivas Crovato, impedía acceder a la información social de la compañía (fs. 41/3). A tal efecto, acompañó tres telegramas colacionados de fechas 29 de mayo del 2003 (fs. 14/5/6) por medio de los cuales solicitó convocatoria a Asamblea general ordinaria de accionistas con la debida entrega de la memoria del Directorio, el balance general y el cuadro de resultados, más el informe del Síndico correspondiente al ejercicio cerrado al 31 de diciembre del 2002, con balance de corte al 30 de mayo del 2003; existencia de materia prima y cuero en proceso de industrialización, cantidades y calidad de productos exportados y/o comercializados en plaza, compradores, precios, etc.

Por Providencia dictada en fecha 2 de agosto del 2003, el A quo decretó la Intervención Judicial de la Sociedad y designó al Lic. Miguel Ángel Lemir Espínola como Interventor, fiscalizador de la Sociedad por el plazo allí establecido, a fin de obtener toda la información requerida por el solicitante de la medida (fs. 44).

El representante legal de la Sociedad y Presidente del Directorio, Fabio Rivas Crovato, se presentó en fecha 28 de agosto del 2003 y recusó al A quo (fs. 46/7). Mientras, el Interventor Judicial, por informe del 1º de septiembre del 2003, dejó constancia que: *“... a ciento veinte horas de habernos hecho presentes en las instalaciones de la empresa el Sr. Favio Riva Crovato, Presidente del Directorio de la misma, pese a su declarada predisposición de colaborar, en la práctica, con distintas maniobras dilatorias, se mantiene renuente a dar cumplimiento al mandato emanado del Juzgado, fundamentalmente en lo referido a la provisión de documentos, libros, de comercio, de bancos, de actas de directorio y de asambleas, de Registros de Accionistas, etc.; lo cual me habilita a presumir objetivamente, que no cuenta con dichos requisitos indispensables o que los mismos no están al día y no se encuentran en orden; circunstancias que revelan un desenvolvimiento totalmente anárquico de la empresa, con graves riesgos para los intereses de sus accionistas”* (fs. 48/51).

Siempre –en dicho proceso cautelar– cabe mencionar que en fecha 10 de septiembre del 2003, Luis Zarza Figueredo reiteró pedido de convocatoria a

Asamblea general ordinaria de accionistas formulado anteriormente por telegramas colacionados (fs. 53/4), urgido el 10 de septiembre del 2003 (fs. 55/6); 8 de octubre del 2003 (fs. 63) y 7 de mayo del 2004 (fs. 71/3). A fs. 78/9, en fecha 14 de mayo del 2004, el representante legal de la Sociedad justificó la realización de Asambleas generales ordinarias de accionistas correspondientes a los ejercicios 2002 y 2003 y, en consecuencia, solicitó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en la Intervención Judicial, afirmando: *“por este medio justifico fehacientemente al Juzgado, que no solamente se ha realizado la asamblea general ordinaria correspondiente al ejercicio 2002, sino que también se ha realizado la correspondiente al ejercicio 2003 de la firma Lord Leather S.A., motivo por el cual la presente medida cautelar no tienen ninguna razón de ser porque se han extinguido los supuestos motivos que determinaron la aplicación de la medida”* (fs. 78/9).

De lo hasta aquí relatado surge irrefutable e incuestionable que desde mayo del 2003 el accionista Luis Zarza Figueredo impugnó la administración de la Sociedad, solicitando informes sobre los ejercicios 2002 con corte en mayo del 2003 y convocatoria a Asamblea ordinaria, primero a través de telegramas colacionados y luego ya por vía judicial. Esta situación era perfectamente conocida por el representante legal de la Sociedad quien se presentó ante Sede Judicial y, a pesar de ello, haciendo caso omiso a dichos pedidos y a la Intervención Judicial vigente al tiempo de la tercera convocatoria a Asamblea general, convocó a la tercera Asamblea general ordinaria de accionistas, obviamente a espaldas del accionista y del propio Órgano Jurisdiccional. Más aún que dicha Asamblea tenía por objeto la aprobación de gestiones financieras que –a la sazón– definían la suerte de la empresa, con grave e irreparable perjuicio a los demás Socios no anoticiados debidamente de su convocatoria, como luego aconteció.

A tenor del razonamiento pergeñado surge inequívoco y palmario que la publicación a convocatorias de Asambleas debió ser realizada en algún periódico de mayor entidad, tiraje de ejemplares, circulación, etc., en la República, porque existían serios conflictos de intereses entre los Socios, que incluso llevaron a recurrir a Instancia Judicial, no sólo en el Fuero Civil: también en el Fuero Penal, como luce en el expediente intitulado: “Favio Román Fermín Riva Crovatto y otros s/ lesión de confianza”, agregado por cuerda.

Las diáfanas e irrefutables fundamentaciones explicitadas que se leen –con demasiada facilidad– a fs. 1.114 y fs. 1.115, ilustran acabadamente el extre-

mo y relevan a esta Magistratura de nuevos estudios, por la lucidez que conllevan a partir de la Lógica Jurídica.

Abordamos a continuación el análisis del segundo argumento esgrimido por los accionantes como causal de nulidad, la conculcación de disposiciones contenidas en los Artículos 1087 y 1089 del Código Civil (fs. 105/13).

Al respecto los accionantes aseveraron que en ambas Asambleas se aprobaron contralege la “Memoria del Directorio, Balance General y Cuenta de Ganancias y Perdidas” y demás cuestiones vinculadas a la gestión del Directorio pero sin mayoría requerida por Ley. Señalaron que los votos de Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín, Antonio Carlos Barrios Fernández y Héctor Doldán, emitidos en las respectivas Asambleas fueron para aprobar su propia gestión y –por ello– no eran válidos. Afirmando que tampoco podía sostenerse que la gestión del Directorio haya sido aprobada con el 12 % o el 4 % restantes respectivamente porque el Artículo 1089 exige para aprobar decisiones en segunda convocatoria, mayoría absoluta de votos presentes o cuando menos el quórum legal (fs. 113).

El Artículo 1087 del Código Civil expresa: “*Los directores y los gerentes no pueden votar sobre la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad o remoción*”.

En tanto el Artículo 1089 dispone en lo pertinente: “*...En la segunda convocatoria se considera constituida cualquiera sea el capital representado. Las resoluciones en ambos casos serán tomada por mayoría absoluta de votos presentes, salvo que los estatutos exijan otro número*”.

El Artículo décimo octavo del Estatuto Social establece: “*Las Asambleas Generales Ordinarias se constituirán en primera convocatoria, con la asistencia de Accionistas que representen la mitad más una de las acciones con derecho a voto y cualquier número en la segunda convocatoria. Las resoluciones en todos los casos se tomarán por mayoría absoluta de votos presentes, salvo en los casos previstos en la Ley en que se requiera la mayoría de acciones con derecho a voto*”.

En el sub lite, la Asamblea general ordinaria de accionistas del 14 de abril del 2003 sesionó –en segunda convocatoria– con accionistas que representaban el 50% del capital social, integrados por: Fabio Riva Crovato (37 acciones), Jorge Riva Bogarín (2 acciones); Antonio Carlos Barrios (7 acciones); Héctor Doldán (2 acciones) y Hugo Corrales (2 acciones), según surge del Libro de Depósito de

Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas generales ordinarias (fs. 54, expediente intitulado: “Luis Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”).

Entre otras cuestiones se aprobó –unánimemente– Memoria del Director, Balance General, Cuenta de Ganancias y Pérdidas, y el informe del Síndico, correspondiente al ejercicio cerrado al 31 de Diciembre del 2.002 (fs. 74/5, expediente intitulado: “Luis Alberto Zarza Figueredo s/ Intervención Judicial”).

Teniendo que en el periodo comprendido entre octubre 2002-abril 2003, Favio Riva Crovato y Antonio Carlos Barrios Fernández se desempeñaron como representante legal y director titular de la Sociedad, respectivamente, (fs. 57/65 del expediente intitulado: “Luis Antonio Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”), resulta obvio que lo aprobado en Asamblea eran sus propias gestiones, lo cual estaba expresamente prohibido por el citado Artículo 1087 del Código Civil.

Verón cita Jurisprudencia –reconocida– que concierne a la materia: *“El accionista puede votarse a sí mismo para los cargos de administrador o síndico porque su interés en tal caso no está en conflicto con el de la sociedad, pero su voto en asuntos que le conciernen y que debe estipular con la sociedad, hace nula la deliberación si el voto ha determinado la mayoría y, por lo tanto la formación de la voluntad social, porque él no puede constituir con un acto de su voluntad la voluntad de la sociedad”* (Sociedades Comerciales, Tomo III, Editorial Astrea, Bs. As., 1993, pág. 787).

Cabe señalar que las acciones de los mencionados administradores representaban el 88% con Derecho a voto. Sin embargo, al estar legalmente inhabilitados para votar dejaron a la Asamblea sin quórum legal, exigido por el Artículo 1089 del Código Civil y décimo octavo del Estatuto Social. Y ello es así porque los votos restantes de Jorge Riva Bogarín (2 acciones), Héctor Doldán (2 acciones), Hugo Corrales (2 acciones), representaban solamente el 12 % de acciones con Derecho a voto.

Martorell explicita: *“... La mayoría asamblearia se obtiene con el voto favorable de la mitad más uno de los presentes”* (Sociedades Anónimas, Editorial Depalma, Bs. As., 1.988, pág. 258).

“Para considerar debidamente formada la voluntad social no es suficiente haber cumplido con los recaudos de convocatoria y de comunicación de los asuntos a tratar; sino que además es indispensable salvaguardar dos principios esenciales: el de presencia del accionista y el de adopción de las decisiones por mayoría” (Ibídem, pág. 257).

En relación a la Asamblea general ordinaria del 20 de enero del 2004, cabe señalar que según Actas de Directorio obrantes a fs. 66/74 del expediente intitulado: “Luis Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”, en la Asamblea general del 14 de abril del 2003, fueron designados como Directores Titulares: Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán y como Directores suplentes: Juan Fiorotto y Luis Andrés Parcerisa Antonelli.

Del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asamblea general ordinaria del 20 de enero del 2004, se tiene que los Socios depositaron acciones que representaban el 50 % del capital social, resultando que Favio Riva Crovato depositó 37 acciones, Jorge Riva Bogarín 2 acciones, Héctor Doldán 9 acciones y Juan R. Fiorotto 2 acciones. Surge, entonces, que los Directores titulares y administradores de la Sociedad representaban el 96 % de las acciones depositadas con Derecho a voto.

Tal como lo mencionáramos precedentemente dichos Socios estaban legalmente inhabilitados para votar la aprobación de sus propias gestiones administrativas por expresa prohibición del Artículo 1087 del Código Civil, quedando un 4 % de acciones que no resultaba suficiente para alcanzar el quórum exigido en el Artículo 1089 del Código Civil, en concordancia con el Artículo décimo octavo del Estatuto Social.

Pasamos al estudio de la nulidad de las Actas de Directorio celebradas a partir del 14 de abril del 2003, solicitada por la accionante.

A tal fin, cabe citar el Artículo 361 del Código Civil que establece en lo pertinente: “*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado...*”.

De la comprensión de la citada normativa se concluye que la nulidad de la Asamblea del 14 de abril del 2003 afectó a los actos que son su consecuencia. De manera que, al ser nula la referida Asamblea que aprobó el 4º Punto del orden del día, referente a la designación de un nuevo directorio, las actuaciones realizadas por dicho organismo son nulas por falta de legitimidad y ser contra legem.

En lo que respecta a la acción de nulidad por simulación, cabe señalar que la cuestión es controvertida –en Doctrina– dado que se plantea si la simulación puede presentarse en las personas jurídicas y en particular en las Sociedades Anónimas. Mosset Iturraspe considera que las personas jurídicas –en particular las Sociedades– son pasibles de simulación (Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, ed. Ediar, 1974, Tomo I, pág. 109).

El Artículo 1111 del Código Civil imputa directamente a los administradores de la Sociedad por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por conculcación de la Ley o de los Estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

La personalidad jurídica de la Sociedad, dice Richard, “*subsiste en resguardo de los acreedores sociales y de los demás socios. No se anula ni se disuelve la sociedad, ni la norma le impone responsabilidad alguna a la misma. De allí que lo que se desestime sea la atribución de personalidad para poder exigir la responsabilidad de uno o varios administradores, que abusaron de su derecho de decisión o control*” (Sociedad y contratos asociativos, pág. 107).

De lo expuesto surge que la Ley protege a la Sociedad al imputar directamente a los administradores o socios por abuso societario, salvo que las situaciones de hecho puedan dar la posibilidad de acumulación de acciones de responsabilidad que pueda incluir a la Sociedad.

“*Es lícito rasgar o levantar el velo de la personería para penetrar en la verdad que se esconde tras él y hacer prevalecer la justicia cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, como cuando por medio de la apariencia se pretende una evasión de responsabilidad frente a un tercero*” (JA, t. 1.978-II, p. 222, CN Civ., Sala B, 17-V-76).

Por último, cabe referirse a la acción de remoción de administradores.

Como dijimos, según el Artículo 1111 del Código Civil, los administradores y representantes de la Sociedad –socios o no– deben obrar con lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios, en observancia de la Ley y los Estatutos Sociales. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables en forma ilimitada y solidaria, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, ya sea por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

En el caso, fue probado que los administradores actuaron inobservando la Ley y los Estatutos Sociales, causando con ello perjuicios a Socios que representan el 50 % de las acciones. En efecto, no permitieron acceder a documentos de la empresa, obstruyendo y negando información de interés social, pese a existir medida de Intervención Judicial. Participaron en Asambleas sin estar legalmente habilitados para ello (Art. 1087 del Código Civil).

“*Con certeza se sostiene que la responsabilidad civil y penal de los administradores de la sociedad anónima es un tema principal de su normativa, no por su aplicación efectiva, sino por su acción preventiva, que contribuye a poner*

mayor cuidado en el manejo de los negocios sociales, a fin de no posponer los intereses sociales a los personales, principalmente en la gran sociedad anónima que recurre al ahorro público, problema agudizado por el hecho de que los directores pueden no ser accionistas, la ineficacia práctica del control interno y el creciente predominio de la administración sobre la asamblea” (Halperín, Sociedades anónimas, págs. 447/9).

En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la acción de remoción de los administradores Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán y en consecuencia, de “Leather S.A.”.

Por las sólidas e irrefutables motivaciones explicitadas corresponde –en estricto Derecho– revocar la Resolución impugnada, correspondiendo hacer lugar a la acción de nulidad de Asambleas generales ordinarias de fechas 14 de abril del 2003 y 20 de enero del 2004; ídem a la acción de nulidad de Actas de Directorio celebradas a partir del 14 de abril del 2003; y admitir la acción de remoción de administradores. En cuanto a las Costas, las mismas deben ser impuestas a la perdedora en atención a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A SU TURNO EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, manifestó cuanto sigue: Coincido con la conclusión arribada por el Ministro preopinante pero me permito hacer algunas consideraciones respecto al caso sometido a estudio.

La decisión recurrida es el Acuerdo y Sentencia N°106 del 11 de noviembre del 2009 que revocó la sentencia N° 644 del 20 de agosto del 2008 y por la cual rechazó todas las pretensiones de la actora.

La Parte Accionante dirigió sus agravios contra los argumentos expuestos contra el rechazo de la demanda en segunda instancia, argumentando que las Asambleas Generales Ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de abril del 2003 (Acta N° 2) y del 20 de enero del 2004 (Acta N° 3), como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003, deben ser declaradas nulas al igual que todos los actos posteriores que son su consecuencia, principalmente, por haberse publicado la convocatoria para la asamblea respectiva en un diario de poca circulación y, porque en el acto asambleario fueron aprobados balances y otras decisiones importantes sin tener la mayoría necesaria por la ley y peor aún –según señaló– el directorio de la sociedad fue integrado con amigos y parientes con la intención de vaciar la empresa en

perjuicio de los demás accionistas con deudas irreales, préstamos y ventas ficticias entre otros. En virtud a estos fundamentos solicitó la revocatoria de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación y consecuentemente, exigió un pronunciamiento como la dictada por el juez de la instancia originaria.

La norma contenida en el Artículo 1082 hace referencia al primer agravio, esto en alusión a la publicación realizada en el Diario Correo Comercial. Esta expresa: *“La asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de los treinta días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho de anticipación como mínimo”*. Esta disposición esta también en el estatuto social de la empresa en su Art. 17.

La citada regla no hace distinción de que la publicación deba hacerse en un diario de gran circulación, sin embargo, coincido plenamente con el Ministro preopinante, cuando refiere que la publicación debió ser realizada en algún periódico de gran circulación en la República, al existir conflictos de intereses entre los socios que obligaron a la parte actora a iniciar acciones judiciales en el ámbito civil (Intervención Judicial) y penal (lesión de confianza) contra los directivos de la empresa.

Cabe acotar que la finalidad del Edicto es la publicidad; y para los diversos tipos de asuntos Judiciales o Administrativos, las leyes nacionales exigen la publicación en medios masivos de comunicación escrita, con el fin de que el mayor número de personas que tengan interés puedan informarse y acudir ante un Juzgado, ante las dependencias que ordenaron la publicación o en los lugares indicados para uno u otro acto, para hacer efectivo sus derechos.

Principalmente, la publicación de edictos de las asambleas societarias debe constituirse en medio idóneo que asegure la debida publicidad con la mayor circulación de la información para que todos los accionistas, puedan tener conocimiento de la convocatoria y poder así defender sus derechos societarios.

Bien sabido es que el Diario Correo Comercial no es de gran circulación o de venta masiva ya que originalmente fue constituida, con los auspicios del la Corte Suprema de Justicia, como un medio para: *“defender, difundir, la verdad y la justicia en forma exclusiva a través de la pluma y de los grandes pensadores*

doctrinarios del derechos". Puede deducirse que era de naturaleza eminentemente jurídica y otorgaba espacio a los magistrados y profesionales del derecho a expresar sus opiniones.

Más adelante dicho medio escrito fue incorporando aditivos que correspondían a un diario con el formato que todos conocemos, como publicaciones administrativas, comerciales y judiciales incluso. También tuvo cambios en los días de publicación que de efectuarse solo de lunes a viernes, en los últimos años, lo hizo todos los días. No obstante, las publicaciones de las asambleas cuestionadas fueron realizadas en los años 2003 y 2004, cuando no se publicaban los sábados y domingos.

En cuanto a su venta, considero, Correo Comercial no tiene el carácter de público debido a que los puestos para el efecto se encuentran limitados a su casa central y en sedes judiciales, que como se sabe, estas últimas, no se encuentran abiertas al público todos los días de la semana, circunscribiéndose su tirada a la cantidad de anunciantes.

Al respecto, la propia Excelentísima Corte Suprema de Justicia, bajo la presidencia del Prof. Dr. José Alberto Correa, en el año 1993, había dispuesto, a través de la resolución N° 185, en su artículo 2°, el permiso para la exposición y venta del periódico Diario Correo Comercial en las instalaciones del Palacio de Justicia, como en las sedes de todas las circunscripciones judiciales de la República. La decisión tenía sustento en el objetivo de su creación el de velar por la libre opinión de magistrados y profesionales del derecho con tal libertad respecto a juicios y jurisprudencia. Dicho en otras palabras, repito, era un periódico netamente circunscripto al ámbito judicial.

Los diarios de gran circulación de la República, a diferencia de este medio, facilitan el acceso de la información a cualquier ciudadano en los puestos de venta en innumerables lugares así como también a través de sus distribuidores y vendedores. Es decir, una persona cuya actividad lo realiza fuera de las dependencia del poder judicial no puede encontrar en cualquier sitio Diario Correo Comercial, por las limitaciones que ya mencionamos, en cambio, sólo quien concurre diariamente al Poder Judicial puede de alguna manera adquirir un ejemplar y acceder a su información.

Por estos principales motivos, la gran mayoría de los magistrados, sostienen la postura de que este medio de comunicación escrito no cumple con un requisito esencial "su gran circulación", por lo que, no autorizan publicaciones judiciales en este medio.

Partiendo de las normas procesales vigentes las publicaciones de edictos exigen realizarlos en diarios de gran circulación porque facilitan el acceso a la información sin limitaciones, y ante la carencia del elemento importante, el Diario Correo Comercial no puede ser utilizado para el efecto. Las cuestiones administrativas como las convocatorias de asambleas, por su relevancia, deben ser publicadas en diarios de gran circulación de tal suerte de que cumpla, aunque no se consigne expresamente, con el espíritu de la norma, es decir, que las personas interesadas puedan tener acceso a la información de tal suerte a precautelar sus intereses societarios.

Si bien las publicaciones anteriores fueron realizadas en este diario, con la presencia del 100% de los accionistas, no obsta a que, los accionistas que no tuvieron conocimiento de la convocatoria y por tal motivo no asistieron a los actos asamblearios, donde solo el 50% de los mismos estuvo presente, puedan impugnar por este medio la irregularidad debatida partiendo de una publicación que no cumplía con el fin de la norma, velar por la información y la participación de todos los accionistas de una sociedad, más aun, que de las probanzas en autos, la parte actora y accionista ausente de las asambleas cuestionadas y afectado por las decisiones posteriores, inició antes de la misma, acciones judiciales por irregularidades de los administradores de la sociedad. Ante conflictos de intereses pendientes contra los directores de la sociedad, que pudieran afectar derechos y el patrimonio de los accionistas, se debieron tomar todas las precauciones necesarias para que todos los asociados tengan la oportunidad de reclamar sus derechos, y principalmente, que todos sean anoticiados del acto.

En síntesis, la verdadera finalidad de la publicación de edictos es la de lograr la mayor y más amplia difusión del acto, y los órganos jurisdiccionales deben adoptar todas las medidas garantistas que resulten razonablemente adecuadas para asegurar la defensa de intereses societarios partiendo de la información y el acceso correcto a un acto importante como es la asamblea, evitando con ello, se impida hacer efectivo la defensa de derechos societarios reconocida por ley.

Queda claro que al no constatarse este escenario y haberse quebrantado la debida publicidad del acto asambleario, con pruebas reveladoras de indicios graves que nos llevan a concluir que el acto careció de seriedad y que hubo intención de torcer la ley, consecuentemente, debe ser declarado nulo y sin valor, conforme a la norma contenida en el Artículo 357 que dice: *Es nulo el acto*

jurídico... c) en caso de no revestir la forma prescripta por la ley, y su concordante, Artículo 27 que reza: Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor; si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención.

Arribada a esta conclusión resulta como lógica consecuencia, la declaración de ineficacia de las Asambleas Generales ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de abril del 2003 (Acta N° 2) y del 20 de enero del 2004 (Acta N° 3), como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003, ya que los actos nulos no producen consecuencia.

Más allá de los argumentos expuestos por los contendientes respecto a que fueron realizadas sin tener la mayoría legal necesaria y que los señores Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín, Antonio Carlos Barrios Fernández y Héctor Doldán, aprobaron con sus respectivos votos, su propia gestión vulnerando normas consagradas en los Artículos 1.087 y 1.089 del Código Civil Paraguayo o que ambos actos eran válidos porque fueron realizados conforme a la normativa vigente, los estatutos y con la mayoría necesaria de los socios ante la presencia de una segunda convocatoria; el acto asambleario fue producto de un acto declarado nulo e inexistente por lo que resulta intrascendente profundizar en las controversias aducidas. Sin embargo, resulta procedente determinar que la nulidad, además de los actos asamblearios, afecta a todos los demás que son consecuencia de estos: Las designaciones del Directorio de la firma Lord Leather S.A. y sus decisiones desde el 14 de abril del 2003; la nulidad de la transferencia por contrato de compraventa celebrado el 2 de abril del 2003 (fs. 136 y sigts.), plasmadas en las escrituras N° 13 y N°18, autorizadas por la escribana Nelly Isabel Acuña Talavera, de fecha 29 de marzo y el 12 de abril de 2004, respectivamente, de las Fincas N° 17.265 del Distrito de San Roque y de la Finca N° 6.893 del Distrito de Pedro Juan Caballero, además de haberse efectuado por administradores, en nombre de Lord Leather S.A., cuya designación, como se dijo fue irregular y nulo, a favor de la empresa Seguridad Paraguaya S.A., quedó al descubierto de que fue celebrado por parientes de grado próximo pagándose un precio por debajo de su valor de tasación así como otras que fueron demostradas fehacientemente en el desarrollo del proceso, sin dejar de mencionar que estos mismos directores de Lord Leather dejaron a la sociedad sin bienes y sin posibilidad de desarrollar la empresa o su objeto social con la venta de todos los activos de la firma.

Por último, siguiendo la tesitura, corresponde igualmente la remoción de los administradores Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán

como así también su responsabilidad por daños. En ese orden, el Artículo 1111 del Código Civil dice: *“Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades, o culpa grave”*.

Partiendo de la publicación en un diario de poca circulación existiendo en ese entonces, acciones judiciales contra estas personas, que posteriormente fueron designadas en la asamblea irregular, realizando a su vez, actos nulos en perjuicio de terceros, demostrando un actuar negligente y celebrando actos que perjudicaron patrimonialmente a la sociedad y por ende, a sus demás socios.

Como colofón, es oportuno traer a colación la doctrina moderna al respecto concordante con la jurisprudencia de esta máxima instancia señala que la ley tiene previsto derechos esenciales y límites necesarios de cada socio, cuya voluntad expresada a través de la Asamblea deben encuadrarse dentro de los márgenes del orden público propiciando la debida tutela al interés social e individual de cada integrante de la sociedad.

Resulta oportuno citar a Velázquez Guido, que en su obra titulada: “Sociedades Anónimas”. P. 200, comentando el Artículo 1.098 del Código Civil Paraguayo que expresa: *“Según De Gásperi, el derecho de impugnación nace como protección de la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías; una medida contra el ‘cesarismo’ de las mayorías asamblearias en los casos de violación de la Ley, del estatuto o del reglamento”*.

Conforme a la doctrina aludida puede concluirse entonces, que al haberse soslayado derechos esenciales del accionante como socio y perjudicado por las decisiones irregulares ante la falta de debida publicidad contraviniendo la norma del Artículo 1.082 del Código Civil y el Artículo 17 del estatuto Social; deben declararse nulas las publicaciones de las convocatorias, y con ellas, las Actas del Directorio de Lord Leather S.A. y todos los actos, gestiones y decisiones que fueron su consecuencia, como la transferencia de los bienes contenidos en el contrato de compraventa celebrado el 2 de abril de 2003 (fs.136 y sigts.). Asimismo, corresponde la procedencia de la remoción de los administradores en virtud a lo dispuesto en el Artículo 1.111 de la norma de fondo, sustentadas todas en las probanzas rendidas en autos, así como las documentales obrantes en las diligencias preparatorias iniciado por Luis Antonio Zarza Figueredo.

Por las consideraciones expuestas, la sentencia recurrida debe ser revocada, en consecuencia, corresponde hacer lugar a la acción de nulidad de las Asambleas Generales ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de abril del 2003 y del 20 de enero del 2.004, como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003 que son su consecuencia, y por último, hacer lugar a la remoción de los administradores de Lord Leather S.A. Favio Riva Crovato Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán.

En cuanto a las costas, conforme a motivaciones expuestas, deben ser impuestas a la perdidosa conforme las precisiones contenidas en los Artículo 192, 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A SU TURNO EL MINISTRO SINDULFO BLANCO, manifestó cuanto sigue: El Acuerdo y Sentencia N° 106, del 11 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital, dispuso: “*DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por los recurrentes; REVOCAR en todas sus partes la S.D. N° 644, del 20 de agosto de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno y, consecuentemente, dejar sin valor todos sus efectos jurídicos; IMPONER las costas a la perdidosa; ANÓTESE...*”.

La decisión y, específicamente, el razonamiento que expusieron los Miembros del Tribunal en mayoría para sustentarla, fue puesta en crisis por representantes convencionales de la parte Actora, quienes arguyen que la pretensión que sostuvieron en la demanda se centró en la declaración de nulidad de las asambleas ordinarias del 14 de abril del 2003 y del 20 de enero de 2004, debido a que la convocatoria al acto no fue cumplida debidamente y en atención al Art. 1082 del Código Civil; que las cuentas de la sociedad “*Lord Leather S.A.*” fueron aprobadas por una mayoría insuficiente y, que todas las actuaciones del directorio, que sobrevinieron a dichas asambleas son nulas y así debía declararse. Alegan que también fue demandada la nulidad de las transferencias de los bienes que integraban el 100% del activo fijo de la sociedad, como también la remoción de sus directores, debido al mal desempeño verificado en sus respectivas funciones.

Manifiestan que la parte a la que representa, ha probado todos los extremos fácticos que sostuvieron con su demanda, sobre todo, que la publicación de la convocatoria a las asambleas *ha incumplido la finalidad de hacer conocer la realización del acto asambleario*; también demostró que el directorio se integró

con amigos y parientes, quienes luego dispusieron de los bienes de la firma, en total desmedro a los intereses de los demás accionistas y mediante el empleo de actos jurídicos simulados, los que también han acreditado, según señala.

Objeta los argumentos que expusiera el Miembro Preopinante sobre la validez de las publicaciones realizadas a través del “Correo Comercial” y, además del temperamento adoptado para rechazar las otras causales de nulidad que demandó, los que según sostiene, solo recibieron el trato de planteamientos subsidiarios o meramente supletorios al primero.

Concluye su presentación solicitando que esta Sala decrete la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 106, apelado y, confirme en todos sus términos la S.D. N° 644, dictada por el Juez de Primera Instancia.

Otorgado el trámite legal al recurso, se dispuso el traslado correspondiente de los agravios y, en tal sentido, tanto la Representante de la firma “*Seguridad Paraguaya S.A.*”, como también los de la firma “*Lord Leather S.A.*”, rechazaron los términos del recurso, arguyendo y sosteniendo la tesis de que no fue probado en autos la existencia de conflictos o desavenencias entre los accionistas, tal como lo sostuvo el A quo en la S.D. N° 644; que la publicación realizada a través del Correo Comercial reviste de toda licitud y que inclusive ya había sido utilizada con anterioridad por la Firma, para el llamado a una asamblea de accionistas y que inclusive comparecieron a la Asamblea el 100% de Socios; por ello no podría sostenerse que fue utilizada este medio para ocultar algún llamado o, bien, para que los Demandantes desconozcan el llamado, lo cual no sería posible, pues, según señalan ni siquiera conocían a estos nuevos Miembros de la Sociedad, pues nunca habían comunicado el hecho de haber adquirido acciones de la firma “*Lord Leather*”, lo cual inclusive fue confesado en juicio por los señores Luis Alberto Zarza y Miren Mirari Parot de Alfaro, quienes declararon que: “...*jamás comunicaron al Directorio de Lord Leather S.D. el haber procedido a la adquisición del 50% del paquete accionario...*”.

La representante de “*Seguridad Paraguaya S.A.*” sostuvo que el Art. 1082 del Código Civil no refiere el tipo de diario y/o la tirada que debe tener el mismo para la publicación; el A quo en la S.D. N° 644 juzgó sobre si el “*Correo Comercial*” es o no de circulación masiva, cuando que el citado artículo no exige este requisito; agrega que con motivo del presente juicio, han quedado truncados proyectos industriales de la firma a la que representa y que no pueden concretarse hasta la fecha, pues, la demanda motivó a su vez la imposición de una

medida cautelar, a su entender, superflua para garantizar los perjuicios que ocasiona al desenvolvimiento normal de la firma.

Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán, bajo patrocinio de abogado también contestaron el traslado solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia impugnado, con costas. Arguyeron que: El A quo fundamentó su fallo aludiendo a una supuesta circunstancia de “*conflictos entre accionistas*” y la ineficacia de la publicación convocando a asambleas a través del Correo Comercial. Que los demandantes –Zarza y Parot– no han comunicado al Directorio de la firma Lord Leather el haber adquirido el 50% del paquete accionario; que inclusive la propia Corte Suprema de Justicia, mediante el dictado de resoluciones ha propiciado la utilización del Correo Comercial para la publicación de Edictos judiciales.

El Abog. Fabio Cuevas Storm sostuvo a más de lo ya expuesto, que debe inferirse que todos los juicios sucesorios, disoluciones de la comunidad conyugal, cuyos edictos fueron publicados en el Correo Comercial, si se siguiera el criterio del Juez de primer grado, deberán ser anulados. Agregó que la resolución del Tribunal de Apelaciones, ha dado estricto cumplimiento al Art. 15, Inc. c) del Código Procesal Civil, por cuanto que ha corregido la decisión apelada, en el sentido de aplicar la ley, sin juzgar del valor intrínseco de la misma, como lo hizo erradamente el A quo.

Por su parte, Fabio Ramón Riva Bogarín y Gustavo Riva Bogarín, al evacuar el traslado sostuvieron que su vinculación al juicio estriba en la circunstancia de haber otorgado un préstamo a la Firma Lord Leather para la compra de inmuebles y maquinarias; empréstito que según sostienen, fue contraído durante la presidencia del Señor Miguel Angel Ibarra y, no bajo la presidencia del titular Riva Crovato, quien ha asumido dicha calidad recién en octubre de 2002.

Coinciden todos en solicitar la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 106, por señalar que sus fundamentos se ajustan a derecho.

Entablada la cuestión de la manera expuesta, es oportuno señalar que el Art. 1082 del Código Civil, dispone: “*La asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez días de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de los*

treinta días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho de anticipación como mínimo”.

Analizado el fallo impugnado, advertimos que el Tribunal de Apelaciones, no halló defectos en la publicación efectuada a través del Correo Comercial. Efectivamente, el voto mayoritario, cuestionado por los Apelantes, sostuvo que la convocatoria a la asamblea mediante la publicación de edictos en el Correo Comercial, revestía de total validez, exponiendo los argumentos que sostienen dicha afirmación. Contrariamente, el Juzgador A quo, en la S.D. N° 644, sostuvo: *“De ahí que el juzgado considere que –habiendo conflicto de los intereses societarios– la convocatoria de asamblea en el Correo Comercial, por sus características de publicación limitada y sin circulación masiva, no cumplió con las formalidades legales y, por tanto, anula la citación realizada al dejar a los accionistas ausentes en indefensión social”*; este razonamiento lo llevó a inferir que la publicación no ha cumplido o alcanzado su fin, vale decir, el de otorgar publicidad al llamado, pues, mediante dicho medio, no se garantiza ni asegura el conocimiento de todos los Accionistas para la concurrencia a la asamblea, los que deben ser extremados en caso de existir *“conflictos de intereses societarios”*.

A esta conclusión, el voto mayoritario del Tribunal de Alzada le restó precisión y la valoró viciada y errónea. En efecto, el Tribunal, sustentó que el Código Civil, en el Artículo 1082, solo impone que la publicación se realice en un *“diario”* sin formular algún agregado o precisión sobre si éste deba tratarse de uno determinado o que requiera ciertas cualidades en cuanto a circulación masiva dentro del territorio nacional. Señalaron que el A quo, carece de facultades para realizar una interpretación distinta de la palabra empleada en la disposición del Art. 1082, pues, no se hallan configurados los presupuestos como para realizar una interpretación extensiva del texto de la ley.

Abordado el asunto, debe señalarse que no se advierte algún defecto en este razonamiento del Tribunal. Conforme pudimos observar de la atenta lectura del fallo puesto en crisis, como de las constancias de autos, la convocatoria a asamblea fue ejecutada con sujeción a lo que dispone el Art. 1082 del Código Civil y los propias disposiciones estatutarias de la sociedad *“Lord Leather S.A.”*. Debe tenerse en cuenta las pautas consagradas en el Artículo 6 del mismo cuerpo legal, la que establece como punto de partida para la resolución de una cuestión determinada a la *“palabra”* de la ley. En el particular, la legislación civil dispone

que la publicación se efectúe en un diario, más nada. Y en ese sentido, no hallamos defectos de derecho en la posición de los Juzgadores de Alzada, que sostuvieron que atendiendo a las características del Correo Comercial y a que éste ya fue empleado con anterioridad para los mismos efectos y por la misma sociedad, la posición sostenida por los demandantes no podría tener asidero jurídico.

Además, pudimos constatar que *“El Diario Correo Comercial fue constituido un 12 de abril de 1984, “EN EL AÑO DEL CINCUENTENARIO DE LA DEFENSA DEL CHACO PARAGUAYO”, conforme se publica hoy día en su página digital: www.diariocorreocomercial.com.py. La Acordada, N° 8 del 19 de octubre de 1983, y la resolución N° 185 del 14 de junio de 1993, indicaba: Art. 1°: CONCEDER los altos auspicios de la Excm. Corte Suprema de Justicia al Diario Correo Comercial, editado por Editorial El Foro. Art 2°: DISPONER el permiso para la exposición y venta del periódico Diario Correo Comercial en las instalaciones del Palacio de Justicia, como en las sedes de todas las circunscripciones judiciales de la República. Art. 3°: RECOMENDAR que los Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial proporcionen al Diario Correo Comercial, los materiales que estimen convenientes y no contradigan a disposiciones legales, para su posterior publicación. Fuente “Diario Correo Comercial Digital - www.diariocorreocomercial.com 2010.*

Es decir, conforme a lo dicho no podría alegarse que el medio empleado – Correo Comercial – no haya podido alcanzar la finalidad de hacer saber el llamado a la asamblea de Accionistas, cuando que sus ejemplares se hallan a disposición de los interesados y sobre todo constituyó el medio al que se recurrió con anterioridad para proceder a la publicación de convocatorias a asambleas de la misma firma. Pudimos incluso acceder a páginas del citado medio escrito y comprobar que obran convocatorias a asambleas de distintas sociedades, además de Edictos para la presentación a distintos juicios, ordenados por los Juzgados de distintas circunscripciones Judiciales del país.

El argumento central sostenido por el juzgador A quo, de que a su entender, se suscitaron disputas o diferencias entre accionistas lo que tuvo que significar un cambio del medio usualmente empleado por la firma Lord Leather, carece de solidez y precisión para sustentar la nulidad del llamado, por cuanto que dicha afirmación denota una apreciación muy subjetiva del Juzgador que colisiona con el principio de seguridad jurídica y, a lo único que conduciría es a sobrecar-

gar de recaudos a la publicación, que a la postre, no son requeridos ni siquiera por la propia Ley.

De seguirse con la tesis del A quo, llegaríamos al absurdo de reconocer que cada sociedad debería realizar sus convocatorias a asamblea, en función a la armonía o desarmonía que gobierna, en determinado momento, las relaciones intersubjetivas de sus socios, recurriendo a uno u otro medio, según los casos.

Puntualmente, soy del criterio que lo verdaderamente relevante para el caso en estudio, es el estricto acatamiento a la Ley y a los Estatutos de la Sociedad, no pudiendo pasar desapercibido el hecho probado de que la propia Sociedad “Lord Leather” ha empleado con anterioridad dicho medio. Las pruebas producidas en el juicio confirman esta tesis. Ciertamente, ha quedado probado el empleo del “Correo Comercial” en otras oportunidades, para los mismos fines que hoy día se cuestionan con la presente demanda.

Por otra parte, en cuanto a la falta de mayoría también alegada por la parte Actora, corresponde señalar que el hecho de que en las actas de asambleas impugnadas se haya mencionado que las cuestiones propuestas en el Orden del día, hayan sido aprobadas por “unanimidad”, no demuestra ni señala que los Directores de la firma, hayan votado por la aprobación o rechazo de cuestiones societarias, de las cuales se hallan expresamente impedidos de votar. La voz “unanimidad” hace alusión y se aplica, *al conjunto de personas que tienen la misma opinión* sobre algún punto en particular, y por lo tanto, significa una posición coincidente entre dos o más personas, sin que se haya exteriorizado alguna opinión diferente o disidente de otra persona, sobre el objeto sobre el cual se analiza o discute. En consecuencia, del empleo de la palabra unanimidad resultaría un desacierto pretender extraer una conclusión en torno a que todos los Directores/Accionistas han votado, por cuanto, que ella pudo haberse formado o construido en base a la voluntad de quienes tenían derecho al voto, Accionistas/no directores, para la aprobación del punto 3) de las Asambleas impugnadas, obviamente por no ser Directores o Gerentes de la Sociedad.

Sobre el punto, el Artículo 1086 del Código Civil, textualmente dispone: *“Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta sección. Es nula cualquier cláusula en contrario”*.

Por otra parte, ya en torno a las limitaciones de que habla el artículo anterior, el Art. 1087, establece: *“Los directores y los gerentes no pueden votar sobre*

la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”.

Ahora bien, una vez afirmado que la Asamblea de Accionistas en segunda convocatoria, ha sido constituida legalmente, solo resta pronunciarse en torno a la mayoría, también cuestionada. Sobre el punto, los Demandantes arguyen que en el caso en estudio, no pudo haberse acreditado, mayoría alguna, sin que los Directores hayan votado en la práctica sobre los puntos propuestos en el orden del día.

El agravio sostenido sobre el particular no puede prosperar. Nótese que las reglas de experiencia y las prácticas de las Sociedades nos señalan que en muchos casos, el paquete Accionario mayoritario se identifica con las personas que componen el Directorio de la Sociedad. Por lo tanto, si sostuviéramos la tesis de los Recurrentes, las gestiones de los directores y la aprobación de los balances y memorias y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, nunca podrían ser aprobadas en ninguna asamblea societaria. En efecto, piénsese momentáneamente en esta hipótesis. Si en una sociedad determinada, el 90% de los Accionistas, fueran directores y solo el restante 10% de Accionistas pueden, conforme a la Ley emitir su voto para la aprobación de los Balances y de la gestión de sus Directores, NUNCA se tendría una mayoría y, por lo tanto, tales puntos jamás serían aprobados por la Asamblea. Para estos puntos, entendemos debe primar la voluntad y la decisión de aquellos Accionistas que sí tienen derecho al voto, representado por los Accionistas que conforman el quórum para estas decisiones, es decir, del 10%, sostener lo contrario, nos conduciría a un despropósito y al absurdo de reconocer que jamás se contaría con una mayoría para la aprobación de aquellos asuntos.

En estas condiciones, lo que pueden colegirse válidamente es que a más de los Directores, *se hallaban Accionistas que si podrían votar válidamente* sobre los puntos de aprobación del balance y gestión de la comisión directiva. Si estos Accionistas votaron por la aprobación de tales puntos, la aprobación de los puntos cuestionados, se halla ajustada a derecho y, si lo hicieron en el mismo sentido, sin formularse diferentes criterios, pues, habrá además “unanimidad”, es decir, que la voluntad de los votantes fue coincidente, sin poder sostenerse la existencia de disidencias o diferencias de votos. De las actas de asamblea no surgen constancias fehacientes de que los Directores hayan votado en este pun-

to. En realidad, solo consta que la Asamblea se ha constituido con un capital Accionario de 50% de votos, en el que se hallaban también incluidos directores de la Sociedad “Lord Leather S.A.”.

Empero ello resulta totalmente lícito. Obviamente, los Directores sí pueden votar en algunos puntos que se mencionan como puntos de la asamblea, *“solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas” (Art. 1086 del Código Civil)*, sin embargo, la prohibición únicamente atañe a que no podrán hacerlo sobre la *“aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”*, caso para el cual los restantes Accionistas que se hallaban presentes en el Acto Asambleario conformaran la mayoría, con exclusión del porcentaje de acciones que se halla en poder de los Directores y Gerentes de la Sociedad, inclusive.

Con estos argumentos, entiendo que la resolución apelada se halla ajustada a derecho y debe ser confirmada. Finalmente, las costas procesales, deben ser impuestas a las partes por su orden. Se constata que tanto los Recurrentes, como los Demandados ejercieron sus respectivas acciones y defensas, ante esta Instancia, en el convencimiento de hallarse jurídicamente autorizados para ejercerlo, por lo que de conformidad al Art. 193 del CPC, hallamos suficientes razones para esta forma de imposición. Es mi voto.

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

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad interpuesto, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

REVOCAR, el Acuerdo y Sentencia N° 106 de fecha 11 de Noviembre del 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de conformidad a los argumentos esgrimidos en el exordio.

IMPONER las Costas en esta Instancia, a la perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: César Antonio Garay, Oscar Bajac Albertini y Sindulfo Blanco.

Ante mí: Abog. Karinna Penoni de Bellassai.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 616

Cuestión debatida: *Se analiza si la actuación del demandado en estos autos puede ser estudiada desde la perspectiva de su responsabilidad civil por la comisión de un hecho ilícito, ya que su actuar se desarrolló en el marco de su actuación como órgano de una persona jurídica, en la ejecución de una decisión asamblearia.*

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador.

Se ha interpretado el Art. 1111 del Código Civil como una norma de carácter general, cuyo contenido es subsiguientemente desarrollado en las demás disposiciones relativas a la materia societaria, en particular por lo dispuesto por los Arts. 1112 al 1116 del mismo cuerpo legal, que establecen los requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador.

El ejercicio de la acción por mal desempeño del mandato depende de una decisión de la asamblea, por lo que se da en denominarla acción societaria. Tal como establece el art. 1114, el accionista solamente podrá promoverla cuando ‘la acción no fuere iniciada dentro del plazo de tres meses, contado desde la fecha del acuerdo’, o cuando la asamblea decida renunciar a la acción o transigir, en cuyo caso podrá ser ejercida por los accionistas que se hubieren opuesto”. No cualquier acto u omisión del administrador legitima a las personas detalladas en la norma –sociedad, accionistas o acreedores– a ejercer la acción de responsabilidad.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa.

La acción social tiene por legitimado activo a la propia sociedad, por lo cual se requiere siempre una decisión de la asamblea previa a la promoción de la demanda.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Acción social.

La promoción de la acción social, importa también la remoción y reemplazo de los directores afectados y conlleva implícitamente la acción judicial de remo-

ción de los mismos, para el caso de que no hayan acatado voluntariamente tal decisión.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Acción social.

El accionista individual tiene una acción de responsabilidad para el caso de que la sociedad o sus directores le provoquen perjuicios directos, acción que será contractual o extracontractual, según que el acto lesivo importe incumplimiento del contrato social, los estatutos o las relaciones sociales derivadas de la Ley; y será extracontractual si proviene de un ilícito cometido por la sociedad contra uno de los socios, pero no en su carácter de tal, sino como cualquier tercero. Esta acción es siempre resarcitoria de los daños y perjuicios y no implica el derecho de solicitar ni obtener la remoción de los directores o administradores.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Acción social. Acreedores.

Los acreedores terceros de la sociedad tienen acción contra los administradores para conservar la intangibilidad del patrimonio social, en los términos del Art. 1115 del Cód. Civil.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Hay actuación personal del administrador que causa un daño con infracción de deberes elementales de cuidado en todos los casos de producción dolosa de los daños por parte del administrador. Encajan aquí los casos de actuación del administrador, en el marco formal de sus competencias pero con abuso de poder, es decir, persiguiendo su propio interés y no el de la sociedad.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

También responde el administrador cuando él haya creado personalmente la fuente del riesgo o lo haya incrementado. En tales casos, el deber de tomar las precauciones necesarias para evitar el daño a terceros pesa personalmente

sobre el administrador. Estos son los casos en los que, con mayor claridad, puede afirmarse que el *tort* o *delictum* fue cometido personalmente por el administrador y en los que la equiparación con la responsabilidad externa de los trabajadores es absoluta.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Responde igualmente el administrador que realice una actividad de la que pueda deducirse que lleva aparejada una posición de garante.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Administración de la Sociedad. Responsabilidad personal del Administrador. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

El mero hecho de la denuncia o su desestimación en sí no constituyen actos ilícitos, sino tan solo cuando la denuncia haya sido notoriamente infundada, configurando en este sentido un caso de ejercicio abusivo de un derecho o facultad reconocido por el sistema jurídico, en los términos del Art. 372 del Código Civil.

SOCIEDAD. DAÑOS Y PERJUICIOS. COSTAS. En el orden causado.

El hecho de que la resolución de la cuestión sometida al órgano jurisdiccional haya requerido de una labor interpretativa importante por parte del órgano, como consecuencia de la complejidad de la litis constituye un justificativo razonable para la exoneración de las costas de la litis. Por lo tanto, corresponde exonerar a la parte perdedora de las costas de esta instancia, que en consecuencia deben ser impuestas en el orden causado

CSJ. Sala Civil. 19/08/11. “José Aloisio Bamberg Krein c/ Dieter Eissler s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Daño Moral”. (Ac. y Sent. N° 616).

Previo estudio de los antecedentes, los señores Ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvieron plantear las siguientes.

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

¿Se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley, para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: TORRES KIRMSEY, BAJAC ALBERTINI Y GARAY.

A la primera cuestión planteada, el Doctor Torres Kirmser dijo: El recurrente no fundó el recurso de nulidad, por lo que corresponde declarar la deserción del mismo, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la resolución apelada, no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Asus turnos los señores Ministros Bajac Albertini y Garay manifiestan que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión, el Ministro Torres Kirmser prosiguió diciendo: Es sometido a estudio de esta Sala, el Acuerdo y Sentencia N° 47, de fecha 26 de mayo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. La resolución apelada resolvió: “Tener por desistida el recurso de nulidad; Revocar en todas sus partes la sentencia recurrida, de conformidad a los términos vertidos en la presente resolución; Imponer las costas a la parte perdedora; Anótese...” (sic) (f. 274).

Contra la resolución de segunda instancia se alzó la parte actora y fundó el recurso de apelación en los siguientes términos, entre otros: “No tiene en cuenta lo que manda la ley, y en este sentido desconoció por completo la norma del art. 1111 del Código Civil Paraguayo [...] La norma señalada claramente alude a una cierta clase de personas dentro de la estructura societaria ‘Los Directores’ [...] El señor Dieter Eissler cuando formuló la denuncia era Director de la firma Frigorífico Independencia S.A., de manera tal que no puede existir falta de acción alguna porque la norma establece claramente la responsabilidad de ‘Los Directores’, frente a la sociedad, los socios y los ‘terceros’, que es el caso de mi cliente [...] Dieter Eissler al promover la acción penal lo único que hizo fue infringir la norma citada precedentemente, y como lo dice la sentencia apelada lo hizo en su carácter de Director de la entidad Frigorífico Independencia S.A., presupuesto este que está previsto en la norma del art. 1111 del Código Civil y por el que debe responder pues dicha norma no condiciona en qué carácter haya producido el daño (personal o en representación de otro), sino simplemente menciona los supuestos por los cuales debe responder (violación de la ley, los estatutos, dolo, abuso de facultades o culpa), supuestos que se dan en el caso de autos [...] No debemos olvidar –y esto lo reconoce la propia magistrado preopinante- que lo que le fue facultado al señor Eissler es a encargar a un grupo de

profesionales el estudio del caso de los ex administradores, para averiguar las acciones que la sociedad tomaría, pero el señor Eissler, lejos de hacer eso, procedió a denunciar directamente a mi cliente, en su carácter de Director de la firma, razón por la cual le es aplicable la norma del Art. 1111 del Código Civil” (sic) (fs. 282 a 285).

La parte demandada contestó el traslado en los términos del escrito obrante a fs. 289 a 295. En el mentado escrito, la accionada expresó que el acuerdo y sentencia apelado se halla ajustado a derecho y que por tal motivo el recurso interpuesto por la adversa debe ser rechazado.

La parte recurrente en estos autos se agravia contra la resolución del Tribunal que pronunció la falta de legitimación pasiva del demandado en estos autos.

El Art. 1111 del Código Civil establece: “Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave”. El actor pretende deducir de dicha norma una interpretación según la cual el administrador sea solidariamente responsable con la persona jurídica de todo daño provocado por la actividad societaria. Ello implica reconocer la existencia de un deber de buen ejercicio de la administración de la sociedad a cargo del administrador exigible no solo por la sociedad, sino también por los terceros y por ende, que dicho deber de buena ejecución del mandato o cargo estaría establecido a favor de los mismos.

De esta manera, debería concederse acción directa contra el administrador, ante el evento de la mala ejecución del mandato o de cualquier daño provocado por la persona jurídica.

Es indiscutible que nuestro código imputa a las personas jurídicas las consecuencias de los actos realizados en ejercicio de sus funciones por sus órganos, como claramente surge de la redacción de los Arts. 97 y 98 del Código Civil. Ahora bien, es necesario plantearse si de tal conclusión es posible aventurar que por cualquier conducta atribuida al ente societario, el individuo que actúe como órgano pueda ver comprometida su responsabilidad personal, en forma solidaria a la de la persona jurídica respecto de los terceros.

Tal interpretación merece reparos, puesto que constituye, en primer término, una contradicción respecto del fin primero de la adopción de la personalidad

jurídica de las sociedades, cual es la separación patrimonial y la subsiguiente limitación de la responsabilidad a los efectos de fomentar la inversión. Si el administrador de una persona jurídica debiese responder en la extensión señalada, las diferencias entre su patrimonio y el patrimonio de la persona jurídica se harían prácticamente imperceptibles en cuanto a la esfera pasiva, ya que ante cualquier obligación de la sociedad podría ser atacado el patrimonio del director, al invocarse el concurso de alguna de las causales citadas en el artículo comentado y que dicho sea de paso, no son pocas.

Por ello, se ha interpretado el Art. 1111 del Código Civil como una norma de carácter general, cuyo contenido es subsiguientemente desarrollado en las demás disposiciones relativas a la materia societaria, en particular por lo dispuesto por los Arts. 1112 al 1116 del mismo cuerpo legal, que establecen los requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores. En este sentido, la doctrina española, ha sentado al interpretar el Art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas –cuya redacción es muy similar a la de nuestro artículo–: “Dicho precepto afirma, como es sabido, que los administradores ‘responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores por el daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo’ interpretándose la referencia a los ‘accionistas’ y a los ‘acreedores’ como una confirmación de la responsabilidad no solo interna –frente a la sociedad– sino también externa de los administradores por su administración negligente o desleal. Pero esta interpretación no es necesaria. No es necesaria porque la referencia a accionistas y acreedores se explica, sencillamente, por el hecho de que el artículo 134 LSA atribuye la legitimación activa para interponer la acción social de responsabilidad tanto a la propia sociedad como a los accionistas como a los terceros (Arts. 134.4 y 134.5 LSA). Consecuentemente, es perfectamente correcto el tenor literal del artículo 133 LSA al afirmar que los administradores responden de los daños que causen a la sociedad tanto si lo exigen, subsidiariamente los accionistas y los terceros” (Águila-Real, Jesús Alfaro. *La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales*. <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/jaar%20-%20individual.pdf> -14/07/2010-. Pág. 9).

Criterio similar al desarrollado por la doctrina citada ha sido empleado por la jurisprudencia de la Corte en el Ac. y Sent. N° del 16 de febrero de 2007,

dictado por la Sala Civil: “El ejercicio de la acción por mal desempeño del mandato depende de una decisión de la asamblea, por lo que se da en denominarla acción societaria. Tal como establece el art. 1114, el accionista solamente podrá promoverla cuando ‘la acción no fuere iniciada dentro del plazo de tres meses, contado desde la fecha del acuerdo’, o cuando la asamblea decida renunciar a la acción o transigir, en cuyo caso podrá ser ejercida por los accionistas que se hubieren opuesto”. En este fallo se aprecia claramente que la interpretación hecha del Art. 1111 se adecua a lo explicitado más arriba, en el sentido de que no cualquier acto u omisión del administrador legitima a las personas detalladas en la norma –sociedad, accionistas o acreedores- a ejercer la acción de responsabilidad, sino que los requisitos para el ejercicio de dicha acción son desarrollados en los artículos subsiguientes.

En sentido idéntico, en otro fallo nacional se ha establecido: “Los directores y administradores de una sociedad anónima responden de su gestión en diversos ámbitos, de conformidad con los Arts. 1.111, 1.112, 1.113 y 1.114 del Cód. Civil. Así se pueden configurar distintos supuestos de responsabilidad de acción social contra los directores por mal desempeño o inejecución de sus obligaciones, violación de la ley o los estatutos y cualquier otro perjuicio causado al patrimonio o a los intereses sociales. La acción social tiene por legitimado activo a la propia sociedad, por lo cual se requiere siempre una decisión de la asamblea previa a la promoción de la demanda. El socio, considerado individualmente, tiene derecho de promover esta acción social *ut singuli*, pero sujeto a determinados condicionamientos, a saber: que la acción social no se hubiera iniciado en el plazo de tres meses de tomada la decisión o acuerdo asambleario y para el supuesto de los accionistas que se han opuesto al *quitus*, vale decir, a la renuncia o transacción de la acción, en la deliberación de la asamblea. La promoción de la acción social, por cualquiera de estas dos vías, importa también la remoción y reemplazo de los directores afectados y conlleva implícitamente la acción judicial de remoción de los mismos, para el caso de que no hayan acatado voluntariamente tal decisión. Fuera de estos dos supuestos que representan en forma directa a los intereses sociales, el accionista individual tiene una acción de responsabilidad para el caso de que la sociedad o sus directores le provoquen perjuicios directos, acción que será contractual o extracontractual, según que el acto lesivo importe incumplimiento del contrato social, los estatutos o las relaciones sociales derivadas de la Ley; y será extracontractual si proviene de un

ilícito cometido por la sociedad contra uno de los socios, pero no en su carácter de tal, sino como cualquier tercero. Esta acción es siempre resarcitoria de los daños y perjuicios y no implica el derecho de solicitar ni obtener la remoción de los directores o administradores. Por último, los acreedores terceros de la sociedad tienen acción contra los administradores para conservar la intangibilidad del patrimonio social, en los términos del Art. 1115 del Cód. Civil” (Ac. y Sent. N° 02 del 06/02/2001. Trib. de Ap. Civ. y Com. Tercera Sala).

Así, pues, el Art. 1111 del Código Civil debe ser interpretado conjuntamente con los Arts. 1116 y 1833 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la atribución de responsabilidad externa del administrador, en forma solidaria a la responsabilidad extracontractual que la sociedad pueda tener respecto de un tercero. Esto quiere decir que la responsabilidad del administrador se hallará comprometida en tanto y cuanto exista un acto ilícito, culposo o doloso, realizado por el administrador que comprometa su responsabilidad respecto de tercero perjudicado.

En este sentido, autorizada doctrina tiene sentado: “Estamos en condiciones de determinar cuándo responde extracontractualmente el administrador. Así, hay actuación personal del administrador que causa un daño con infracción de deberes elementales de cuidado en todos los casos de producción dolosa de los daños por parte del administrador. La justificación es obvia: el artículo 1902 CC impone un deber a todos y frente a todos de no causar daño voluntariamente al patrimonio ajeno [...] Encajan aquí los casos de actuación del administrador, en el marco formal de sus competencias pero con abuso de poder, es decir, persiguiendo su propio interés y no el de la sociedad [...] También responde el administrador cuando él haya creado personalmente la fuente del riesgo o lo haya incrementado. En tales casos, el deber de tomar las precauciones necesarias para evitar el daño a terceros pesa personalmente sobre el administrador. Estos son los casos en los que, con mayor claridad, puede afirmarse que el *tort* o *delictum* fue cometido personalmente por el administrador y en los que la equiparación con la responsabilidad externa de los trabajadores es absoluta [...] Responde igualmente el administrador que realice una actividad de la que pueda deducirse que lleva aparejada una posición de garante” (Águila-Real, Jesús Alfaro, obra citada, págs. 30,31).

El actor de la presente demanda no produjo ninguna prueba tendiente a la demostración de una supuesta conducta dolosa del demandado, orquestada con la intención de provocarle algún perjuicio en su patrimonio o a su imagen y

reputación. Tampoco logró demostrar que haya sido el hoy accionado quien haya tomado la iniciativa de investigar la gestión administrativa del demandante, o que su voto haya sido decisivo en la asamblea que tomó dicha determinación. De más está decir que el mero hecho de ejercer la administración de una persona jurídica no constituye a la persona física que ejerza el cargo en un garante respecto de los terceros que tengan algún tipo de relación con la persona jurídica. Al respecto, doctrinariamente se ha establecido: “Así la existencia de una competencia o un deber jurídico general de actuación no son bastantes para fundar la imputación objetiva de un resultado dañoso puesto en marcha por un tercero y que el titular de la competencia o sujeto del deber no ha evitado o aminorado” (InDret. Revista para el análisis del Derecho. *El guardián del viajero: la posición de garante de las empresas de transporte*. Gómez Pomar, Fernando. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 6).

Por tanto, la actuación del demandado en estos autos no puede ser estudiada desde la perspectiva de su responsabilidad civil por la comisión de un hecho ilícito, ya que su actuar se desarrolló en el marco de su actuación como órgano de una persona jurídica, en la ejecución de una decisión asamblearia.

Una vez establecidos estos puntos, corresponde hacer una breve reseña sobre el acto que el demandante reputa como el ilícito que justificaría su pretensión resarcitoria.

En estos autos, la conducta que agravó al accionante es una denuncia ante el Ministerio Público. La denuncia o puesta en conocimiento a la autoridad competente sobre la posible comisión de un hecho punible, es un derecho y una obligación de las personas. Por ello, el mero hecho de la denuncia o su desestimación en sí no constituyen actos ilícitos, sino tan solo cuando la denuncia haya sido notoriamente infundada, configurando en este sentido un caso de ejercicio abusivo de un derecho o facultad reconocido por el sistema jurídico, en los términos del Art. 372 del Código Civil.

El titular del derecho o facultad es la única persona que puede decidir sobre la modalidad o forma en que pretende ejercer dicho derecho o facultad y, por ende, es la única persona que puede ser pasivamente legitimada a responder por las consecuencias que dicha conducta abusiva haya podido generar. En el caso de autos, la denuncia fue promovida en ejecución de un mandato de la máxima expresión de la voluntad societaria, es decir, en ejecución de un mandato asambleario. Por ende, el demandado no fue quien decidió o motivó dicho

proceder, sino que se limitó a su actuación como órgano del ente. Por tanto, al no reunirse elementos que denoten una conducta ilícita propia del demandado, el mismo no es el sujeto pasivamente legitimado a estar en juicio para responder a las pretensiones del actor por los daños sufridos como consecuencia de la denuncia planteada por la persona jurídica.

Por todo lo expuesto, surge que la parte actora carece de acción contra los codemandados, ya que debió dirigir su pretensión de indemnización de daños contra la persona jurídica y no contra el administrador a título personal.

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

En cuanto a las costas de esta instancia, el Art. 193 del Código Procesal Civil autoriza al órgano jurisdiccional a exonerar al litigante vencido de las costas del proceso, siempre que encontrare razones para ello. Conteste con la línea ya expuesta en fallos anteriores, el hecho de que la resolución de la cuestión sometida al órgano jurisdiccional haya requerido de una labor interpretativa importante por parte del órgano, como consecuencia de la complejidad de la litis constituye un justificativo razonable para la exoneración de las costas de la litis. Por lo tanto, corresponde exonerar a la parte perdedora de las costas de esta instancia, que en consecuencia deben ser impuestas en el orden causado.

A su turno el señor Ministro Bajac Albertini dijo:

Me adhiero al voto que antecede y me permito agregar cuanto sigue: En el caso traído a estudio, el actor reclamó indemnización de daños y perjuicios al Director de una empresa a raíz de la denuncia penal que éste último realizó, lo cual, alega le causó los daños esbozados en el escrito inicial.

El Tribunal de Apelaciones decidió revocar la sentencia de Grado, al expresar la falta de legitimación pasiva del demandado en autos. El actor recurrente pide la revocatoria de dicho Acuerdo y Sentencia, basándose en la aplicabilidad del Art. 1.111 del Código Civil.

Así las cosas, coincido plenamente con la postura asumida por mi predecesor en el uso de la palabra y avalada en reiteradas ocasiones por esta Corte, en donde se refiere que las normas contenidas en el Código Civil Paraguayo deben ser interpretadas –más aún si son del mismo capítulo– en forma conjunta y no aislarlas; específicamente, vemos la interrelación existente entre el citado artículo y los subsiguientes, dando el primero, el marco rector global en el que luego se van desarrollando las especificidades que hacen a la responsabilidad del administrador, según sea el caso.

Vemos pues –yendo al juicio en sí–, que el demandado ejecutó un mandato de la máxima autoridad societaria, cual es la asamblea, por lo que mal podría hablarse de su responsabilidad particular y solidaria ante dicha decisión, en razón a que este solo fue el brazo ejecutor de la orden, actuando claramente conforme al mandato que se le confió y el cual no podría haber obviado. En base a ello, la acción ha sido dirigida en forma incorrecta y los argumentos dados por el Inferior se ajustan plenamente a las constancias de autos, por lo que corresponde su confirmatoria, exceptuándose la imposición de costas en esta instancia, las cuales deberán ser impuestas en el orden causado, dada la labor interpretativa desplegada. ES MI VOTO.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay explicitó: Concerniente al resarcimiento por daños y perjuicios intervienen cuatro elementos que deben ser probados: el Derecho del que reclama; la obligación de indemnizar, el daño producido en su real dimensión y, lógicamente, la valoración económica de dicho perjuicio. De acuerdo a ello, resulta obvio que tales elementos lleven orden de prelación respecto de los demás.

En el caso, la cuestión principia por determinar si la no atribución de responsabilidad al accionado es o no ajustada a Derecho porque, de confirmarse el Fallo recurrido, carecería de relevancia el estudio de los otros extremos. Siguiendo dicho orden, cabe puntualizar que el Principio de la obligación de resarcir está en el Artículo 1833 del Código Civil, que en su primer segmento dispone: *“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño”*.

En el sub lite, José Aloisio Bamberg Krein promovió demanda por indemnización de daños y perjuicios contra Dieter Eissler, esgrimiendo que el accionado formuló denuncia penal en su contra, por supuesta administración negligente y culposa desempeñada en el “Frigorífico Independencia S.A.”, la cual fue desestimada, dictándose sobreseimiento definitivo a su favor. Sostuvo que la referida denuncia le generó perjuicios irreparables, reclamando en concepto de daño emergente la suma de USD 500, lucro cesante Gs. 120.000.000 y daño moral Gs. 150.000.000 (fs. 10/5). El accionado señaló que actuó en su calidad de Director del “Frigorífico Independencia S.A.” y en cumplimiento de expreso encargo de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de dicha compañía, que le autorizó a contratar los servicios profesionales de un estudio jurídico para que proceda al análisis de las responsabilidades de Directores y Administradores de la Firma, a fin de iniciar las acciones judiciales, si así correspondiere. Señaló

que ante la existencia de irregularidades cometidas por Socios y Directores esa Empresa formuló correspondiente denuncia (fs. 173/8).

Se reclamó indemnización por daños sufridos en la forma como el Artículo 1835 del Código Civil dispone: *“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”*. Por lo que resulta prioritario—para la atribución de responsabilidad- establecer si los supuestos perjuicios irrogados al accionante fueron como consecuencia de la actuación directa y a título personal del accionado o, si por el contrario, obró en carácter de representante de dicha Firma de esta plaza.

A fs. 103, se encuentra agregada Acta N° 9, del 23 de marzo del 2002, en la cual se constata que en esa fecha se llevó a cabo la prosecución de la Asamblea General ordinaria de Accionistas del “Frigorífico Independencia S.A.”, en fecha 23 de febrero de 2002. En dicha oportunidad se rechazó el balance presentado por los Directores salientes, correspondiente al ejercicio comprendido entre el 1° de enero del 2001 al 31 de diciembre del 2001. Se designó al accionado como Director Titular de la empresa, otorgándosele la potestad *“para contratar a un abogado o a un estudio jurídico para procederse al estudio y análisis de la responsabilidad de los directores y administrador de FISA Nacional, si las hubiere, a fin de iniciar las acciones judiciales si correspondiere en derecho contra los eventuales responsables si los hubiese aprobándose dicho punto por unanimidad”*. Esa atribución fue conferida en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 14, inciso f), de los Estatutos Sociales: *“...El Directorio tendrá los deberes impuestos por la Ley y estos Estatutos y dispondrá de los más amplios poderes para dirigir, administrar libremente la Sociedad..., inciso f), denunciar, querellar y estar por sí o por apoderado en toda clase de juicios” (fs. 47 vlta.)*. Cabe señalar que ese encargo dado al Director fue debido al resultado de la auditoría interna realizada por dicha Firma, la cual reveló ciertas irregularidades en el manejo financiero de los antiguos Directores de la Compañía, entre los cuales se encontraba el accionante (fs. 50/102). Posteriormente, el accionado promovió denuncia en sede Penal, no sólo contra el accionante sino contra los demás antiguos Directores de la Empresa, dejando expresa constancia que dicha denuncia la hacía en su carácter de Director de la Firma (fs. 104/114), la cual fue rechazada, decretándose el sobreseimiento definitivo del accionante, conforme surge de fs. 4/5.

Se aprecia, entonces, que el accionante promovió denuncia en el Fuero Penal siguiendo expresas instrucciones de la Sociedad, impartidas a través de

su Órgano supremo: la Asamblea General ordinaria de Accionistas. Por lo que no es sujeto pasivo de responsabilidad civil por ese cometido. El Director de la Sociedad Anónima responde sólo en casos de mal desempeño de sus funciones, es decir de no obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, conforme lo establece el Artículo 1111 del Código Civil.

En efecto, aquel “*responde ampliamente por toda violación a la ley, estatuto o reglamento y también por todo daño cometido por culpa, dolo o abuso de facultades, en razón de la culpa in eligendo e in vigilando*” (Martorell, Sociedades Anónimas, Depalma, Bs. As., 1988, pág. 365).

Sin embargo, en el caso no fue probado –siquiera incipientemente– que el accionado actuó en inobservancia de la Ley, Estatutos o de las propias Resoluciones asamblearias. Tampoco se cuestionó la falta de legitimidad de la decisión asamblearia que expresamente le autorizó a realizar tal denuncia, por lo que no es pasible de responsabilidad civil.

Ello es así, porque su desempeño no fue en interés propio. Si lo hizo como representante legal de la Sociedad, tal como establece el Artículo décimo del Estatuto Social.

Mascheroni explicita: “*La representación legal es la proyección externa de la sociedad. Se ha agregado que en ejercicio de dicha representación, el órgano administrador es la sociedad misma. Esto implica que quien contrata con el representante legal lo está haciendo con la sociedad representada*” (Sociedades Anónimas, tercera edición, Editorial Universidad, Bs. As., 1993, pág. 240).

Entonces, al no existir obligación del accionado a resarcir por supuestos daños, la demanda instaurada resulta inviable con arreglo a lo dispuesto por la Ley, correspondiendo en Derecho confirmar el Fallo impugnado, con imposición de Costas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

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

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

RESUELVE:

DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 47, de fecha 26 de Mayo del 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala.

IMPONER las Costas de esta Instancia en el orden causado.
ANOTAR, registrar y notificar.
FDO.: Garay, Torres y Bajac, Ministros.
Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial .

* * *

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. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad.

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.

CONTRATO. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad.

El Art. 297 del Código Civil 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.

CONTRATO. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad.

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.

CONTRATO. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad.

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’.

CONTRATO. Interpretación del contrato. Autonomía de la Voluntad.

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 dieran 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”.

CONTRATO. PRUEBA. Prueba pericial.

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.

CONTRATO. Objeto de contrato.

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.

CSJ. Sala Civil. 21/03/13. “Reconstitución del Expdte. Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté S.A. S/ Incumplimiento de Contrato”. (Ac. y Sent. N° 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 resulta 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 cánones ortodoxos de la interpretación sistemática, con otras normas del mismo cuerpo legal, en particular, las del Art. 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: “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” (Luís 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 doctrinarios nacionales: “Silva Alonso, uno de los miembros de la Comisión de Codificación 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 dieran 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 1º 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 Sieglina 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 HWB 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, HWB 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 HWB fue aún más grave, porque: 1° Constituyó 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 impropriamente 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 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 expre-

samente 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 sumarisimos 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 sentido: “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. 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, pri-

mer 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 intime 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. Tampoco, 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 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; manifes-

tó 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 si 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 Social, 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 más 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 parte actora al contestar el traslado corrido, 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 inmediately sigue:

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

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad, incoado.

CONFIRMAR el apartado primero del Acuerdo y Sentencia Número 105, con fecha 2 de Septiembre del 2.011, 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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 2.007.

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.

FDO.: MINISTROS: BAJAC, TORRES Y GARAY

Ante mí: KARINNAPENONI DE BELLASSAI, SECRETARIA JUDICIAL.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 53

Cuestión Debatida: *Se estudia la procedencia de la demanda sobre la disolución y liquidación de una Sociedad Comercial.*

SOCIEDAD ANÓNIMA. Transmisión de Acciones de la Sociedad Anónima.

Las acciones al portador, como es sabido, no están expedidas a favor de personas determinadas y pueden ser transmitidas por la simple tradición, por consiguiente se encuentran en libre circulación sin que se conozcan formalidades específicas para su transferencia. Quien tiene la acción en su poder es el titular de la misma.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Liquidación de la Sociedad Anónima.

Tanto en la instancia previa como en la Alzada, la disolución y liquidación de la Sociedad Anónima en este caso deviene procedente. Esto es así, ya que uno de los dos únicos socios de la misma (parte actora), ya no cuenta con el requisito por excelencia en toda sociedad, el “ánimus societatis”, y porque una sociedad no puede continuar con un solo socio. Se debe sumar a ello que la parte demandada no se opone a la liquidación de la firma.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Transferencia de Acciones.

Del estudio del contrato social se advierte que el mismo no contiene ninguna cláusula en relación a la posibilidad de que los socios de la misma sociedad comercial puedan o no transferir o ceder sus acciones a terceras personas. En otras palabras, el citado contrato social no autoriza expresamente a los socios a transferir sus derechos a terceras personas, y tampoco prohíbe tal transferencia, es decir, carece de normativa contractual en dicha materia.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Transferencia de Acciones.

Los socios de la sociedad comercial que se pretende disolver por medio de esta demanda pueden, por tanto, ceder sus derechos, en todo o en parte, a terceras personas siempre y cuando cuenten con el consentimiento de los demás socios. Un simple razonamiento a contrario sensu conduce a la conclusión de que si no se contara con dicho consentimiento, entonces los socios no podrían (se les prohíbe tácitamente) efectuar tales actos de transferencia, y si lo hicieran los mismos serían inválidos por contradecir clara disposición legal.

(TApel.Civ.yCom.Primer Sala. 16/08/11. “MARIO EUGENIO SCHUSSMULLER NERY C/ MARCIO SCHSSMULLER NERY S/ DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMERCIAL”. Ac. y Sent. N° 53)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante: la Magistrada VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, Dr. MARCOS RIERA HUNTER y Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Este recurso no ha sido fundado por el recurrente por lo que existe un desistimiento tácito del mismo. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, por lo que corresponde declarar desierto el recurso. ASÍ VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente no ha fundado el recuso de nulidad, sino únicamente el de apelación, razón por la cual no existiendo, por lo demás, vicios o defectos (procesales o de forma) en la sentencia en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad oficio, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto. 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.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Que, con el fallo recurrido se resolvió: “...1.

RECHAZAR, con costas, la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa por el Sr. MARCIO SCHUSSMULLER NERY, por improcedente; 2. HACER LUGAR, con costas, a la demanda promovida por el Sr. MARIO EUGENIO SCHUSSMULLER NERY contra el Sr. MARCIO SCHUSSMULLER NERY sobre DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL, y en consecuencia, llamar a Asamblea General Extraordinaria de la sociedad denominada GRUPO METALÚRGICO SCHUSSMULLER S.A., a efectos de tratar los dos únicos puntos como Orden del Día: La Disolución y Liquidación de la Sociedad y la Designación de un Interventor Judicial, ejecutoriada que sea la presente Sentencia; 3. ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

El abogado JUAN CARLOS RUIZ DÍAZ BENÍTEZ, representante convencional de la parte demandada, se agravia contra la Sentencia en estudio, y a fs. 140/144 de autos fundamenta este recurso. Los agravios pueden resumirse en: 1) Que, el Juzgado al dictar la Sentencia recurrida, interpreta en forma errónea y equivocada las disposiciones de los Artículos 970 y 971 del Código Civil, así como el Estatuto Social de la firma Grupo Metalúrgico Schussmuller S.A.; 2) Sostiene que, los artículos citados establecen derechos de preferencias a favor de los socios para adquirir acciones en caso de que algunos de ellos quieran disponer de la misma, es decir, indefectiblemente se debe ofertar a los socios sus acciones y si estos no tienen interés para adquirirlos se podrá realizar transacciones con terceros; 3) Que, el Sr. Mario Eugenio Schussmuller Nery inicia esta demanda invocando su calidad de socio de la firma social de referencia y plantea la disolución y liquidación de la sociedad, basado en un contrato de compra venta de derechos accionarios celebrado con el Sr. Gerardo Schussmuller. El recurrente señala que, la transferencia fue realizada en contravención a lo dispuestos por los Arts. 970 y 971 del C.C.; 4) Que, su parte no reconoce al actor como socio del Grupo Metalúrgico Schussmuller S.A., ya que el Sr. Mario Schussmuller Nery ha adquirido solamente la calidad de mandatario del Sr. Gerardo Schussmuller, quien en virtud del Art. 972 del C.C., conserva su carácter de socio.

Agrega otras consideraciones sobre el tema en estudio y finaliza solicitando la revocación, con costas, del fallo en revisión.

El representante convencional de la parte actora, abogado JUAN ANDRÉS MENDIETA, contesta el traslado de la fundamentación del apelante, en el

escrito de fs. 148/149, en el que refuta las afirmaciones realizadas por el mismo, sosteniendo que la Sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y solicita su confirmación con costas.

Revisadas las constancias procesales y, en especial, las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, esta Magistratura se abocara al estudio de autos a los efectos de establecer si la Sentencia objeto de apelación se encuentra o no ajustada a derecho.

En primer término se impone el estudio o examen de la excepción de falta de acción opuesta por la parte demandada como medio general de defensa, en razón de que ella puede decidir o determinar la suerte de la presente litis. Si aquella es viable, resulta innecesario analizar la cuestión principal o de fondo y, en caso contrario, esta debe ser pasible de decisión.

En efecto, la referida excepción tiene como fundamento el hecho de que el otrora accionista de la firma Grupo Metalúrgico Schussmuller S.A., Sr. Gerardo Schussmuller no habría cumplido con lo dispuesto por el Art. 971 del Código Civil, es decir, no ha ofertado las acciones al otro socio Marcio Schussmuller, quien en virtud de la norma de referencia, tiene el derecho de preferencia de compra, y en caso de negativa, puede ofertar los activos a terceros. Alega el recurrente que, el nuevo propietario de los acciones, Sr. Mario Schussmuller es un simple mandatario al no cumplirse lo dispuesto por el Art. 971 del Código de fondo y es por esto que procede la Excepción de Falta de acción.

Es sabido que, la excepción de falta de acción solo puede fundamentarse en la falta de legitimación sustancial activa, esto es, en la ausencia de una condición que hace a la calidad del accionante y no a la legitimidad del derecho por él ejercitado, como titular inobjetable de una relación jurídica.

En tal sentido, la Excepción de Falta de Acción opuesta como medio general de defensa, debe ser desestimada por dos cuestiones puntuales. Primero, se observa a fs. 7/9 un contrato de compraventa de acciones de la firma “GRUPO METALÚRGICO SCHUSSMULLER” SOCIEDAD ANÓNIMA otorgado por Gerardo Shussmuller Gaehring a favor de Mario Eugenio Schussmuller Nery. En su cláusula primera, se desprende que “...*GERARDO SCHUSSMULLER GAEHRING en cumplimiento de lo establecido en el Estatuto Social de la Firma citada y a las disposiciones del Código Civil, antes de ofrecer en venta las acciones de las que es titular, a terceros, mediante nota dirigida al Directorio de la Sociedad, ha ofertado la venta y que cumplido el plazo establecido, no habiendo*

propuesta de compra, ha ofertado su venta a terceros; y prosigue diciendo, que conforme a la propuesta de compra recibida, VENDE Y TRANSFIERE a favor del señor MARIO EUGENIO SCHUSSMULLER NERY, las ACCIONES AL PORTADOR que tiene y posee en la firma GRUPO METALURGICO SCHUSSMULLER SOCIEDAD ANONIMA” (sic). En este sentido, si bien la parte actora no acompañó nota alguna que pruebe la oferta dirigida al Directorio de la sociedad, la parte demandada no lo ha objetado, al no redargüir de falso el contrato de referencia, por lo que se debe tener por acreditada la oferta de venta realizada al Directorio de la Sociedad a lo que se sumaría lo que a continuación se mencionará.

En segundo lugar, se está en presencia de un contrato de compra-venta de ACCIONES AL PORTADOR, conforme se colige de la cláusula primera transcrita precedentemente. En este caso, el derecho de preferencia (Art. 971 del Código Civil) no es aplicable a las acciones al portador, como es el caso de autos, en razón de su naturaleza jurídica. Las acciones al portador, como es sabido, no están expedidas a favor de persona determinada y pueden ser transmitidas por la simple tradición, por consiguiente se encuentran en libre circulación sin que se conozcan formalidades específicas para su transferencia. Quien tiene la acción en su poder es el titular de la misma, así lo señala el ilustre tratadista Fernando H. Mascheroni, en su obra “Sociedades Anónimas” al respecto al establecer que: “Las acciones al portador son transmisibles por la mera tradición o entrega, sin necesidad de instrumentación alguna. La tenencia de los títulos produce la presunción iuris tantum de su propiedad y por ende, le confiere al tenedor la calidad de accionista de la sociedad emisora de aquella”. Podemos mencionar igualmente la autorizada opinión del Dr. Ernesto Velázquez Guido, distinguido jurista paraguayo, quien en su obra “La Sociedad Anónima en el Código Civil Paraguayo” al referirse al tema señala: “Las acciones al portador se caracterizan porque en ellas no figura el nombre de su titular. El tenedor de ella es considerado como dueño y está legitimado para ejercer los derechos emergentes del título...”.

Habiéndose establecido la legitimación activa del demandante, en lo que respecta a la cuestión de fondo, referente a la Disolución y Liquidación de la firma GRUPO METALÚRGICO SCHUSSMULLER SOCIEDAD ANÓNIMA, se observa que la citada S.A. solo cuenta con dos socios (Mario Eugenio Schussmuller Nery y Marcio Schussmuller Nery). El accionista, Mario Eugenio Schus-

smuller Nery solicita la disolución y liquidación de la firma mencionada por la imposibilidad de seguir activando en la empresa y por los diferendos muy serios que existen con el otro socio Marcio Schussmuller Nery. Por su parte, el representante convencional de la parte demandada en su escrito de agravios (fs. 142) expresa que “...Mi representado no se opone a la liquidación de la sociedad...”.

Que, en atención a lo expuesto y a las propias manifestaciones de las partes, tanto en la instancia previa como en Alzada, la disolución y liquidación de la firma GRUPO METALÚRGICO SCHUSSMULLER SOCIEDAD ANÓNIMA deviene procedente. Esto es así, ya que uno de los dos únicos socios de la misma (parte actora), ya no cuenta con el requisito por excelencia en toda sociedad, el “*animus societatis*”, y porque una sociedad no puede continuar con solo un socio (Art. 959 del C.C.). Se debe sumar a ello que la parte demandada no se opone a la liquidación de la firma de referencia (Art. 1003 inc. d) del Código de fondo.

De acuerdo a lo que se ha venido desarrollando, corresponde confirmar la resolución recurrida, imponiendo las costas en Alzada a la parte perdedora, de conformidad a lo dispuesto en el art. 192, en concordancia con el Art. 203 inc. a) del C.P.C.). ASÍ VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos se desprende que el accionante, Sr. Mario Schussmuller promovió contra el demandado, Sr. Marcio Schussmuller, demanda ordinaria de disolución de sociedad comercial (sociedad anónima) fundado en que por escritura pública N° 64 del año 2006 adquirió del Sr. Gerardo Schussmuller la totalidad de las acciones del Grupo Metalúrgico Schussmuller S.A., substituyendo, en consecuencia, el cedente como dueño y accionista del 50% de la citada empresa comercial. Agrega que existiendo solamente dos accionistas (el autor y el demandado), y no existiendo tampoco posibilidad de activar la prosecución de las actividades comerciales debido a diferencias serias e insuperables, promueve la presente acción de disolución de sociedad comercial.

Al contestar el traslado que le fue corrido, la parte demandada –Marcio Schussmuller– opuso contra la pretensión del accidente la excepción de falta de acción por falta de legitimación activa (*sine actione agit*) como medio general de defensa fundado en que el accionante no se encuentra legitimado para promover la presente acción por las siguientes razones: 1) porque él (el demandado) no le reconoce al autor como socio de la sociedad comercial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 970 del C.C.; 2) Porque, según expresa, el cedente de las

acciones, el Sr. Gerardo Schusmuller, no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los estatutos sociales y en el artículo 971 del C.C. violentando su derecho de preferencia por cuanto que en ningún momento ha recibido ninguna oferta en relación a la venta de las acciones, conforme se asienta en el documento de fs. 7 de autos, por lo que el cesionario, Mario Schusmuller, solamente podría actuar como mandatario del cedente, Sr. Gerardo Schusmuller, condición, por lo demás, que tampoco ha sido invocada por aquel en el escrito inicial de demanda.

En reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido que la legitimación *ad causam*, activa y pasiva, constituye una de las condiciones elementales para la admisibilidad de las acciones en general por cuanto que la demanda debe ser promovida por el titular del derecho y dirigida contra el sujeto obligado al cumplimiento de la prestación debida. La falta de legitimación *ad causam*, activa o positiva, sea porque la demanda no ha sido promovida por el titular del derecho, o porque ha sido dirigida contra el sujeto que no es el obligado al cumplimiento de la prestación debida configura la falta de acción, la *sine actione agit*, que provoca inexorablemente la desestimación de la demanda, incluso de oficio por el órgano jurisdiccional.

También en precedentes anteriores se ha sostenido que la falta de legitimación *ad causam* (*sine actione agit*) puede ser reclamada por la vía de la excepción de previo y especial pronunciamiento, siempre que fuese manifiesta, o bien como medio general de defensa al contestar la demanda, pero en ambos casos (como previa o como medio general de defensa) lo importante es entender que tal defensa hace relación con la cuestión substancial o de fondo entre las partes. Es por ello por lo que cuando se opone la excepción de falta de acción como medio general de defensa (lo que implica que se ha considerado como no manifiesta) la citada defensa no puede ni debe ser resuelta en forma independiente de la cuestión o de fondo o relación jurídica substancial, es decir, no puede ni debe ser resuelta como cuestión previa para luego pasar a estudiarse la cuestión de fondo por cuanto que, se reitera, la falta de acción (que hace a la legitimación *ad causam*), siempre y en todos los casos, plantea si el actor que promueve la demanda tiene derecho o no a promover la acción que entabla contra la persona contra quien se dirige la demanda, y la determinación de si el autor tiene o no tal derecho constituye, sin posibilidad de duda, una cuestión que hace a la relación jurídica substancial o de fondo. Es por ello por lo que no se comparte, en absoluto, el criterio que usualmente mantiene la jurisprudencia de los Tribuna-

les en el sentido de que tratándose de la excepción de la falta de acción opuesta como medio general de defensa, la misma debe ser resuelta en la sentencia definitiva con carácter previo (¿) a la cuestión de fondo. Es verdad que tal defensa debe ser resuelta en ocasión de dictarse el pronunciamiento definitivo, pero lo que se afirma y se enfatiza es que la misma no es distinta o independiente de la cuestión de fondo, sino que constituye con ella una misma y única entidad jurídica, objeto del debate.

En el caso en estudio, la parte demandada pone la falta de acción por entender que el actor (adquiriente de las acciones del Sr. Gerardo Schusmuller) carece de legitimación activa por aplicación de lo dispuesto en los artículos 970, 971 y 972 del C.C.

En el artículo 970 del C.C. dispone: “Las personas a quienes algunos socios cedieren en todo o en parte sus derechos, no se reputarán tales, si los demás no consistieran la sustitución”. El artículo 971 del mismo cuerpo legal establece que “Cuando el contrato social autorice al socio a transferir su derecho, tendrán los otros asociados derecho de preferencia sobre la parte por cederse, para cuyo efecto se aplicarán las normas que regulan este pacto, en lo pertinente”. Por último, en el artículo 972 preceptúa: “Si alguno de los socios hubiere transferido sus derechos, a pesar de prohibirlo el contrato, conservará su carácter, pero la cesión producirá sus efectos entre cesionario y el cedente, considerando a éste mandatario del primero”.

Del estudio del contrato social de fs. 10 y sigtes. se advierte que el mismo no contiene ninguna cláusula en relación a la posibilidad de que los socios de la misma sociedad comercial puedan o no transferir o ceder sus acciones a terceras personas. En otras palabras, el citado contrato social no autoriza expresamente a los socios a transferir sus derechos a terceras personas, y tampoco prohíbe tal transferencia, es decir, carece de normativa contractual en dicha materia. La cláusula que se encuentra contenida en el artículo 7 dice relación con una cuestión por completo distinta de la cesión o transferencia de los derechos o acciones de los socios a terceras personas, lo cual significa que, en la especie, no son aplicables las normas contenidas en los artículos 971 y 972 del C.C. por cuanto que, como es obvio, no se dan en el caso en estudio los presupuestos previstos en tales normas como condiciones para desencadenar las consecuencias previstas en las citadas disposiciones.

A criterio de esta Magistratura, la normativa aplicable al caso a fin de determinar la procedencia o improcedencia de la falta de acción opuesta por la

demandada como medio general de defensa es la contenida en el artículo 970 del C.C. Los socios de la sociedad comercial que se pretende disolver por medio de esta demanda pueden, por tanto, ceder sus derechos, en todo o en parte, a terceras personas siempre y cuando cuenten con el consentimiento expreso de los demás socios. Un simple razonamiento a contrario sensu conduce a la conclusión de que si no se contara con dicho consentimiento, entonces los socios no podrían (se les prohíbe tácitamente) efectuar tales actos de transferencia, y si lo hicieran los mismos serían inválidos por contradecir clara disposición legal. No se advierten en el caso en estudio documentos, certificados, o testimonios públicos o privados que pudieran conducir a la conclusión de que el cedente de las acciones sociales (Sr. Gerardo Schusmuller) ha contado con la autorización previa, o el consentimiento posterior, de los demás socios de la sociedad para efectuar válidamente la cesión de sus acciones al Sr. Mario Schusmuller, actor de esta demanda. La parte demandada, al respecto, el Sr. Marcio Schusmuller, no solamente manifestó que no reconoce al accionante como socio de la sociedad comercial, sino que, incluso, manifestó que el cedente (Gerardo Schusmuller) nunca le ha ofertado previamente la venta de las acciones, dándole preferencia en tal sentido. En tales condiciones, no podría otorgarse validez ni eficacia jurídica a la cesión de derechos y acciones a favor del accionante quien, por tales razones, carece de legitimación activa para demandar la disolución de la sociedad comercial antes individualizada.

Por otra parte, aun en el supuesto (no admitido) de que en el caso fuese aplicable el artículo 971 del C.C., y el contrato social autorizará expresamente a los socios a transferir sus derechos sociales a terceros, precautelándose el derecho de preferencia de los demás socios, aun así no podría llegarse a una conclusión distinta a la cual se ha arribado en el párrafo anterior por cuanto que si bien el documento de fs. 7 de autos (escritura pública) hace constar que el Sr. Gerardo Schusmuller ha ofertado el Directorio de la sociedad, nota mediante, la venta de sus acciones, y no habiendo recibido propuesta o aceptación de compra, ofertó luego dichas acciones a un tercero (el Sr. Mario Schusmuller), tal constancia no pasa de ser una declaración unilateral del Sr. Gerardo Schusmuller que simplemente ha sido recogida como tal por el escribano fedatario. En efecto, el Escribano que autorizó la escritura no ha certificado en realidad que efectivamente el citado cedente ofertó previamente la venta de sus acciones a la sociedad, obedeciendo al derecho de preferencia, sino que, se reitera, sólo con-

signó en acta la manifestación unilateral del Sr. Gerardo Schussmuller que no ha sido acreditada por el accionante quien no produjo ninguna prueba para acreditar tal extremo, negado por la parte demandada.

Por lo demás, ésta no tenía, en absoluto, ninguna obligación de promover la impugnación procesal del documento conforme el procedimiento previsto en el artículo 308 del CPC porque tal procedimiento impugnativo se requiere sólo en los casos previstos en el artículo 383 del C.C., pero no en aquellos otros en los cuales, como ocurre en la especie, el fedatario no afirma los hechos como cumplidos por él mismo o pasados en su presencia, sino que meramente reproduce o asienta manifestaciones del otorgante. En estos casos le basta a la otra parte con producir prueba en contrario pudiendo recurrir a todos los medios probatorios (véase: L. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. IV, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1988, pags. 435 y 436).

El caso de autos se enmarca en el esquema que ha sido desarrollado: el Sr. Gerardo Schusmuller, en el documento antes aludido, manifiesta unilateralmente que ha ofertado al Directorio de la sociedad la venta de sus acciones y, ante la falta de respuesta, ofreció en venta al Sr. Mario Schussmuller quien las adquirió; luego este, ya como cesionario de tales acciones, promovió la presente demanda ordinaria de disolución de sociedad comercial como titular de las acciones. Pero, como se dijo, la manifestación que se asienta en el documento de fs. 7 es una declaración unilateral del Sr. Gerardo Schussmuller que no ha sido probada por el hoy accionante, Sr. Mario Schussmuller, razón por la cual, ante la negativa expresa del accionado en cuanto dicho extremo debe entenderse que en realidad no se ha dado cumplimiento al derecho de preferencia (en el supuesto de que fuese aplicable el artículo 971 del C.C.). Tampoco se puede exigir al demandado que pruebe un hecho negativo (es decir, que el Sr. Gerardo Schusmeller NO ofertó a la sociedad comercial la venta de sus acciones antes de hacerlo al Sr. Mario Schussmuller). No es admisible en el Derecho Procesal la prueba de los hechos negativos.

La conclusión a la cual conducen los fundamentos que han sido anteriormente expresados es que el actor, Mario Schussmuller, carece de legitimación activa para promover la presente demanda, carece de calidad para ello porque no es el titular del derecho subjetivo que sustenta la pretensión jurídica correspondiente. De acuerdo con la ley el socio de la sociedad comercial sigue siendo el Sr. Gerardo Schussmuller y no el actor, Sr. Mario Schussmuller.

JURISPRUDENCIA

Por los fundamentos expresados, la pretensión del accionante no resulta procedente, razón por la cual corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia recurrida. 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.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARA DESIERTO el recurso de nulidad.

2. CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 896 de fecha 4 de octubre de 2.008, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

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

MAGISTRADOS: DOCTORES MARCOS RIERA HUNTER, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, OSCAR PAIVA VALDOVINOS.

Ante mí: Abog. Federico Miller, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

Cuestión Debatida: *Se estudia en este caso, que el actor de la presente demanda no depositó sus acciones, por lo cual el presidente de la Sociedad Anónima decidió anular el cheque a nombre de éste último, invocando incumplimiento, lo cual originó la presente demanda contra la Sociedad, su Presidente, su Directora y sus representantes, por incumplimiento de contrato, enriquecimiento indebido y daños y perjuicios, y posterior ampliación por ejercicio abusivo de los derechos.*

SOCIEDAD ANÓNIMA. Legitimación Pasiva

Se aprecia que efectivamente se hallan privados de legitimación pasiva, basándose en que sólo la sociedad que representan como persona jurídica es responsable de las acciones de sus órganos siempre que ellos actúen dentro de las facultades otorgadas, lo cual ha sido demostrado y por lo que no pueden ser considerados parte y sujetos indispensables a los efectos litigiosos aquí discutidos.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Presentación y Depósito de Acciones.

La Sociedad demandada cumplió con lo estipulado, pagando el monto en el lugar y fecha establecidos, y ante la ausencia del depósito de las acciones del actor, cancelaron el cheque consignado a su nombre.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Presentación y Depósito de Acciones.

El apelante consideró la calificación de esencialidad del plazo carente de fundamento y justificación legal, debido a que la misma fue establecida por el legislador para situaciones excepcionales en las cuales el retardo del cumplimiento se convierte en incumplimiento y en el caso en concreto, el A quo debió estar a favor de la amplitud del plazo y la necesidad de intimación previa conforme al Art. 728 del Código Civil, tampoco la parte demandada ha producido probanza alguna que demuestre la esencialidad del plazo, estimando la situación planteada como obligación sin plazo por la falta de certeza del actor en que fecha debía entregar sus acciones, comprobadas con dos notas remitidas por las Sociedades demandadas solicitando la confirmación de la fecha de transferencia de activos que nunca fueron respondidas, debiéndose contemplar lo establecido en el Art. 728 del Código Civil y proporcionar un plazo de 15 días para el depósito de las acciones.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 28/04/14. "Alejandro Miller c/ Cervecería Internacional S.A. y otros s/ Cumplimiento de Contrato". (Ac. y Sent. N° 28).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrada VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DR. MARCOS RIERA HUNTER y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurrente interpuso recursos de apelación y nulidad y los fundó indiscriminadamente. En lo concerniente, se advierte que sus agravios refieren in totum a la postura sustentada por el A quo, cuya valoración atañe al recurso de apelación. Asimismo, este Tribunal tampoco ha constatado conculcaciones expresas de forma o solemnidades que hagan viable declarar la Nulidad de oficio. En consecuencia, corresponde declarar desierto el Recurso de Nulidad. 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.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por S.D. N° 552 de fecha 23 de julio de 2008, se resolvió: “1) RECHAZAR la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN opuesta por los codemandados RICARDO HORACIO FELIPPO y SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA en relación a las acciones de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO Y ABUSO DEL DERECHO deducidas por el Sr. ALEJANDRO MILLER ARTOLA... 2) HACER LUGAR a la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN opuesta por RICARDO HORACIO FELIPPO Y SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA en relación a la acción de Cumplimiento de Contrato deducida por el Sr. ALEJANDRO MILLER ARTOLA... 3) IMPONER las costas en las EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN opuestas por los codemandados RICARDO HORACIO FELIPPO y SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA, en el orden causado. 4) HACER LUGAR, en todas sus partes y con costas a la actora, a las EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN opuestas por la firma AMBEV y por los señores MAURICIO CRESTINCOV, GUSTAVO PIMIENTA y LUIZ CLAUDIO DO NASCIMENTO... 5) HACER LUGAR parcialmente, al INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS planteado por la actora en relación a la declaración testifical de los codemandados Sres. LUIS ENRIQUE PERONI y RICARDO FELIPPO, y en consecuencia privar a las mismas de fuerza probatoria... 6) RECHAZAR el incidente de FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS planteado por la actora en relación a la declaración testifical del Abog. GUSTAVO DE GÁSPERI... 7) IMPONER las costas del INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS en el orden causado.

8) RECHAZAR, con costas, la presente demanda que por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS iniciara el señor ALEJANDRO MILLER ARTOLA contra la firma COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY SOCIEDAD ANÓNIMA (C.C.B.P.S.A.) y su subrogatoria CERVECERÍA PARAGUAYA SOCIEDAD ANÓNIMA (CERVEPAR S.A.), el señor CLAUDIO DO NASCIMENTO, el señor GUSTAVO PIMENTA GARCÍA, la firma COMPAÑÍA DE BEBIDAS DAS AMERICAS (AMBEV), el señor MAURICIO CRESTINOV, la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA, el señor RICARDO HORACIO FELIPPO, la señora SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA y el Escribano Público LUIS ENRIQUE PERONI GIRALT... 9) RECHAZAR la solicitud de tener por confesos a los señores ALEJANDRO MILLER y al abogado SANTIAGO VERA KENNEDY, en representación de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A.... 10) ... RECHAZAR el pedido de responsabilidad por CITACIÓN DE EVICCIÓN realizada en autos en relación a la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y al Sr. RICARDO FELIPPO”.

Ataño reseñar que la demandada Empresa CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. por Asamblea Extraordinaria de Accionistas aprobó la venta de los activos a favor de la Firma AMBEV o quien esta designe por la suma de U\$S 12.000.000 y se autorizó a su presidente con cualquiera de los directores a suscribir la escritura de transferencia y a formalizar los pagos una vez percibido el precio (fs. 456 vlto. y 457). En razón de lo decidido, el actor Alejandro Miller accionista de la Empresa CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. en un porcentaje del 12,63% ofreció la venta de sus acciones por la suma de Dólares Americanos U\$S 331.380 (FS. 145), solicitando el pago de la suma en cheque bancario cargo CITIBANK N.V. librado a la orden del actor y que debía ser depositado en la Escribanía a cargo de Luis Enrique Peroni Giralt en oportunidad de la suscripción de la escritura pública prevista para el 10 de julio de 2001, como parte del precio total de U\$S 12.000.000, con la ratificación previa de la AMBEV por escrito (fs. 147) por instrucciones recibidas de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A., solicitando que tanto el cheque como las acciones quedaran depositadas en la mencionada escribanía para su entrega en las 24 horas siguientes a la fecha de entrega por la Dirección General de Registros Públicos al Escribano Luis Peroni, quien debía comunicar el retiro de la escritura debidamente inscripta por telegrama a las partes en sus domicilios contractuales.

La compraventa fue realizada como se tenía previsto el 10 de julio de 2001 por la suma de U\$S 12.000.000 compareciendo en representación de la CERVECERÍA NINTERNACIONAL S.A., el presidente Ricardo Horacio Felippo y la directora Susana María Catalina Boettner Balansa y la Firma COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY S.A. (C.C.B.P.S.A.)—por instrucciones de la Firma AMBEV— representada por Luis Claudio Do Nascimento y Gustavo Pimenta. Según se aprecia en la Escritura Pública que instrumentalizó el acto, el demandante Alejandro Miller no depositó sus acciones, por lo cual el presidente de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. decidió anular el cheque a nombre de este último, invocando incumplimiento, lo cual originó la demanda instaurada contra CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A., su presidente Ricardo Horacio Felippo, su directora Susana María Catalina Boettner Balansa, COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DE PARAGUAY S.A. (C.C.B.P.S.A.) y sus representantes Claudio Do Nascimento y Gustavo Pimenta García, Compañía AMBEV y su representante Mauricio Crestincov y al Escribano interviniente Luis Enrique Peroni Giralt por cumplimiento de contrato, enriquecimiento indebido y daños y perjuicios y posterior ampliación por ejercicio abusivo de los derechos (fs. 155/76 y 214/5).

El apelante fundó sus agravios en varios ítems, a saber: Plazo Esencial e Intimación Previa, Irrevocabilidad del Mandato, Triple Relación Contractual, Excepción Opuesta por la Firma AMBEV, Mauricio Crestincov, Gustavo Pimenta y Luiz Claudio Do Nascimento, Situación de: La CERVECERÍA INTERNACIONAL, El Escribano Luis E. Peroni G. y la Empresa C.C.B.P.S.A. absorbida por CERVEPAR S.A., Reclamo Indemnizatorio, Enriquecimiento Indebido, Abuso del Derecho y Costas. Además, peticionó la revocación de la sentencia, en todos los puntos objeto del escrito de expresión de agravios.

Atendiendo a la diversidad de puntos que comprende la sentencia recurrida, incumbe estudiarlos individualmente en el orden en que fueron decididos, cotejándolos con los agravios del apelante.

1) RECHAZAR la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN opuesta por los codemandados RICARDO HORACIO FELIPPO y SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA en relación a las acciones de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO IDEBIDO Y ABUSO DEL DERECHO deducidas por el Sr. ALEJANDRO MILLER ARTOLA.

El apelante no hizo mención de este punto en sus agravios, por lo que el recurso debe ser declarado desierto a su respecto, quedando confirmado.

2) HACER LUGAR a la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN opuesta por RICARDO HORACIO FELIPPO Y SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA en relación a la acción de Cumplimiento de Contrato deducida por el Sr. ALEJANDRO MILLER ARTOLA.

El Art. 1111 del Código Civil, claramente dispone: *“Los directores responde ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave”*.

El Art. 1112 del Código Civil, expresa: *“Los directores no serán responsables ante la sociedad, cuando hubieren procedido en cumplimiento de resoluciones de la asamblea, que no fueren contrarias a la ley o los estatutos. Tampoco responderán cuando sus actos fueren aprobados por la asamblea, o ésta decidiere renunciar a la acción o transigir, siempre que la responsabilidad no derivare de la violación de la ley o de los estatutos, y que no mediare oposición de accionistas que representen por los menos una quinta parte del capital”*.

En tal sentido, se advierte que el Presidente de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. se ha extralimitado en las facultades otorgadas por su representante y ha incurrido en ejercicio abusivo del derecho al no intimar al actor antes de resolver el contrato y recibir en representación de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A., el dinero que correspondía al actor, conculcando los siguientes preceptos legales contenidos en el Código Civil.

Artículo 726: *“Las partes pueden pactar que el contrato bilateral se resuelva si una obligación no se cumple en la forma estipulada. En tal caso, el contrato quedará extinguido desde que el interesado haga saber al moroso su decisión de resolverlo”*.

Artículo 728: *“Salvo estipulación diversa, el contratante que quiera optar por la resolución podrá intimar al otro para que ejecute su obligación dentro de un plazo no inferior a 15 días, vencido el cual, podrá demandar el cumplimiento, o dar por resuelto el contrato, con la sola comunicación fehaciente hecha al moroso de haber optado por la resolución. No será necesario el otorgamiento de plazo cuando el moroso hubiere el contrato”*.

Artículo 424: *“En las obligaciones a plazo la mora se produce por el sólo vencimiento de aquél. Si el plazo no estuviere expresamente convenido pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora...”*.

Por Escritura Pública N° 313 de fecha 10 de julio de 2001 (fs. 155/76) la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y el Dr. Ricardo Felippo, a nombre propio, se obligaron solidariamente a pagar cualquier otra deuda de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. siempre y cuando la misma esté ajustada a derecho.

Se concluye de todo lo expresado la responsabilidad solidaria de HORACIO FELIPPO por incurrir en ejercicio abusivo de derecho extralimitándose en sus facultades.

A tenor de todo lo mencionado, este apartado de la resolución debe ser modificado rechazando la Excepción de Falta de Acción opuesta por Ricardo Horacio Felippo y confirmada con relación a Susana María Catalina Boettner Balansa en razón que el apelante no hizo mención de la misma en sus agravios y tampoco se observa que se haya extralimitado en el ejercicio de sus funciones, restringiendo su actuación a la firma de la escritura, por lo que el recurso debe ser declarado desierto a su respecto, quedando confirmado.

3) IMPONER las costas en las EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN opuestas por los codemandados RICARDO HORACIO FELIPPO y SUSANA MARIA CATALINA BOETTNER BALANSA, en el orden causado.

Atendiendo a como ha sido resuelto el punto anterior, corresponde la imposición de costas conforme al Art. 203, inciso c) del Código Procesal Civil conforme al éxito obtenido.

3) HACER LUGAR, en todas sus partes y con costas a la actora, a las EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN opuestas por la firma AMBEV y por los señores MAURICIO CRESTINCOV, GUSTAVO PIMIENTA y LUIZ CLAUDIO DO NASCIMENTO.

El Art. 344 del Código de Fondo, establece: *“Los actos del representante se reputarán como celebrados por el representado, siempre que los ejecutare dentro de los límites de sus poderes. Cuando se excediere de ello, pero los terceros fueren de buena fe, se estimará que obró dentro de sus facultades, obligando a su principal si el acto quedare comprendido dentro de su título habilitante. En caso de duda, se entenderá que procedió por cuenta propia. El error del agente acerca de la existencia y el alcance de sus facultades, se juzgará de acuerdo co las reglas del mandato”*.

Al respecto, el Art. 348 del Código Civil, establece restricciones limitativas y determinadas de la conducta del representante para evitar abusos y daños

que pudiera sufrir el representado. De la lectura de la norma no se advierte conculcación alguna que tuviera la virtualidad de comprometer personalmente a los representantes de las Empresas AMBEV o COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY S.A. (C.C.B.P.S.A.) teniendo éstos últimos la obligación de suscribir la transferencia de activos y entregar el dinero, lo cual cumplieron, según surge de las instrumentales obrantes a fs. 155/77, 687, 975, 1041, 1086, 1104 y 1117.

Se aprecia que efectivamente se hallan privados de legitimación pasiva, basándose en que solo la sociedad que representan como persona jurídica es responsable de las acciones de sus órganos siempre que ellos actúen dentro de las facultades otorgadas, lo cual ha sido demostrado y por lo que no pueden ser considerados parte y sujetos indispensables a los efectos litigiosos aquí discutidos.

En lo concerniente a la AMBEV, el Art. 996 del Código Civil, establece: *“Si las deudas fueren contraídas en nombre de la sociedad, con extralimitación del mandato, y ella no las ratificare, la obligación será sólo suya en la medida del beneficio, incumbiendo a los acreedores la prueba de este”, precepto legal concuerda con el Art. 1817 del Código Civil que condena el enriquecimiento sin causa y pago de lo indebido: “El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio. Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda”.*

La AMBEV cumplió con lo estipulado con la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. pagando el monto en el lugar y fecha establecidos, y ante la ausencia del depósito de las acciones del actor, cancelaron el cheque consignado a su nombre y entregaron la suma total a la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. a raíz de lo cual la vendedora emitió factura legal por la suma de U\$S 13.000.000 consistente en el precio de venta e Impuesto al valor agregado (fs. 687, 975, 1041, 1086, 1104 y 1117), por lo que no se aprecia incumplimiento contractual, ni enriquecimiento indebido.

A mayor abundamiento, en la Escritura Pública N° 313 de fecha 10 de julio de 2001 (fs. 155/76) la misma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. ha excluido al comprador de toda responsabilidad: *“CLÁUSULA DE UNICIDAD. La presente escritura pública constituye la totalidad del contrato de compraventa*

celebrado entre los VENDEDORES y el COMPRADOR. No existen entre ellos otras promesas, términos, condiciones u obligaciones que no sean las estipuladas dentro de este contrato y de los documentos firmados en la fecha a los que esta escritura se refiere. En todo caso, VENDEDORES y COMPRADOR dejan expresa constancia que este acuerdo reemplaza toda comunicación, representación, acuerdo o entendimiento, oral o escrito, que pudiera haber habido o existido entre ellos o entre CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y AMBEV... CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. por intermedio de sus apoderados y el Dr. Ricardo Felippo, a nombre propio, se obligan solidariamente a pagar cualquier otra deuda de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. siempre y cuando la misma esté ajustada a derecho.

Por estos motivos, corresponde confirmar este punto de la sentencia.

5) HACER LUGAR, parcialmente, al INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS planteado por la actora en relación a la declaración testifical de los codemandados Sres. LUIS ENRIQUE PERONI y RICARDO FELIPPO, y en consecuencia privar a las mismas de fuerza probatoria.

Al no ser objeto de agravios, el recurso debe ser declarado desierto y este ítem debe ser confirmado.

6) RECHAZAR el incidente de FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS planteado por la actora en relación a la declaración testifical del Abog. GUSTAVO DE GÁSPERI.

Tampoco fue objeto de fundamentación, por lo que en este punto, el recurso debe ser declarado desierto, y debe ser confirmado.

7) IMPONER las costas del INCIDENTE DE FALTA DE IDONEIDAD DE TESTIGOS en el orden causado.

No fue objeto de argumentación, por lo que debe ser confirmado.

8) RECHAZAR, con costas, la presente demanda que por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS iniciara el señor ALEJANDRO MILLER ARTOLA contra la firma COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY SOCIEDAD ANÓNIMA (C.C.B.P.S.A.) y su subrogataria CERVECERÍA PARAGUAYA SOCIEDAD ANÓNIMA (CERVEPAR S.A.), el señor CLAUDIO DO NASCIMENTO, el señor GUSTAVO PIMENTA GARCIA, la firma COMPAÑÍA DE BEBIDAS DAS AMERICAS (AMBEV), el señor MAURICIO CRESTINOV, la firma CERVE-

CERÍA INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA, el señor RICARDO HORACIO FELIPPO, la señora SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA y el Escribano Público LUIS ENRIQUE PERONI GIRALT.

El apelante consideró la calificación de esencialidad del plazo carente de fundamento y justificación legal, debido a que la misma fue establecida por el legislador para situaciones excepcionales en las cuales el retardo del cumplimiento se convierte en incumplimiento y en el caso concreto, el A-quo debió estar a favor de la amplitud del plazo y la necesidad de intimación previa conforme al Art. 728 del Código Civil, tampoco la parte demandada ha producido probanza alguna que demuestre la esencialidad del plazo, estimando la situación planteada como obligación sin plazo por la falta de certeza del actor en que fecha debía entregar sus acciones, comprobadas con dos notas remitidas a Cervecería Internacional y AMBEV solicitando la confirmación de la fecha de transferencia de activos que nunca fueron respondidas, debiéndose contemplar lo establecido en el Art. 728 del Código Civil y proporcionar un plazo de 15 días para el depósito de las acciones.

En cuanto al cumplimiento, el actor arguyó no haber presentado sus acciones en la fecha convenida en razón de no tener conocimiento cierto de la fecha de entrega y que tampoco fue intimado a presentar sus acciones, sin embargo las notas de fs. 145/7, 528/9 y 531/2 demuestran que se encontraba en conocimiento de la fecha y del lugar. Al respecto, el Art. 760 del Código Civil dispone que el vendedor debe entregar el bien vendido en el lugar y día convenidos o cuando el comprador lo exija.

Además, el Art. 719 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales, una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo. Según Pangrazio: “...*la condición resolutoria se entiende siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, no queda disuelto el contrato ipso iure. La parte a quien no se cumplió lo pactado, será arbitro de constreñir a la otra ejecución del contrato, siendo posible, o de pedir la rescisión de aquel y el abandono de daños e intereses...Siendo así, los contratos bilaterales solo pueden ser objeto de la acción de cumplimiento, la cual se halla expuesta a la exceptio non adimpleti contractus... El presente Código admite el pacto comisorio tácito implícito*” (Miguel Angel Pangrazio, Código Civil Paraguayo Comentado, Libro Tercero, Cuarta Edición, p. 64).

Igualmente, el Art. 725 del Código Civil, establece: “*En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas...*”.

Por consiguiente, tratándose de responsabilidad contractual, a las partes les es permitido liberarse probando la culpa de la contraparte, definiendo así los alcances del pacto comisorio tácito contenido en el Art. 725 del Código Civil, pero nunca eliminar por completo de la relación el factor de la conducta o comportamiento contractual –dolosa o culposa- a los efectos de juzgar sobre su terminación. Sólo puede existir incumplimiento de una obligación desde el momento en que se puede exigir el cumplimiento de la misma.

A tales efectos, resulta primordial esclarecer previamente: a) si el demandado fue debidamente intimado, y b) si era necesaria la intimación del señor Alejandro Miller para que se configure el incumplimiento del contrato.

Ahora bien, en cuanto al punto a), el actor no fue intimado y en cuanto al punto b) encontramos en doctrina la opinión de Messineo que dice así: “*Se ha planteado la duda de sí, para pedir la resolución del contrato por incumplimiento, es preciso la previa constitución en mora del incumpliente. Si bien la ley guarda silencio, en lo que podría considerarse las sedes materiae, se ha considerado indispensable la constitución en mora (mediante intimación o requerimiento por escrito), por cuanto sin mora no hay incumplimiento porque no se ha evidenciado todavía la eventual voluntad de no cumplir. Por lo que deudor no constituido en mora podría ofrecer su prestación hasta la primera audiencia*”, (Messineo, Doctrina General del Contrato, Bs. Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, T. II, pág. 341).

Se observa en las constancias de autos que no se pactó expresamente la resolución contractual en caso de incumplimiento en la comunicación epistolar.

De manera tal que la falta de esta cláusula impone –en principio– la necesidad de intimar al cumplimiento inexcusable, para lograr la resolución extrajudicial, acto que la parte demandada no realizó.

El espíritu de la ley debe interpretarse como una parte en un todo –el ordenamiento jurídico en general – presumiendo que la voluntad del Legislador así lo ha tenido en cuenta. EL Art. 728 del Código Civil permite obtener la resolución sin recurrir a los tribunales judiciales, estableciendo como requisito fundamental para esta vía el requerimiento o interpelación al deudor, para que

cumpla con su obligación, lo que lleva necesariamente a concluir que en principio es inexcusable, para lograr la resolución extrajudicial.

En el caso concreto de autos, la parte demandada no se halla liberada de la exigencia del requerimiento o interpelación por falta de previsión del pacto comisorio expreso. Por ello, en los contratos en donde se entiende implícita dicha facultad, se exige que la parte cumplidora intime de cumplimiento a la incumplidora como manifestación de su buena fe.

“La teoría del abuso del derecho ha sido recogida por Planiol en los siguientes conceptos: “Los derechos no son casi nunca absolutos: la mayoría son limitados en su extinción y sometidos para su ejercicio a condiciones diversas. Cuando se sale de estos límites, o no se observan esas condiciones, uno se desenvuelve, en realidad sin derecho. Puede haber abusos en la conducta de los hombres, pero no cuando éstos ejercen sus derechos, sino cuando lo rebasan; el hombre abusa de las cosas, pero no abusa de los derechos. En el fondo, todo el mundo está de acuerdo; solamente donde unos dicen: hay uso abusivo de un derecho, los otros responden: es un acto realizado sin derecho. Se defiende una idea justa con una fórmula falsa. La tesis es ésta: “El derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme a derecho y contrario a derecho” (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Edición 21ª, p. 29).

Alegó además la parte actora, la existencia de una triple relación contractual entre el actor Alejandro Miller y CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. a la cual le ofertó la venta de su paquete accionario y otra relación contractual entre Cervecería Internacional S.A. y la empresa AMBEV a la cual se le vendió el paquete accionario incluyendo las acciones del actor, finalmente, al tercera relación contractual entre AMBEV y el actor Alejandro Miller a quien se comprometió a abonarle sus acciones una vez cumplidas las condiciones contractuales estipuladas con la Cervecería Internacional S.A., siendo los representantes de COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY S.A. (C.C.B.P.S.A.) quienes revocaron el cheque librado a la orden del actor Alejandro Miller. Sin embargo, el A quo consideró la existencia de una sola relación contractual.

Se advierte que en fecha 8 de julio de 2001, Alejandro Miller remitió sendas notas de oferta de acciones a CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. (fs. 145/6) y la AMBEV (fs. 147), ratificada por ésta última por nota de la misma fecha, pero

aclarando que lo hacía por instrucciones de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. (fs. 150) e indicando que en fecha 10 de julio de 2010, el actor tenía la obligación de expedir recibo de pago y hacer entrega a un representante de la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. de las acciones descriptas.

Por tanto, habiendo procedido la AMBEV conforme instrucciones de la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. con la cual concertó la operación tal como consta en el Acta de Asamblea N° 215 de fecha 4 de mayo de 2001 (fs. 459), haciéndose ésta última responsable del pago de cualquier deuda tal como consta en la cláusula de responsabilidad obrante en la escritura pública de transferencia y habiéndose limitado la AMBEV a designar a COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY S.A. (C.C.B.P.S.A.) como cesionaria, no corresponde considerar la existencia de una relación contractual entre la misma y el actor, ya que los compromisos fueron pactados con la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A.

La AMBEV se comprometió al pago de las acciones, no porque existiera un acuerdo con el actor Alejandro Miller, sino por un compromiso contraído como parte del pago del activo de la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A.

Ciertamente, si existe la relación contractual entre la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y la Empresa AMBEV, pero carece de relevancia a los efectos del juzgamiento, por las motivaciones que serán expresadas a continuación.

Asimismo, según el agraviado, el Juez confundió “compromiso de pago irrevocable” con “mandato”, ya que no existe un mandato sino un contrato a favor de tercero conforme al Art. 732 del Código Civil. La AMBEV se comprometió al pago de las acciones de Alejandro Miller, no porque exista un mandato sino por un compromiso contraído como parte del pago del activo de la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. en su condición de accionista, teniendo disposición de sus acciones por lo que la Empresa CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. no estaba autorizada a recibir el pago por falta de Poder Especial (Art. 884, inciso a) del Código Civil), por lo que el compromiso de pago se realizó en virtud de un contrato a favor de tercero.

En tal sentido, cabe señalar que la CERVECERÍA INTERNACIONAL recibió el dinero consignado en el cheque a favor del actor tal como consta en las instrumentales obrantes a fs. 687, 975, 1041, 1086, 1104 y 1117 para lo cual ciertamente era necesario poder especial, incumpliendo la obligación contem-

plada en el Art. 732 del Código Civil que dispone: “*El que obrando en su propio nombre estipule una obligación a favor de un tercero tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero*”, revistiendo el actor calidad de tercero en la relación con CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. conforme al Art. 994 del Código Civil: “*Júzganse terceros, respecto de la sociedad, los extraños a la misma, como también los socios en sus relaciones entre sí que no deriven del contrato social o de administradores de la entidad*”.

Todo accionista individual tiene acción de responsabilidad para el caso de que la sociedad o sus directores le provoquen perjuicios directos, acción que será contractual o extracontractual, según que el acto lesivo importe incumplimiento del contrato social, los estatutos o las relaciones sociales derivadas de la Ley; y será extracontractual si proviene de un ilícito cometido por la sociedad contra uno de los socios, pero no en su carácter de tal, sino como cualquier tercero, revistiendo el actor calidad de tercero, por lo que la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. no debió aceptar la suma que le correspondía, tal como lo mencionó el apelante.

Respecto a la responsabilidad de C.C.B.P.S.A., cesionaria de la AMBEB y absorbida por CERVEPAR S.A. ésta última es subrogataria de la responsabilidad y obligaciones de ésta a las resueltas del juicio, declarada por A.I. N° 1984 del 24 de noviembre de 2004 (fs. 811), por lo que se hallan afectadas por las motivaciones y fundamentos legales que la AMBEV.

En cuanto a la responsabilidad del Escribano Luis E. Peroni G., a estas alturas, resulta harto sabido que los Fedatarios Públicos no pueden ser considerados partes integrantes del negocio jurídico por su carácter de autorizantes de dicho acto. La ley justamente les impide tener algún tipo de interés en el mismo, ni contar con ninguna relación con los otorgantes, sino que son terceros que se limitan a autorizar los mismos de conformidad a la normativa legal vigente, consignando las manifestaciones de las partes. Asimismo, se constata que la formación del instrumento se ha enmarcado dentro de las previsiones contenidas en los Artículos 101 al 150 del Código de Organización Judicial.

Finalmente, cabe delimitar la responsabilidad de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y su Presidente Horacio Felippo: Por Acta de Asamblea N° 215 de fecha 4 de mayo de 2001 (fs. 459) la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. resolvió aprobar las gestiones realizadas por el presidente Ricardo Horacio Felippo con la Empresa AMBEV del Brasil, autorizándolo a emitir cartas ofer-

tas, suscribir contratos para llevar a cabo la venta de todo el complejo industrial de la empresa, autorizar a determinar y convenir la venta de todo el complejo industrial y todos los bienes muebles e inmuebles, negociar con los acreedores el pago de las obligaciones y comprometer la aplicación de los fondos resultantes a la cancelación de todas las obligaciones societarias.

Asimismo, por Acta de Asamblea N° 216 de fecha 24 de mayo de 2001 se dispuso el precio de compra venta de todo el complejo industrial por la suma de U\$S 12.000.000, aprobar la designación del Escribano Luis Peroni para llevar a cabo la tramitación, hacer saber a los accionistas por nota que deberán depositar en la Escribanía las acciones o los certificados de depósito y al mismo tiempo podrán suscribir ante el mismo notario, autorizar al presidente a formalizar la compra de las acciones con los fondos líquidos provenientes de la venta y hasta el valor nominal de las mismas (fs. 460). Se colige de lo transcrito que el presidente estaba autorizado por la Asamblea de Accionistas a realizar todas las negociaciones necesarias para la venta de la Empresa. Al respecto, el Art. 995 del Código Civil, preceptúa: “*Serán deudas sociales aquellas que los administradores hubieren contraído en esa calidad, indicando de cualquier modo dicho título, u obligaciones por cuenta de la sociedad, o en representación de la misma*”.

El Art. 1111 del Código Civil, claramente dispone: “*Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave...*”.

El Art. 1112 del Código Civil, expresa: “*Los directores no serán responsables ante la sociedad, cuando hubieren procedido en cumplimiento de resoluciones de la asamblea, que no fueren contrarias a la ley o los estatutos. Tampoco responderán cuando sus actos fueren aprobados por la asamblea, o ésta decidiere renunciar a la acción o transigir, siempre que la responsabilidad no derivare de la violación de la ley o de los estatutos, y que no mediare oposición de accionistas que representen por los menos una quinta parte del capital.*”

En tal sentido, se advierte que el Presidente de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. se ha extralimitado en las facultades otorgadas por su representante y ha incurrido en ejercicio abusivo del derecho al no intimar al actor antes de resolver el contrato y recibir en representación de CERVECERÍA INTER-

NACIONAL S.A., el dinero que correspondía al actor, conculcando los preceptos legales contenidos en el Código Civil (trascriptos up supra).

Haciéndose igualmente responsable CEVECERÍA INTERNACIONAL S.A. al aprobar la gestión de su presidente por Asamblea N° 10 del 11 de julio de 2001 y además recibir el dinero que correspondería al actor por la frustrada venta de sus acciones.

En tal sentido, el Art. 348, inciso a) del Código Civil dispone: *“El representante deberá: a) atenerse a sus poderes, no obligándose el representado por lo que hiciera sin facultades o fuera de ella, salvo ratificación...” en correlación con el Art. 346 el Código Civil, que reza: “Si el representante careciere de poderes, o la hubiere excedido, y el representado, o la autoridad competente en su caso, no ratificare el acto obrado en su nombre, éste no obligará al representado”.*

Asimismo, por Escritura Pública N° 313 de fecha 10 de julio de 2001 (fs. 155/76) la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y el Dr. Ricardo Felippo, a nombre propio, se obligaron solidariamente a pagar cualquier otro deuda de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. siempre y cuando la misma esté ajustada a derecho.

Se concluye de todo lo expresado la responsabilidad solidaria de HORACIO FELIPPO por incurrir en ejercicio abusivo del derecho extralimitándose en sus facultades y la CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. por aprobar sus gestiones, enriqueciéndose indebidamente, debiéndose modificar este ítems haciendo lugar a la demanda con respecto a ellos.

En cuanto al Reclamo Indemnizatorio, el apelante solicitó en su memorial, los siguientes rubros: I) Daño Emergente: U\$S 331.380 que constituye el importe a ser abonado por la venta de las acciones; II) Lucro Cesante: Intereses devengados a partir del 10 de julio de 2001; III) Daño Moral: Según corresponda al criterio del Juzgado, basada en la responsabilidad objetiva del incumplimiento.

Se debe tener en cuenta que al tratar una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento contractual deben acreditarse no solo el incumplimiento y la culpa del contratante, sino también el daño y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido.

Los dos primeros factores, el incumplimiento y la culpa del actor, los hemos ya establecido al no depositar sus acciones en tiempo y lugar y la demandada por no intimar a la actora antes de resolver el contrato y además apropiarse del

dinero del actor sin estar autorizado. En efecto, el mero incumplimiento en una relación contractual hace presumir la culpa, a no ser que el incumpliente justifique debidamente su obrar. Estos defectos en la prueba del daño se acentúan cuando pasamos a su cuantificación económica.

El Artículo 452 del Código Civil, preceptúa: “Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez”. En lo concerniente, a l no demostrar la parte actora los perjuicios resultantes del incumplimiento, la indemnización no procede, por ser requisito para establecer la responsabilidad civil la justificación la existencia del perjuicio que el comportamiento haya ocasionado daño a un tercero.

En tal sentido, tampoco se aprecia en las constancias de autos que la actora haya justificado un daño concreto, pues se halla en posesión de las acciones y tampoco estableció en que consistió el daño producido, sino que se limitó a mencionar la indemnización genéricamente en la instancia anterior y a solicitar ciertos rubros en esta.

No basta que la cuestión haya sido propuesta en Segunda Instancia para provocar un Juicio de mérito; es necesario además que esté contenido en los escritos que conformaron la relación procesal, es decir, en la Demanda, ampliación de la Demanda o contestación, y no mencionar rubros recién en oportunidad de fundamentar recurso en Segunda Instancia, por lo que no corresponde resolver al respecto, puesto que juzgar tan extemporáneo extremo implicaría, vulnerar el Principio de Congruencia al expedirse de manera *extra petita*.

A tenor de todo lo expresado, corresponde modificar el punto 8), el cual debido a su complejidad debe ser resuelto de la siguiente manera:

1) RECHAZAR, a la demanda por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS con relación a la firma COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY SOCIEDAD ANÓNIMA (C.C.B.P.S.A.) y su subrogataria CERVECERÍA PARAGUAYA SOCIEDAD ANÓNIMA (CERVEPAR S.A.), CLAUDIO DO NASCIMENTO, GUSTAVO PIMENTA GARCÍA, la firma COMPAÑÍA DE BEBIDAS DAS AMERICAS (AMBEV), MAURICIO CRESTINOV y el Escribano Público LUIS ENRIQUE PERONI GIRALT.

2) HACER LUGAR, a la demanda por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERE-

CHOS con relación CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y RICARDO FELIPPO.

3) RECHAZAR la demanda por INDEMINIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS contra la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y RICARDO FELIPPO.

Finalmente, los puntos:

9) RECHAZAR la solicitud de tener por confesos a los señores ALEJANDRO MILLER y al abogado SANTIAGO VERA KENNEDY, en representación de CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A.

10) RECHAZAR el pedido de responsabilidad por CITACIÓN DE EVICCIÓN realizada en autos en relación a la firma CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y al Sr. RICARDO FELIPPO.

Tampoco ha sido objeto de fundamentación por lo que deben quedar firmes. 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.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Independientemente de que el “extenso voto” de la conjuenza preopinante pueda ser compartido o no por esta Magistratura, no resulta posible que el Tribunal pueda pronunciar el derecho desde el punto de vista de fondo en la presente causa, por medio de Acuerdo y Sentencia, por cuanto que se ha operado la caducidad de la Segunda Instancia, figura procesal que, obviamente, impide todo otro pronunciamiento que no sea el de declarar simplemente tal figura que se ha operado ministerio legis.

En efecto, de las constancias de los autos surge que los recursos han sido otorgados por el Juez de la instancia inferior en fecha 28 de agosto del 2008, abriéndose, consecuentemente, la instancia de Alzada. En fecha 14 de octubre del mismo año se llamó “autos”, expresándose los agravios en fecha 14 de noviembre del 2008. A partir de esta última actuación no se han sucedido otras actuaciones ni se han dictado resoluciones que tuvieran la virtualidad de impulsar el procedimiento conforme los causes procesales establecidos en el Código Procesal Civil. Tal es así que cuando el Tribunal dictó luego, en fecha 10 de agosto del 2009, el A.I. N° 471 (fs. 1263) ya se había operado la caducidad ministerio legis.

En las condiciones procesales antedichas, como se indicó anteriormente, no resulta posible desde el punto de vista jurídico que el Tribunal pueda proceder al estudio y resolución de los recursos interpuestos ni, consiguientemente, pronunciar el Derecho desde el punto de vista de fondo. Si igualmente lo hiciera estaría dictando sentencia viciada de nulidad.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, solo resta declarar la caducidad de la instancia, con costas a la parte recurrente.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad.
2. DECLARAR desierto el recurso de apelación con relación al apartado uno.
3. RECHAZAR la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN opuesta por RICARDO HORACIO FELIPPO en relación a la acción de Cumplimiento de Contrato deducida por el Sr. ALEJANDRO MILLER ARTOLA y DELCARAR desierto el recurso de apelación con relación a lo resuelto a favor de la Sra. SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA.
4. IMPONER las costas en cuanto a las excepciones de acuerdo al éxito obtenido por cada uno de ellos.
5. CONFIRMAR el apartado cuatro en todo sus términos.
6. DECLARAR desierto el recurso de apelación en relación a los apartados cinco, seis y siete.
7. Con relación al apartado ocho: a) RECHAZAR, con costas, la presente demanda que por CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS iniciara el señor ALEJANDRO MILLER ARTOLA contra la firma COMPAÑÍA CERVECERA BRAHMA DEL PARAGUAY SOCIEDAD ANÓNIMA (C.C.B.P.S.A.) y su subrogataria CERVECERÍA PARAGUAYA SOCIEDAD ANÓNIMA (CERVEPAR S.A.), el señor CLAUDIO NASCIMENTO, el señor GUSTAVO PIMENTA GARCÍA, la firma COMPAÑÍA DE BEBIDAS DAS AMERICAS (AMBEV), el señor MAURICIO CRES-

TINOV, la señora SUSANA MARÍA CATALINA BOETTNER BALANSA y el Escribano Público LUIS ENRIQUE PERONI GIRALT.

b) HACER LUGAR con costas a la demanda de CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS que promoviera el señor ALEJANDRO MILLER AETOLA contra CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y RICARDO FELIPO.

c) RECHAZAR con costas la demanda de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS que promoviera el señor ALEJANDRO MILLER ARTOLA contra CERVECERÍA INTERNACIONAL S.A. y RICARDO FELIPO.

8. DECLARAR desierto el recurso de apelación en relación a los apartados nueve y diez.

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

FDO.: Magistrados: DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

Ante mí: Viviana Cabrera. (Secretario Judicial).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 120

Cuestión Debatida: *Se estudia en autos determinar si una orden judicial de suspensión de Asamblea General Ordinaria de accionistas resulta suficiente para impedir la realización de otra Asamblea.*

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de Accionistas.

Surge claro que por medio de resoluciones pasadas por autoridad de cosa juzgada, la realización de futuras asambleas ordinarias de accionistas quedaba supeditada a la designación de nuevos fiscalizadores de la sociedad. Estas decisiones justamente fueron tomadas habida cuenta que las asambleas objeto de la nulidad, aprobaron Memorias, Balances y Cuadros de Resultados, con visos de irregularidades por malos manejos de sus administradores.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Síndico de la Sociedad Anónima.

Las explicaciones o actos realizados por la sociedad demandada conducen a pensar en algún propósito de ocultar los hechos. Frente a esta compleja situación aparece la figura del Síndico como la persona que con un informe completo e inequívoco puede permitir conocer la realidad contable y administrativa de la sociedad.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Gestión Administrativa.

No se resolvió acerca de la gestión administrativa; la cual fue declarada irregular por sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. La definición de esta cuestión es crucial y fundamental, no sólo para una parte de los accionistas, sino para los acreedores y el Estado. En consecuencia, no puede ser suplida ni subsanada, bajo ningún concepto y so pretexto que la Asamblea cumplió con los requisitos formales establecidos en las leyes y los estatutos, porque aquí se ha pasado por alto resoluciones judiciales y el debido proceso, cuestiones que hacen al orden público.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Impugnación de la Asamblea.

Respecto a la acción que tienen los socios para impugnar las asambleas, resulta oportuno citar el derecho de impugnación, que nace como protección de la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías; una medida como el “cesarismo” de las mayorías asamblearias en los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 27/11/09. “Gertraud Gotze Vda. de Nill c/ Nill Muebles S.A. s/ Demanda Ordinaria de Nulidad de Asambleas”. (Ac. y Sent. N° 120).

Previo estudio de los antecedentes del caso, 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, BÁEZ MAIOLA Y PAREDES BORDÓN.

AL PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO. El recurrente funda el recurso en los términos de su escrito de memorial de fs. 559 a 561 de autos, pero resulta que los supuestos vicios denunciados, deben ser estudiados a través del recurso de apelación, desde que la sanción de nulidad es de *última ratio* y que además, este Tribunal no advierte vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio.

A SUS TURNOS LOS DRES. BÁEZ MAIOLA Y PAREDES BORDÓN. Manifiestan que adhieren al voto de la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIÓ DICIENDO. Por medio de la S.D. N° 224 de fecha 29 de marzo de 2007, el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Noveno Turno, resolvió: *“1) RECHAZAR la demanda de nulidad de asamblea y de impugnación de los informes del síndico Dr. Juan G. Granada que fuera deducida por la señora GERTRAUD GOTZE VDA. DE NILL contra la firma NILL MUEBLES S.A., de acuerdo a las consideraciones vertidas a lo largo de esta resolución; 2) IMPONER las costas a la actora como perdidosa; 3) DESESTIMAR el pedido de tener por confesa a la accionada, a tenor del pliego de posiciones presentado por la actora; 4) ANÓTESE...”* (sic).

Esta resolución agravia a la actora quien a tenor de su escrito que corre de fs. 558 a 571 de autos alega que las acciones contra los directores de una sociedad anónima, derivadas de actos de gestión sólo pueden tener lugar siempre y cuando no media oposición de accionistas que representen por lo menos la quinta parte del capital social. Asimismo, sostiene que la sociedad debió llamar a Asamblea para designar fiscalizadores ya que todos los informes mostraban el vaciamiento de la empresa. Arguye que no tiene justificación racional que un accionista apegado a normas puramente formales asista a la Asamblea a dar su voto a un acto nulo y con ello convalidarlo.

En relación a la nulidad del informe del Síndico, sostiene que la S.D. N° 356 dictada en fecha 21 de junio de 1993, a la par de anular varias asambleas, dispuso la realización de otras, previa designación de fiscalizadores. Aduce que el Síndico debía ser designado en una Asamblea especialmente convocada a tal fin, afirmando que con mandato fenecido, no podía validar un acto que carecía de su informe. Sostiene además, que aun cuando el Síndico estuviera facultado para expedir informes, lo cierto es que la Asamblea se encontraba suspendida. Finalmente, aduce que si bien la Asamblea de Accionistas constituye la máxima autoridad de carácter decisivo de una Sociedad, no se pueden aprobar balances totalmente falsos y hasta en su caso adulterados, en donde claramente se ve que no hubo un manejo apropiado de los bienes de la sociedad, durante los distintos ejercicios.

Por su parte el representante convencional de la demandada, contesta agravios en base a su escrito de fs. 573 a 576 de autos, solicitando la confirmatoria de la resolución.

De constancias procesales surge que GERTRAUD GOTZE VDA. DE NILL, accionista de la sociedad NILL MUEBLES S.A., promovió demanda de nulidad

de asamblea ordinaria de accionistas celebrada en fecha 22 de abril de 2002, afirmando que anteriormente, demandó la nulidad de varias Asambleas por existir numerosas operaciones irregulares. Expuso que durante los años que duró el juicio de nulidad, se resistió a la realización de las sucesivas asambleas, quedando las mismas pendientes hasta tanto se designase un síndico que verificara imparcialmente todas las operaciones sociales. Alegó que la asamblea objeto de litis, se realizó a pesar de la orden de suspensión de la anterior Asamblea. Asimismo, arguyó que el Síndico fue designado para un solo ejercicio, sin que el mismo realizara verificación de ninguna clase, por tal motivo impugnó sus informes.

Por su parte, la Sociedad demandada (fs. 203/208), negó denuncias de malos manejos de la sociedad, afirmando que si bien por orden judicial se anularon varias asambleas, no fueron por irregularidades administrativas probadas sino porque el Tribunal interpretó que las prohibiciones contenidas en el art. 1119 CCP, eran de orden público. En este sentido, sostuvo que la sociedad llevó su contabilidad en regla, presentando anualmente los balances correspondientes a la Subsecretaría de Estado de Tributación, afirmando que durante diez años estos documentos quedaron sin aprobarse, por obra de la actora, señalando que la asamblea de fecha 22 de abril de 2002, no estaba suspendida por orden judicial. Respecto a la designación del Síndico, alegó que si bien Juan G. Granada fue nombrado para un solo ejercicio, como consecuencia de las reiteradas suspensiones de las asambleas sucesivas, no cesó en sus funciones hasta el día de la Asamblea realizada en fecha 22 de abril de 2002. Por otro lado, señaló que el informe del Síndico no era vinculante y que en todo caso aquellos accionistas que no estaban de acuerdo con el mismo podían impugnar los balances, en la Asamblea Ordinaria, sede natural de discusión, circunstancia que no se dio. Finalmente, arguyó que al Asamblea fue realizada conforme a la ley y al estatuto social.

En el sub examine, la cuestión gira en torno a determinar si la orden judicial de suspensión de Asamblea General Ordinaria de accionistas de fecha 21 de abril de 2001, resulta suficiente para impedir la del 22 de abril de 2002. Así mismo, dilucidar si el Síndico de la firma demandada estaba habilitado para expedir informes correspondientes a los ejercicios de los años 1987 a 2001.

En primer lugar, analizaremos lo relacionado a la nulidad de Asamblea General ordinaria de accionistas de fecha 22 de abril de 2002, ya que constituye

el tema central del debate. A este fin a más del estudio de las constancias del presente expediente deberá realizarse un examen pormenorizado del juicio caratulado: “ALICE NILL Y OTROS C/ NILL MUEBLES S.A. S/ DEMANDA ORDINARIA”, expediente N° 074, folio 064, año 1991, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Séptimo turno.

En el marco de dicho proceso fue dictada S.D. No. 356 de fecha 21 de junio de 1993 (fs. 643/661, Tomo IV), por medio de la cual el Juzgado resolvió: “*HACER LUGAR, con costas a la demanda ordinaria promovida por ALICE NILL Y GERTRAUD GOETZE VDA. DE NILL contra NILL MUEBLES, y en consecuencia; a) DECLARAR NULA la designación del Ing. Antonio ADAM NILL como Síndico de la firma NILL MUEBLES S.A.; b) DECLARAR parcialmente nulas las Asambleas celebradas el 17 de abril de 1988 Acta N° 110 y 16 de abril de 1989 Acta N° 111, en cuanto apruebas las Memorias, Balance General y Cuadro de Resultados e informe del Síndico de los Ejercicios 1987 y 1988 y la emisión de acciones realizada por el Directorio de la Sociedad en fecha 22 de marzo de 1989; c) DECLARAR nula la emisión de acciones realizada por el Directorio de la Sociedad en fecha 22 de marzo de 1989; d) DECLARAR parcialmente nula la Asamblea celebrada el 3 de junio de 1990, en cuanto aprueba la Memoria, Balance y Cuadro de Resultados del Ejercicio de informe del Síndico de 1989; e) DISPONER la realización de nuevas Asambleas Ordinarias de Accionistas para la consideración y decisión de los puntos anulados, previa designación de los fiscalizadores de la sociedad...*” (sic), decisión que fuera confirmada por el Tribunal de Alzada, conforme al Acuerdo y Sentencia N° 125 de fecha 26 de diciembre de 1997 (fs. 724/727), estando a la fecha firme.

Resulta importante mencionar que fue decretada intervención judicial de la firma demandada (f. 738), siendo designado interventor judicial el Lic. Blás Jara, en reemplazo del anterior, según resolución No. 2713 de fecha 14 de setiembre de 2000 (f. 765), por medio de la cual se establecían sus atribuciones a saber: “1) *Vigilar la conservación del activo y cuidar que los bienes activos no sufran deterioros y menoscabo; comprobar las entradas y los gastos; verificar las compras de insumos; dar cuenta inmediata al Juzgado de cualquier operación que signifique la adquisición de deudas extraordinarias; verificar el pago de las deudas debiendo establecer el origen de cada una; comprobar el pago debido y puntual de todas las obligaciones laborales; comprobar que todos los bienes de la sociedad estén debidamente inventariados; comprobar que todas las ventas se*

documentan en debida forma; dar cuenta al Juzgado de cualquier acontecimiento extraordinario; informar al Juzgado sobre la convocación de cualquier asamblea de accionistas realizada por el Directorio; verificar la existencia de créditos a favor de la sociedad; verificar que cumplan las obligaciones impositivas en debida forma” (sic).

Así también, en el marco de dicho proceso fueron suspendidas sucesivas Asambleas Ordinarias de Accionistas (fs. 453, 639), siendo la última suspensión la decretada por A.I. N° 681 de fecha 24 de abril de 2001. Cabe mencionar que en base a dicha resolución se emplazó al Interventor Judicial, Lic. Blás Jara, a fin de que expida informe sobre los puntos indicados en el auto por el cual fue designado, el cual fue presentado en fecha 31 de mayo de 2001, conforme surge del cuadernillo agregado por cuerda en el cual el profesional dictaminó que “...en base a los trabajos realizados y los resultados obtenidos se concluye que no existen observaciones importantes y significativas que mencionar...” (sic).

Empero, este informe fue impugnado por la actora, según obra a fs. 877/879 de autos, corriéndose traslado a la adversa por todo el término de ley.

Ante la negativa de convocatoria a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de 2001 y a fin de lograr la realización de una nueva convocatoria, la firma demandada presentó informe del Síndico Dr. Juan G. Granada, correspondiente a los ejercicios 1987 a 2000 (f. 861), el cual fue impugnado por la actora, según obra a fs. 885/886 de autos.

Estando pendientes las dos incidencias (la impugnación del informe del interventor y la del síndico), la actora comunica al Juzgado la realización de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas para el día 22 de abril de 2002, solicitando la suspensión de todo término (f. 902). Por lo que el A quo emplazó a la firma demandada a que informe sobre el particular, suspendiendo interín todo término legal (f. 903). Por su parte el interventor informó al Juzgado que no tuvo conocimiento de la convocatoria de la asamblea general ordinaria así como tampoco de la realización de la misma (f. 907).

Posteriormente, firma demandada comunica al interventor, la convocatoria a Asamblea General Ordinaria de Accionistas fijada para el día 21 de abril de 2003, y éste comunica a su vez al Juzgado (f. 925). Finalmente, por providencia de fecha 29 de agosto de 2003, el expediente fue agregado por cuerda al que hoy es objeto de estudio.

De la sucinta relación de hechos, surge claro que por medio de resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada, la realización de futuras asambleas

ordinarias de accionistas quedaba supeditada a la designación de nuevos fiscalizadores de la sociedad. Estas decisiones justamente fueron tomadas habida cuenta que las asambleas objeto de nulidad, aprobaron Memorias, Balances y Cuadros de Resultados de los ejercicios correspondientes a los años 1987, 1988, 1989, con visos de irregularidades por malos manejos de sus administradores.

En este punto, cabe señalar lo dispuesto en el considerando de la S.D. N° 356 de fecha 21 de junio de 1993 (f. 659 vlt) que expresó: “...*Esta prueba, apoyada con las constancias instrumentales, conectada con la pericia realizada y la absolución de posiciones del Sr. Manfredo Nill ponen de manifiesto dudas más que razonables sobre la integridad de las operaciones registradas por la sociedad...Las explicaciones o actos realizados por la sociedad demandada conducen a pensar en algún propósito de ocultar los hechos...Que frente a esta compleja situación aparece la figura del Síndico como la persona que con un informe completo e inequívoco hubiera permitido conocer la realidad contable administrativa de la sociedad. Esto no se logra, porque el mismo síndico es, como se dijo titular de una cuenta donde se depositaron fondos cuyos destino luce para la sociedad por él fiscalizada...*” (sic).

De esta manera, se advierte que dichas Asambleas fueron anuladas no solamente por la inobservancia de los requisitos establecidos en el artículos 1119 CCP, sino porque además, en la administración de la empresa, existían graves indicios de irregularidades que ameritaban una nueva fiscalización a fin de dilucidar la verdadera situación económica financiera de la empresa y garantizar los intereses sociales.

Empero, teniendo en cuenta que no fue cumplida dicha condición, las suspensiones fueron sucediéndose hasta el 21 de abril de 2001. A pesar de esta última suspensión, y estando pendiente tanto la impugnación del informe final del interventor judicial, como la de los informes presentados por el Síndico Juan G. Granada, la firma demandada convoca y realiza la asamblea el día 22 de abril de 2002, aprobando Memorias, Balances y Cuadros de Resultados, de los ejercicios del año 1987 al 2001, en base al informe del Síndico Dr. Juan G. Granada, que justamente estaban cuestionados judicialmente.

Surge entonces que por medio de la Asamblea General Ordinaria de accionistas objeto de la presente demanda de nulidad, se han pasando por alto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Si bien, la demandada afirma que fue cumplido el requisito de la fiscalización habida cuenta que el Síndico Juan G. Granada presentó para ello informe

sobre dichos ejercicios, lo cierto es que los informes presentados por el citado Síndico estaban impugnados judicialmente al tiempo de la Asamblea, por lo que mal podrían servir para la aprobación de la gestión administrativa de nada más y nada menos 12 años de ejercicio.

Repetimos, hasta el día de la fecha no se resolvió acerca de la gestión administrativa de los años 1987, 1988, 1989, la cual fue declarada irregular por sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. La definición de esta cuestión es crucial y fundamental, no sólo para una parte de los accionistas, sino para los acreedores y el Estado. En consecuencia, no puede ser suplida ni subsanada, bajo ningún concepto y so pretexto que la Asamblea cumplió con los requisitos formales establecidos en las leyes y los estatutos, porque aquí se ha pasado por alto resoluciones judiciales y el debido proceso, cuestiones que hacen al orden público.

Por los demás, el hecho de que en ocasión de la mentada Asamblea General Ordinaria de accionistas del 22 de abril de 2002, se haya obtenido el voto de la mayoría de accionistas, carece de contundencia por sí mismo para validar dicho acto asambleario. Y ello es así porque la discrecionalidad de la asamblea no es absoluta y llega hasta el momento en que se afecten disposiciones legales de orden público.

Tal como habíamos señalado en el Ac. y Sent. N° 125 de fecha 26 de diciembre de 1997: *“Los actos jurídicos no pueden apartarse de las disposiciones legales cuando esté comprometido el orden público. Así lo dispone el art. 9 del Código Civil: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”* (sic).

Respecto a la acción que tienen los socios para impugnar las asambleas, resulta oportuno citar al autor nacional Velázquez Guido, que en su obra titulada: *“Sociedades Anónimas”*, pág. 200, comentado el artículo 1098 CCP expresa; *“Según De Gásperi, el derecho de impugnación nace como protección de la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías; una medida contra el “cesarismo” de las mayorías asamblearias en los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento”*.

En conclusión, consideramos que el A.I. N° 681 de fecha 21 de abril de 2001 regía no sólo para la convocatoria de la asamblea ordinaria del 28 de abril de 2001, sino que constituía una prohibición legal hasta tanto se resolviera la

fiscalización de la gestión administrativa de la empresa, la que requería un estudio complejo y pormenorizado de la actuación de los órganos de la empresa. Esta resolución no podía ser considerada en forma aislada y separada, porque hacía a la cuestión fundamental, debatida durante largos años en proceso judicial.

En base a estas consideraciones, llegamos a la convicción que corresponde hacer lugar a la demanda de nulidad de la Asamblea por violación de cuestiones fundamentales que hacen al orden público, correspondiendo en consecuencia la revocación de la resolución en recurso, con costas a la perdidosa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 203 inc b) CPC.

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.

REVOCAR la S.D. N° 224 de fecha 29 de marzo de 2007.

COSTAS a la perdidosa.

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

FDO.: Magistrados JUAN CARLOS PAREDES BORDÓN, GERARDO BÁEZ MAIOLA y MARÍA SOL ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete. (Secretaria Judicial).

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 131

Cuestión debatida: *Se discute en autos la procedencia de un incidente de nulidad de actuaciones planteado contra una cédula de notificación y de todas las actuaciones posteriores que serían su consecuencia, debido a que, según el incidentista, el Consorcio demandado carece de personalidad jurídica, por lo que se debió demandar a cada una de las personas que lo integran y debió haberseles notificado en su domicilio. Entonces, la principal discusión en autos es la determinación acerca de la personalidad jurídica de un consorcio.*

SOCIEDAD SIMPLE. Constitución.

Para la constitución y la existencia de una sociedad simple, resulta fundamental la clara determinación de su fin, así como que éste sea posible y lícito.

En esta tesitura, al ser la demandada una persona jurídica, se halla perfectamente legitimada a estar en juicio y, asimismo, son perfectamente válidas las cédulas de notificación dirigidas al domicilio del Consorcio, constituido en la Escritura Pública respectiva. En consecuencia, corresponde rechazar el incidente de nulidad.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 31/03/14 “BBVA S.A. c/ CONSORCIO DIFERENCIAL TAPE s/ ACCIÓN EJECUTIVA” (A.I. N° 131).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. Blas Piris contra el A.I. N° 1710 de fecha 05 de diciembre de 2012, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y,

CONSIDERANDO:

Que por el referido auto interlocutorio el *a quo* resolvió: “RECHAZAR, con costas, el incidente de nulidad de actuaciones promovida por la firma TAPÉ GUARANÍ S.A. ANOTAR...” (sic.) (fs. 100).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El recurrente desiste expresamente del recurso de nulidad. Por ello, y dado que no se advierten en autos otros vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, la nulidad, debe tenerse por desistido al recurrente del recurso por él interpuesto.

APELACIÓN: El recurrente expresa agravios en los términos de su escrito de fs. 116/118. Sostiene que la cédula está viciada de nulidad porque fue dirigida a un Consorcio, que está desprovisto de personalidad jurídica, por lo que no puede ser sujeto del proceso. Aduce que el Consorcio no se encuentra en la lista taxativa que establece el art. 91 del Código Civil. Expresa además que, si bien el contrato se halla inscripto en el Registro de Contratos, no lo está en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones, que es el “Registro Respectivo” del que habla el Art. 967 del Cód. Civ. Arguye que es falaz sostener que todo lo que está inscripto es una persona jurídica. Manifiesta que el consorcio no tiene atribución de personalidad en ninguna otra ley y que, en consecuencia, no puede ser sujeto de un proceso ni de un acto procesal determinado. Concluye solicitando la revocación de la resolución apelada.

El Abog. Fernando Peroni contesta el traslado en los términos de su escrito de fs. 119/123. Reitera que en primera instancia había alegado que el incidente

de nulidad de actuaciones ha sido promovido por una parte que no es litigante en el proceso –Tape Guaraní S.A.–, por lo que carece de intervención en el mismo. Afirma además que el Consorcio Tape es una persona jurídica que tiene derechos y contrae obligaciones, ya que, según la escritura pública adjunta al expediente, es una persona jurídica, debidamente inscripta en el registro respectivo, que tiene designado a su representante legal. Manifiesta que el acta de constitución de la sociedad debe protocolizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Comercio Sección Contratos.

Se discute en autos la procedencia de un incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la cédula de notificación de fecha 17 de abril de 2012, obrante a fs. 34 de autos, y de todas las actuaciones posteriores que serían su consecuencia, debido a que, según el incidentista, el Consorcio demandado carece de personalidad jurídica, por lo que se debió demandar a cada una de las personas que lo integran y debió haberseles notificado en su domicilio.

La principal discusión en autos es la determinación acerca de la personalidad jurídica de un consorcio. En consecuencia, nos abocaremos al estudio de esta cuestión a fin de determinar si el Consorcio Diferencial Tape S.A. está o no dotado de personalidad jurídica.

Lo primero que debemos decir es que un consorcio, para ser tenido como persona jurídica, debe encuadrar en alguna de las hipótesis previstas en el art. 91 del Cód. Civ, modificado por la ley 388/94. Es decir, en el marco de cada una de las hipótesis normativas contenidas en dicho artículo no está prohibida expresamente una sociedad cuyos socios sean a su vez sociedades, lo que importaría una organización conforme con las pautas establecidas en el Libro Tercero, artículos 959 y siguientes del Código Civil. Pero esto implica, justamente, su constitución y organización conforme con una de las estructuras societarias comprendidas en dicho texto legal.

En el presente caso, a fs. 63/67 obra la escritura pública N° 108 de fecha 19 de noviembre de 2010, pasada ante la Escribana Sandra Bettina Vera Torales, a través de la cual la Firma “Tapé Guaraní” Sociedad Anónima y la Constructora e Pavimentadora Diferencial Ltda. constituyen el “Consorcio Diferencial Tapé”. De la lectura de dicha escritura de constitución es posible advertir que se ha dotado de organización jurídica al consorcio, vale decir: se constituye domicilio del consorcio, se estatuye la responsabilidad de las partes, se establece la conformación de un Directorio, que dirige y administra el Consorcio, además de

determinar su composición. Se dispone también el objeto del consorcio, así como la obligación de las partes de destinar suficientes recursos humanos, técnicos, financieros, operativos, maquinarias, etc., que sean necesarios para la oportuna y eficiente ejecución de la obra. Asimismo, establece las facultades del presidente del Directorio y aquellos actos que puede realizar en nombre y representación del consorcio, como ser: suscribir documentos, contratos, cheques, obligaciones, entre otros. La escritura pública en cuestión también establece las condiciones para la disolución y liquidación del Consorcio. Finalmente, en el mismo instrumento se designa al representante titular del Consorcio Diferencial-Tapé.

También es importante señalar que la escritura pública mencionada en el párrafo precedente se halla inscripta en la Dirección General de los Registros Públicos, en la Sección Registro Público de Comercio, Registro de Contratos, bajo el N° 374 de fecha 22 de noviembre de 2010.

Según lo constatado del expediente y expresado más arriba, pues, debemos concluir que el Consorcio Diferencial Tape constituye una Sociedad Simple, de acuerdo con las disposiciones de los Arts. 1013/1024 del Cód. Civ.

En efecto, el Art. 1013 del Cód. Civ. dispone que: “Será considerada simple la sociedad que no revista los caracteres de alguna de las otras regladas por este Código o en leyes especiales y que no tenga por objeto el ejercicio de una actividad comercial. Será considerada comercial: a) la actividad industrial encaminada a la producción de bienes o servicios; b) la actividad intermediaria en la circulación de bienes o servicios; c) el transporte en cualquiera de sus formas; d) la actividad bancaria aseguradora, o de bolsas; y e) cualquier otra actividad calificada como tal por la Ley del Comerciante. Toda sociedad que tenga por objeto realzar actos mercantiles deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio. Las sociedades cooperativas se regirán por su legislación especial”.

El Consorcio Diferencial Tape constituye una sociedad simple. En efecto, según Messineo, este tipo de sociedades persigue su finalidad a través de una actividad económica, pero no es una actividad industrial o intermediaria en la circulación de bienes, o de transporte, bancaria de seguro, o auxiliar de las anteriores. Por tanto, la sociedad simple se califica siempre por su carácter negativo, en el sentido de que ejercita actividad diversa de la actividad comercial, de lo que deriva que la sociedad simple esté sujeta a registro (MESSINEO, Francesco, “Derecho Civil y Comercial”, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, t V. pág 309).

En el Anteproyecto de Código Civil Paraguayo, el Dr. De Gásperi ha comentado acerca de la sociedad simple que: “El fin social debe ser determinado, posible y lícito. Bien dice Ferrara que en las asociaciones el fin es el elemento teleológico que da a la masa de los asociados un carácter unitario, imprimiéndole una individualidad propia. Se ha observado que, como la persona humana es individualizada por su corporalidad, así la persona jurídica lo es por la indicación de su fin. El fin determina el objeto de su actividad, la esfera dentro de la cual se extiende, el círculo de hombres que existe. Una absoluta vaguedad de fines –agrega– no sería compatible con el surgimiento de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre de su campo de acción y dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetiva y permanentemente imposible, o por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la asociación vería, desde su origen, interdicta su actividad. Por último debe exigirse la licitud de su fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir en contra la ley, la moral social o el orden público” (DE GÁSPERI, Luis, Anteproyecto de Código Civil Paraguayo, pág. 453).

En esta tesitura, para la constitución y la existencia de una sociedad simple, resulta fundamental la clara determinación de su fin, así como que éste sea posible y lícito. De la Escritura Pública N° 108 de fecha 19 de noviembre de 2010, pasada ante la Escribana Sandra Bettina Vera Torales, podemos ver el Consorcio Diferencial Tapé tiene un objeto determinado: “realizar los trabajos, servicios, obras y acciones indicadas, directa o indirectamente, en los documentos que integran la Licitación convocada por el Ministerio de Obras Públicas de la República del Paraguay, llamado 123/2010, Licitación Pública Internacional para Contrato para la Gestión y Mantenimiento de carreteras por niveles de servicios N° 2 Ruta PYO1 entre Guarambaré y Encarnación”, en adelante esta actividad a ser ejecutada será denominada OBRA” (sic.) (fs. 63 vlt.).

Así, podemos comprobar que el objeto se encuentra claramente identificado y especificado. Esto, sumado al hecho de que se cumplen los demás requisitos para la existencia de una sociedad simple, conforme hemos señalado anteriormente, nos lleva a concluir que el Consorcio Diferencial Tape constituye, efectivamente, una persona jurídica.

En esta tesitura, al ser la demandada una persona jurídica, se halla perfectamente legitimada a estar en juicio y, asimismo, son perfectamente válidas las

cédulas de notificación dirigidas al domicilio del Consorcio, constituido en la Escritura Pública N° 108 de fecha 19 de noviembre de 2010. En consecuencia, corresponde rechazar el incidente de nulidad planteado por el Abg. Blas Piris, en representación de Tape Guaraní S.A. y, en consecuencia, la resolución recurrida debe ser confirmada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

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

TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad por él interpuesto.

CONFIRMAR el auto apelado.

IMPONER costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri Villalba, Arnaldo Martínez Prieto, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 77

Cuestión debatida: *Si procede la acción de amparo promovida con respecto a la realización de Asambleas Generales Ordinarias, suspensión del síndico o abstención del mismo de nombrar a persona alguna como Presidente y Vicepresidente de las sociedades anónimas y emplazamiento al síndico para presentar de inmediato el balance, cuentas de ganancias y pérdidas y demás documentos exigidos por el art. 1124 inc. e) del Código Civil.*

ACCIÓN DE AMPARO. SOCIEDADES.

Es harto conocida la imposibilidad de expedirse en una causa cuando el objeto de la misma ha desaparecido. En éste caso por las irregularidades formales señaladas no nos consta en forma explícita el objeto de la causa, mas el agravio principal parece ser el ejercicio del artículo 1.107 C.C. por parte del Síndico, eventualidad ésta que ha desaparecido desde que se ha formalizado el acto asambleario.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 29/05/2000 “VIRADOLCE S.A. Y NICOCE S.A. c/ GIUSEPPE BIVONA, SÍNDICO DE LAS FIRMAS VIRADOLCE S.A. Y NICOCE S.A. s/ AMPARO”. (Ac.y Sent. N° 77)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de Ley a fin de establecer el orden de votación, resultó de él que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: MARTÍNEZ PRIETO, TORRES KIRMSER y BUONGERMINI PALUMBO.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO DIJO: La parte demandada se agravia de la resolución argumentando que la cuestión es debatida en un amparo absurdo, pues no puede constituir un acto manifiestamente ilegítimo (condición inherente al Amparo) lo que constituye un deber legal de su condición de Síndico, para el caso de autos, dicho acto se sustenta en el art. 1.107 del C.C. A continuación arguye que la Directora de la sociedad, la Sra. LLORENS, planteó el Amparo para evitar que una persona de confianza del Síndico, ejerza la función de director.

Sostiene además que la sentencia apelada le causa agravio, pues la jueza recoge los principios básicos del Amparo, pero violando los principios de congruencia, resuelve acoger un Amparo imposible, en contradicción con lo preceptuado por el art. 15 del C.P.C. Por último pide que la sentencia recurrida sea revocada, pues no existe en autos ningún acto ilegítimo que pueda ser acogido por un Amparo; además de haber actuado dentro del límite de sus funciones, entre las que se encuentra la protección de los accionistas de la sociedad, para lo que fue electo como Síndico de la misma.

La representante de la parte actora contesta el memorial señalando que el Sr. Giuseppe Bivona se opuso a la designación temporal de un Director (Fernando Mendonca), y designó al Sr. Carlos Amarilla. A continuación manifiesta que la cláusula décimo sexta de los estatutos de ambas empresas dicen que la administración y el Directorio se compondrá de un máximo de cinco miembros y un mínimo de un miembro, por lo que el Directorio puede funcionar con un solo Director. Es lo que sucede en el caso de Viradolce S.A., donde su mandante era Vice Presidenta y Directora Titular. El Sr. Bivona se ampara en el art. 1107 C.C., pero dicha disposición se aplica a la falta de Directores (en plural). Además

el Sr. Giuseppe Bivona, se halla en contradicción con el art. 1119 del C.C., en cuanto a las prohibiciones para ser Síndico. Por último señala que es evidente la doble intención del Sr. Giuseppe Bivona, al nombrar como Director al Sr. Carlos Amarilla, y con base en lo expuesto solicita confirmar con costas la resolución recurrida.

Inicialmente en todo juicio de Amparo debe ubicarse con claridad el acto ilegítimo que pretende ser evitado por la vía sumaria y residual. El invocado por la parte carece de las características requeridas por la medida excepcional que se plantea; en efecto, los hechos narrados y que giran en torno a una supuesta extralimitación de funciones de un Síndico, mediante lo cual pretendería beneficios al margen de la ley, no se acoge mínimamente a tal requerimiento. La inminencia del peligro o la “futuridad inminente”, al decir del Prof. G. J. BIDART CAMPOS –Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo; Ediar; Bs. As. 1968– no surge de los hechos apuntados por las actoras, máxime cuando el demandado en su descargo invoca circunstancias que merecen un análisis más detenido y exhaustivo, propio de los procesos de mayor aliento.

Amén de eso, la acción planteada y expuesta a fs. 46/50 carece de un petitorio expreso respecto del cual pueda apreciarse la existencia de los presupuestos de la garantía constitucional expuesta. Este requisito surge indispensable a tenor de los términos imperativos del art. 569 del Código de Rito.

En efecto, ampliando un poco más los hechos impresos en el escrito promocional surge el fallecimiento de quien en vida fuera Presidente y Vicepresidente, respectivamente, de las empresas actoras. Ante la necesidad de llamar a Asamblea Ordinaria de las mismas y en vísperas de ellas, el demandado, Síndico de ambas, nombra para el cargo de Director vacante a un tercero. Sobre este punto giraría la acción, pues –repetimos– pese a carecer de pedimento expreso, las Medidas de Urgencia dicen estricta referencia con esta cuestión, pero en manera alguna la suplen.

Así, a fs. 49 se incluye: a) La no suspensión de las Asambleas Generales Ordinarias convocadas, respecto de lo que podemos asentar con plena certeza que la asamblea, cualquiera sea su carácter, es una reunión, y como tal su realización se halla garantizada en la letra y el espíritu democrático de la normativa constitucional (art. 32). Luego, no se puede pedir por la vía del Amparo la violación de la ley, como sería la de impedir la realización de una reunión. En todo caso, si de la misma surgen circunstancias que riñan con la ley, se podrá

ocurrir ante el Juez de Turno para obtener la anulación de dichos efectos irregulares. Así nos enseña el art. 112 del Código Civil, cuando dice en su primer y tercer párrafos: “Las decisiones de las asambleas o de la dirección, contrarias a la ley, o a los estatutos, pueden ser anuladas judicialmente, a instancia de cualquier asociado o del Ministerio Público... El Juez, oídos los directores o administradores de la asociación, puede suspender a instancias de quien pidió la nulidad, la ejecución del acto impugnado, cuando existan graves motivos”. En síntesis, la congregación de personas no puede ser prohibida por autoridad alguna, salvo que aquella no sea de índole pacífica y contenga un marcado énfasis de ilicitud.

La segunda Medida de Urgencia solicitada y que se transcribe, dice: “b) Asimismo suspenda el Sr. Giuseppe Bivona, o se abstenga de nombrar a persona alguna como Presidente y Vicepresidente de las firmas Viradolce S.A. y Nicoce S.A.”. En primer lugar, como bien surge de las transcripciones de la normativa del Código Civil, (art. 1107) la circunstancia señalada debe ser interpretada para la aplicación al caso concreto, siendo lo único cierto que no es el Amparo la vía idónea para discernir tal extremo.

Finalmente la última dice: “c) Emplazar al Sr. Giuseppe Bivona a presentar de inmediato el balance, cuentas de ganancias y pérdidas y demás documentos exigidos por el art. 1124 inc. e) del Código Civil”. Aún en el supuesto de que esta solicitud pueda ser cumplida, resulta poco clara su implementación en un juicio de Amparo, para el caso todavía más ya que el demandado niega que haya tenido acceso a la documentación que le facilitaría el cumplimiento de tal obligación en su calidad de Síndico.

Este breve análisis nos lleva a la convicción que, ni aunque las Medidas de Urgencias solicitadas fungieran de puntos del petitorio obviado, el trámite pretendido podría ser atendido.

En tales condiciones, al no hallar el Acto Ilegítimo como primer presupuesto del Amparo, la investigación de los demás carece de relevancia y la pretensión debe ser desestimada.

En otro orden de cosas corresponde señalar que la parte resolutive de la Sentencia apelada, carece de un mínimo de congruencia con el escrito promocional. Efectivamente, al no existir Petitotio claro y concreto, cualquier resolución que recaiga se hallaría viciada de absoluta incoherencia y por ende pasible de manifiesta nulidad.

En tal sentido, a fs. 140 leemos: “...dejar sin efecto las designaciones realizadas por el Síndico, ...”, mientras que no se pronuncia respecto del mantenimiento o no de las medidas de urgencia. Ante ello esta Alzada no puede expedirse sobre dichas medidas, así como tampoco mantener una circunstancia no peticionada en el estadio correspondiente.

Por otro lado es harto conocida la imposibilidad de expedirse en una causa cuando el objeto de la misma ha desaparecido. En éste caso por las irregularidades formales señaladas no nos consta en forma explícita el objeto de la causa, mas el agravio principal parece ser el ejercicio del artículo 1.107 C.C. por parte del Síndico, eventualidad ésta que ha desaparecido desde que se ha formalizado el acto asambleario.

Ante tales circunstancias se ha producido, al decir de W. PEIRANO en su obra “El proceso atípico” –Editorial Universidad, Bs. As. /83–, la “extinción del proceso por substracción de materia” o como lo aprecia BIDART CAMPOS –op. cit. N° 489– “Si el fin del amparo es restaurar el derecho de libertad lesionado, la sentencia carece de materia a lo que aplicarse en aquellas situaciones en que el efecto dañoso del acto ha desaparecido”.

Lo contrario –fallar en la presente causa– nos ubicaría ante un pronunciamiento abstracto que lesiona el principio de utilidad del que debe hallarse revestido toda decisión jurisdiccional en materia de amparo, por lo que la recurrida debe ser revocada, con costas.

A sus turnos, los Dres. Torres Kirmser y Buongermini Palumbo, manifestaron que votaban 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 que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia recurrida, con costas.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, MARIA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO y ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO.

Ante mí: María del Carmen Romero. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 47

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia de una demanda de indemnización de daños de origen extracontractual cuyo hecho generador se encuentra en una denuncia ante el fuero penal.*

SOCIEDAD. Representación y administración. Ha sido un acto asambleario realizado por la sociedad de acuerdo con sus estatutos –según lo observamos– el que acordó la necesidad de deslindar responsabilidades de los directores y administradores anteriores, y no una decisión personal individual del demandado. El demandado actuaba en representación de la sociedad, acatando la decisión asamblearia. (Voto en mayoría de Buongermi Palumbo y Martínez Prieto).

SOCIEDAD. Representación y administración. Efectivamente esta acción indemnizatoria fue ejercitada a causa de una denuncia penal realizada por el demandado en contra del accionante, por supuestos hechos de hurto, fraude, abuso de confianza y defraudación, en contra de la sociedad anónima. (Voto en minoría de Villalba Fernández)

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 27/05/09. “José Aloisio Bamberg Krein c/ Dieter Eissler s/ Indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 47).

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?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La recurrente al haber desistido expresamente de este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por la misma en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 1136 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; NULIDAD: La Abg. Adriana Tomassone, representante convencional de la parte recurren-

te, ha desistido expresamente del recurso de nulidad, según se colige de su escrito de agravios obrante a fs. 255/262.

Por lo demás, y dado que no se advierten en el auto recurrido vicios o defectos que autoricen a esta Magistratura a declarar la nulidad de oficio, se le debe tener por desistida a la recurrente del recurso de nulidad interpuesto.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFIESTA: Que adhiere su voto al de la miembro que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 908 de fecha 19 de diciembre de 2007, la instancia anterior resolvió: “1. HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios y daño moral promoviera JOSE ALOISIO BAMBERG KREIN en contra del señor DIETER EISSLER y, en consecuencia, condenar a este último a que dentro de diez (10) días de quedar ejecutoriada la presente sentencia, pague al actor la suma de GUARANÍES CIENTO VEINTE Y SEIS MILLONES (Gs. 126.000.000) y más DÓLARES AMERICANOS QUINIENTOS (USD. 500) por las razones expresadas en el exordio de la presente resolución.

2. NOTIFICAR por cédula. 3. ANOTAR...” (fs. 239/243).

De dicha sentencia recurre la abogada ADRIANA TOMASSONE y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 255/262, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a-quo. En ese sentido refiere, que la sentencia pronunciada se encuentra errada, es incongruente, contiene misiones y sin fundamento válido. Arguye, que su representado no presentó ninguna denuncia en contra del accionante, que fue la persona jurídica quien ejercitó tal acción y ello se encuentra probado en autos. Que, la denuncia realizada tuvo por fin la investigación de los hechos denunciados y le exime de responsabilidad, más aún, cuando era una obligación legal el denunciar un supuesto hecho punible. A más agrega, que el demandante había iniciado una querrela contra su mandante que fue desestimada, que le exonera de toda culpa y responsabilidad. Termina su exposición con la formulación del peritorio de rigor.

La contraparte, representado por el abogado Dr. FERNANDO ANDRES BECONI, contesta el traslado de los agravios de la parte contraria fundado la defensa de la sentencia recurrida. En su escrito rechaza los argumentos de la demanda y sostiene lo contrario. Manifiesta, que el demandado tiene responsa-

bilidad en el hecho por haber cometido un acto ilícito al denunciar falsamente a su representado, consecuencia de ello, el perjuicio sufrido en su persona y en su patrimonio que le ha ocasionado desprestigio y descrédito en su vida. En cuanto a los montos de la condena refiere que estas cantidades se encuentran justificadas y acorde a la gravedad del hecho dañino teniendo en consideración las causas que la motivaran. Concluye su contestación, formulando el peritorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de la ocurrencia o no del hecho y su vínculo causal con la parte demandada. En ese sentido, se colige de los elementos obrantes en autos que efectivamente esta acción indemnizatoria fue ejercitada a causa de una denuncia penal realizada por el demandado señor DIETER EISLER en contra del accionante señor JOSÉ ALOISIO BAMBERG KREIN, por supuestos hechos de hurto, fraude, abuso de confianza y defraudación, en contra de la firma FRIGORÍFICO INDEPENDENCIA S.A.

Del relato de los hechos y cotejados con los elementos de probanza existentes en el proceso se concluye que la denuncia penal realizada en contra de la persona del demandante carecía de indicios suficientes, conforme el A.I. N° 668 de fecha 17 de octubre de 2003, dictado por el Juzgado Penal de Garantía de la Ciudad de Villarrica.

Ahora bien, cabe determinar si, ejercitar la denuncia penal necesariamente conlleva una responsabilidad civil de indemnizar. En ese sentido, es sabido que el accionar –pedir la tutela del Estado– no puede constituir un hecho antijurídico, porque ese es un derecho personalísimo del ciudadano y garantizado por la Constitución Nacional. Pero, no es el accionar lo que debemos juzgar para concluir si nos encontramos ante un hecho antijurídico o no, para éste Juzgador el elemento gravitante que contiene el acto ilegítimo está marcado, no en la acción de denuncia penal ejercitada en contra del accionante, sino en la causa por el cual sienta su pretensión, lo cual queda marcadamente probada en la forma en que ha culminado aquel proceso penal. Un hecho antijurídico requiere que la persona tenga conocimiento del acto ilícito el cual pretende ejecutar y sobre ese conocimiento se predisponga voluntariamente a determinar el acto, la demandada a pesar que los hechos denunciados no tenían sustento jurídico, es decir, el acto que ejercitaba era ilícito y bajo ese conocimiento lo mismo se mostró

determinada a la realización del acto al llevarle a un proceso penal al hoy demandante, sin los suficientes indicios que puedan concluir en la realización del hecho, configura en sí un hecho antijurídico. Porque una cuestión es ocurrir ante la juridicidad del Estado por medio de una acción, lo cual en su naturaleza no configura un acto antijurídico, pero, otra muy diferente es sustentar la pretensión por una causa ilícita y es allí donde toma cuerpo la antijuridicidad, el cual determina de por sí el nexo causal con el obligado a resarcir el daño.

En cuanto se refiere, y hablando de la determinación del perjuicio sufrido por el damnificado, es criterio de éste Miembro en lo relacionado a la pretensión del actor de la determinación del *quantum* está marcadamente acreditado en el proceso y ello guarda relación con el daño sufrido.

Por tal motivo, es criterio de éste Miembro que corresponde confirmar en todas sus partes la sentencia apelada. Es mi voto.

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:

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de indemnización de daños de origen extracontractual cuyo hecho generador se encuentra en una denuncia ante el fuero penal.

En primer término debemos recordar brevemente los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización; 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. Obviamente, estos criterios son perfectamente aplicables también al reclamo de daño moral deducido, conforme con el escrito de demanda (fs. 10/15).

Las acciones de indemnización por daños derivados de 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.

La acción gira en torno de los daños producidos con motivo de la querrela, no solamente por la mera interposición de la misma, sino por los derivados como consecuencia de su tramitación.

Primeramente, y para mayor entendimiento de la causa, haremos alusión a las siguientes circunstancias. Los antecedentes de la demanda se remontan al

funcionamiento del ente societario Frigorífico Independencia S.A. Este proceso se sustenta en una denuncia penal incoada –aparentemente– por el Sr. Eissler contra el Sr. Bamberg, quien se desempeñaba como director de la mencionada sociedad. En el año 2002, las autoridades fueron sustituidas –entre ellas el actor– y el balance presentado por los directores salientes fue rechazado. Ello habría motivado sospechas sobre presuntas irregularidades y ocasionó la promoción de la denuncia ante el fuero penal de la cual finalmente fuera sobreseído el accionante.

Antes de estudiar los supuestos de indemnización previstos en la legislación, debemos analizar la legitimación pasiva, expresamente cuestionada por la demandada tanto en la baja instancia como en ésta.

Ciñéndonos a los términos del escrito de demanda, se observa que aquí se ha demandado directamente al Sr. Dieter Eisler, por una denuncia instaurada por el mismo contra el demandado Sr. José Aloisio Bamberg Krein ante el Juzgado Penal de Garantías N° 1 de la ciudad de Villarrica.

Ahora bien, de las constancias agregadas a la contestación de la demanda encontramos documentales de suma relevancia que ciertamente no se conciben con el relato del actor. Habremos de expresar también aquí que dichas documentales no han sido cuestionadas o impugnadas por el actor, quien al momento de contestar el traslado de los documentos acompañados con la contestación de la demanda (fs. 192/193), no ha negado la autenticidad de los documentos acompañados, limitándose a hacer referencias sobre la responsabilidad del demandado. De las constancias de autos, vemos que –entre otras documentales– a fs. 36/58 se encuentran los estatutos de la sociedad anónima; a fs. 59/102 obra el informe de auditoría por el ejercicio del año 2001 elaborado por la firma “Avalos & Asociados Consultores”; a fs. 103 se halla agregada el acta número 9 de asamblea ordinaria de accionistas del 23 de marzo de 2002 y a fs. 104 se encuentra la denuncia penal por hurto, administración fraudulenta, abuso de confianza, vaciamiento de empresa y defraudación en concurso real y en asociación ilícita promovida.

De la lectura de los estatutos se observa que la dirección y administración de la sociedad está encargada al directorio, compuesto de un presidente y seis directores y dos miembros suplentes, nombrados por la Asamblea General Ordinaria. El uso de la firma social lo ejerce el presidente, siendo éste el representante legal de la sociedad. Entre los deberes y facultades acordadas al directorio

se observa que éste dispone de los amplios poderes para dirigir y administrar la sociedad, entre los cuales se destaca el de demandar y percibir todo lo que se deba a la sociedad y el de denunciar, querellar y estar por sí o por apoderado en toda clase de juicio. Entre las facultades de la asamblea se observa que la misma es "...soberana, pudiendo tratar y resolver todos los asuntos comprendidos en el orden del día enunciado en la convocatoria". Asimismo se prevé que a la fecha del cierre de ejercicio de cada año, se efectuará de acuerdo con las normas legales, un inventario, un balance general y cuenta de ganancias y pérdidas, los cuales serán sometidos por el directorio al síndico y luego a la asamblea para su consideración conjuntamente con los demás documentos exigidos por las leyes.

A fs. 103 se encuentra agregado el acta de asamblea ordinaria de accionistas de fecha 23 de marzo de 2002. En ella se constata la decisión de contratar "...a un abogado o a un estudio jurídico para procederse al estudio y análisis de la responsabilidad de los directores y administrador de FISA Nacional, si las hubiere, a fin de iniciar las acciones judiciales si correspondiere en derecho contra el o los eventuales responsables si los hubiere...". (sic.) Se observa, pues, que ha sido un acto asambleario realizado por la sociedad de acuerdo con sus estatutos –según lo observamos- el que acordó la necesidad de deslindar responsabilidades de los directores y administradores anteriores, y no una decisión personal individual del Sr. Dieter Eisler. Con meridiana claridad se lee "En relación al quinto punto se resuelve no emitir las acciones, sobre el sexto punto, por moción de Manuel Saifildin se resuelve facultar al director único, Dieter Eissler, para contratar...". También se observa que en la asamblea ordinaria, el presidente de la misma realizó una introducción sobre el trabajo de auditoría a que fue sometida la anterior administración –cuyo presidente era el Sr. Bamberg Krein-, lo que trajo como consecuencia el rechazo del balance presentado por los directores salientes -773 votos por el rechazo, 2 votos por la aprobación y 152 votos por la abstención.

Luego tenemos la denuncia, que obra a fs. 104/114. Los términos en que ésta ha sido formulada esclarecen aún más la circunstancia de que la decisión de demandar la ha tomado la sociedad, la cual, como se vio, actúa por intermedio de su presidente, quien funge de representante legal de la misma. Así, se lee a fs. 104: "Conforme lo acredito con el acta de la asamblea ordinaria N° 9 del 23 de marzo del 2002 y cuya copia autenticada adjunto, soy Director de la firma Frigorífico Independencia S.A. elegido Presidente del Directorio en fecha 04 de

junio del mismo año, según acta del directorio N° 108, cuya copia autenticada también adjunto”. Luego en el siguiente párrafo -tercer párrafo de la denuncia- se lee: “Por el carácter invocado y por derecho propio, siendo poseedor de dos títulos de acciones de la empresa...”. Aquí quizás podríamos hablar de una denuncia personal-individual por parte del Sr. Eissler y paralela a la de la sociedad-incoada por el demandado contra el actor. Sin embargo, luego, en el mismo párrafo, y dejando toda duda de lado, el Sr. Eissler señaló: “...vengo a cumplir con el encargo expreso de la Honorable Asamblea Ordinaria realizada en fecha 23 de Marzo del 2002, de “contratar a un abogado o a un estudio jurídico para procederse al estudio y análisis de las responsabilidades...”... y formulo denuncia penal contra...”. Con ello se pone de manifiesto el carácter de representante en que actuaba el Sr. Eissler. Por lo demás, también se observa que la denuncia va dirigida contra todos los administradores anteriores, un total de siete personas, lo cual –y haciendo una interpretación sistemática de todo el texto de la denuncia– sólo nos puede llevar a concluir en que el demandado actuaba en representación de la sociedad, acatando la decisión asamblearia *supra* aludida.

El sistema societario ha reiterado el carácter de sujeto de derecho y, por ende, la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, una especie dentro de aquel género. La sociedad comercial es una persona jurídica cuya calidad surge del artículo 91 del Cód. Civ, por una parte, y por la otra, del art. 959, que prescribe que el contrato de sociedad crea un sujeto de derecho. Adentrándonos aún más en esta idea, la sociedad anónima ha sido caracterizada como la máxima expresión de la personalidad jurídica, corolario de lo cual hay dos patrimonios separados y distintos: sociedad y accionista. Resulta lógico así que no exista una comunicación de responsabilidades entre el ente y sus integrantes, criterio que subsiste en la medida en que la persona jurídica sea utilizada con finalidades lícitas –entendiéndose por lícitas actos orientados al beneficio del ente y dentro de las facultades conferidas por el estatuto y la ley–.

Al decir de Palmero, los elementos susceptibles de reconocer a la personalidad como recurso técnico jurídico de rasgos universales son: indivisibilidad, imputación, separación patrimonial, organización y fin autónomo. (Palmero, Juan Carlos. PERSONALIDAD, DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA. Córdoba, 1992, pág. 189).

Nuestras afirmaciones, por lo demás, encuentran formulación legislativa en el capítulo I del título II, que señala que las personas jurídicas son sujetos de

derecho distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes. Sus miembros no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en la ley. También pueden ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellas. El art. 97 del Cód. Civ. prescribe que se reputan actos de las personas jurídicas los de sus órganos.

Resulta así lógico que las personas jurídicas respondan del daño que los actos de sus órganos hayan causado a terceros, trátase de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos hayan sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Distinta resulta la responsabilidad que pudieran llegar a tener los autores -sujetos individuales que forman parte de la persona jurídica- en relación con la persona jurídica.

Siendo así las cosas, y habiendo analizado las facultades estatutarias del director y la asamblea, no podemos sino concluir en que la acción debió ser dirigida contra el Frigorífico Independencia S.A. y no contra su director.

También debemos referirnos al supuesto "...contubernio entre las autoridades entrantes y los mayores accionistas de la firma a fin de exponerlo a la promoción extorsiva..." (fs. 11) al que se refiriera el accionante en su escrito de demanda. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará siempre directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios ocasionados. Digamos que el actor pretendería –ya en términos de Serick– “desestimar la forma societaria, prescindiendo o superando la forma externa de la persona jurídica, penetrando a través de ella para alcanzar a las personas y bienes que bajo ella se cobijan” (Serick, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles y El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Ariel. Pág. 13. Barcelona, 1958). Va de suyo que para que ello sea posible, se debe haber desplegado adecuada y suficiente prueba. En efecto, prescindir de la forma societaria, negando la existencia del Frigorífico Independencia S.A. como sujeto de derecho autónomo frente a esta situación jurídica particular –la supuestamente viciada decisión asamblearia–, constituye un recaudo jurídico que debe estar manifiestamente acreditado. En el caso de autos el abuso de lo que llamamos la estructura o el velo societario no ha sido ni someramente probado, por lo que la cuestión no

merece mayores consideraciones. Tampoco ha sido probado un abuso de la estructura orgánica y directiva de la sociedad anónima en orden de perjudicar a sus socios.

La demanda debe ser rechazada, revocando el fallo pronunciado en la baja instancia.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas al actor perdedor, de conformidad con los artículos 192 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede, con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

TENER por desistida el recurso de nulidad.

REVOCAR en todas sus partes la sentencia recurrida, de conformidad a los términos vertidos en la presente resolución.

IMPONER las costas a la parte perdedora.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: Neri Eusebio Villalba Fernandez, Maria Mercedes Buongermini Palumbo y Arnaldo Martínez Prieto.

ANTE MÍ: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 110

Cuestión debatida: *Si quien suscribió el título presentado a ejecución era capaz, al tiempo de suscribir el documento, de obligar a la sociedad anónima, habida cuenta el art. del Cód. Civ., por el cual, si quien suscribe un título por otro, sin poder suficiente, se obliga por sí mismo y no al supuesto representado.*

SOCIEDAD. Representación y administración de la sociedad.

El estatuto social de la empresa presenta un caso típico de superposición o duplicación de facultades, que introduce un elemento de ambigüedad en la estructura y organización de la sociedad y puede suscitar dudas o imprecisiones. Ahora bien, la pregunta es quién o a quién se debe cargar con las consecuencias de dichas deficiencias. Y ciertamente no será a los terceros que contraten con la sociedad o que se relacionen negocialmente con ella, sino a la sociedad misma, que es la que mantiene esa estructura ambigua. Por consiguiente, se concluye que el presidente tiene facultad suficiente para obligar a la sociedad.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 11/10/10 “Beatriz Maria De Los Angeles Careaga Vazquez c/ El Sol De Oro S.A. Industrial y Comercial y Otros S/ Accion Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 110)

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, VILLALBA FERNANDEZ Y PAIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: La recurrente ha desistido expresamente del recurso interpuesto por ella. Por lo demás, no advirtiéndose vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio la nulidad del fallo recurrido corresponde tener por desistido al recurrente de la nulidad interpuesta.

A SUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Paiva manifiestan que votan en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 132 de fecha 05 de marzo de 2010 el *a quo* resolvió: “RECHAZAR la excepción de inhabilidad de título deducida por la firma SOL DE ORO I.C.S.A. por improcedente. LLEVAR ADELANTE la presente ejecución que la Sra. BEATRIZ MARÍA DE LOS ÁNGELES CAREAGA VÁZQUEZ deduce contra la firma SOL DE ORO I.C.S.A. hasta que la actora se haga integro pago del capital reclamado que asciende a la suma de GURANÍES CUARENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL NOVECIENTOS (Gs. 49.500.000) más sus intereses. IMPONER las costas de esta instancia a la accionada. ANÓTESE...” (fs. 57 vlt.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 63/66. Manifiesta al respecto que la sentencia apelada agravia a su parte en razón de que se le está constriñendo a abonar una deuda que desconoce como cuya, sin que pueda manifestarse al respecto y sin que pueda oponer ningún tipo de defensa. Sostiene que si bien es cierto que la persona jurídica puede ser representada por apoderados, los mismos no pueden obligar a la sociedad sin contar con un poder especial, documento que no existe, y por lo tanto la única forma restante es la que establece el estatuto de su mandante. Arguye además que el art. 10º) de los estatutos de la firma denominada Sol de Orto S.A., establece que para que la misma pueda contraer una obligación válida, ya sea para cualquier letra de cambio u orden de pago, precisa de que la misma sea firmada por el presidente, el vicepresidente en forma conjunta o en ausencia de uno de ellos con un director, requisito éste que no presenta el documento base de la presente acción. Finalmente, solicita que la sentencia recurrida sea revocada.

Corrido el traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 68/71 y en primer lugar manifiesta que en estos autos no se le impidió a la demandada el derecho a la defensa ni se le impidió ofrecer y producir pruebas, según surge de las fojas 44/52. Asimismo dice que está admitido por la recurrente que el cheque objeto de la presente demanda le pertenece a la sociedad, por lo cual, debió probar que el banco no tenía la facultad de rechazar el cheque por insuficiencia de fondos cuando faltaba otra firma para obligar a la sociedad. Dice además que la demandada no puede alegar que el banco rechazó erróneamente el cheque porque le faltaba una firma ni puede pretender que su mandante sepa quienes tienen que firmar un cheque para poder cobrarlo. Alega que no es dable concebir que un banco comercial habilite una cuenta corriente bancaria a nombre de una persona jurídica, y registre la firma de un extraño, sin vínculo con dicha empresa como habilitada a suscribir en su nombre y representación cuando -es norma impuesta al banco- que éstos antes realizan una serie de estudios para tener esclarecido quiénes son las personas físicas habilitadas a representar a la sociedad, y solo a las mismas les registran las firmas. Transcribe jurisprudencia que avala lo argumentado por su parte. Finalmente alega que la sentencia apelada es correcta y dictada conforme a las leyes que rigen la materia, por lo que solicita que la misma sea confirmada.

La inhabilidad se funda en la falta de legitimación pasiva, al sostenerse que

la empresa demandada no se ha obligado cartularmente en el título, sino que lo ha sido una persona física que no le representa ni le obliga.

Examinadas las constancias del expediente y en especial el título presentado a ejecución se advierte que obra en el mismo la leyenda “Nombre: SOL DE ORO I.C.S.A.”; esto debe entenderse como nombre del librador, aunque la palabra librador no aparezca en el documento. Luego, abajo figura una firma no identificada, que ha sido atribuida a la Sra. Norma Ortega de Pratt. Al ser estampada debajo de la denominación de la entidad, debe concluirse que la persona física ha suscrito el instrumento en representación de la jurídica. Lo que es, pues, el *numen* de este asunto es si Norma Ortega de Pratt era capaz, al tiempo de suscribir el documento, de obligar a la sociedad anónima, habida cuenta el art. del Cód. Civ., por el cual, si quien suscribe un título por otro, sin poder suficiente, se obliga por sí mismo y no al supuesto representado.

Examinando las probanzas arrimadas a autos, encontramos el estatuto social de la empresa El Sol de Oro S.A. Industrial Y Comercial. Allí se establece que: “El Presidente o el Vicepresidente; en caso de ausencia del Presidente; firmando siempre en forma conjunta con un Director Titular tienen el uso de la firma social, representando a la Sociedad en todos sus actos, operaciones y contratos, comprometiéndola de esta manera activa y pasivamente. La representación de la Sociedad será ejercida por el Presidente o el Vicepresidente con su sola firma.” Este es un caso típico de superposición o duplicación de facultades, que introduce un elemento de ambigüedad en la estructura y organización de la sociedad y puede suscitar dudas o imprecisiones. Ahora bien, la pregunta es quién o a quién se debe cargar con las consecuencias de dichas deficiencias. Y ciertamente no será a los terceros que contraten con la sociedad o que se relacionen negocialmente con ella, sino a la sociedad misma, que es la que mantiene esa estructura ambigua. Por consiguiente, se concluye que el presidente tiene facultad suficiente para obligar a la sociedad. Luego debemos establecer si la Sra. Norma Ortega de Pratt investía tal calidad al tiempo de firmar el documento. Aquí debemos señalar que la misma accionada en las instrumentales obrantes a fs. 44/49 ha adjuntado las constancias que efectivamente a la fecha de la creación de la obligación aquí reclamada la Sra. Norma Ortega de Pratt, ejerció la presidencia del directorio del la firma aquí demandada.

En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia apelada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Paiva, manifiestan que votan en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas la perdidosa.

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

MAGISTRADOS: MARTÍNEZ PRIETO, VILLALBA FERNANDEZ Y PAIVA.

ANTE MÍ: Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 125

Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia de una demanda de cumplimiento de obligación de hacer escritura pública de transferencia de cuotas societarias de una sociedad de responsabilidad limitada, basada en un acuerdo o convenio simulatorio.

SOCIEDAD. Transmisión de acciones.

Las partes no solo han declarado que el negocio jurídico primero de transferencia de cuotas sociales carecía de realidad sustancial, sino además se ha convenido la obligación de restitución o de retransferencia entre los protagonistas de la simulación; esto surge del acto de reconocimiento de deuda. Ello significa que de dicho acto jurídico nacen dos acciones: una de nulidad del acto aparente por el vicio del consentimiento –la simulación en sí– y otra de cumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo simulatorio. El demandante ha optado por esta última, y ello es perfectamente posible.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 10/11/10 ". JULIÁN DONCEL VELÁZQUEZ C/ TEÓFILO MORALES COCUESTA Y OTROS S/ OBLIG. HACER ESCRITURA PÚBLICA" (Ac.y Sent. N° 125)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI PALUMBO, VILLALBA FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: El abogado Adolfo R. Romero Escurra desistió expresamente del recurso de nulidad interpuesto. No obstante a continuación insinúa algún defecto de congruencia, al señalar en su escrito de fundamentación (a fs. 247/249) que la resolución no se ha pronunciado sobre la validez o nulidad del acto de transferencia contenido en la escritura pública N° 26 de fecha 21 de junio de 1993, por la cual se han traspasado simuladamente cuotas societarias. Se trata, pues, de la forma lógica de la sentencia en cuanto a su integridad en el tratamiento de las cuestiones propuestas. Y ésta es la palabra clave aquí. La demanda se ha planteado como de cumplimiento de obligación de hacer escritura pública, sobre la base de un acuerdo de voluntades en tal sentido. No se ha planteado la nulidad por simulación. Mal puede entonces el juez decidir sobre la validez o no de la transferencia primeramente aludida, ya que no hubo pretensión de la actora en tal sentido.

Se ve, pues, que no existen vicios de congruencia por *citra petita*. No advirtiéndose vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe ser desestimado.

A SUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votan en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 314 de fecha de 03 de mayo de 2010 el *a quo* resolvió: “1-) HACER LUGAR a la demanda por obligación de hacer escritura pública promueve JULIÁN DONCEL contra los señores TEÓFILO MORALES COCUESTA y BLANCA DONCEL DE MORALES y en consecuencia, emplazar a los demandados para que en el plazo de cinco días hábiles de quedar firme y ejecutoriada esta resolución, suscriban a favor del actor, la pertinente escritura de transferencia de las SETECIENTAS CINCUENTA Y SEIS (756) cuotas sociales de la

Firma “CURUPAYTY S.R.L., bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere, el Juez lo hará en su nombre, siempre que no existan impedimentos jurídicos al momento de dicha suscripción. 2-) IMPONER las costas de este juicio, a los demandados. 3-) RECHAZAR el pedido de hacer efectivo el apercibimiento Y tener por confeso al actor por el motivo explicado en el exordio de esta resolución. 4-) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia” (sic.) (fs. 242 vlt.).

El recurrente, y representante de la parte demandada, en su escrito obrante a fs. 247/249 se agravia de la resolución del inferior en razón de que ha incurrido en un error al dictar la sentencia por haber privado a sus representados de parte de su patrimonio. Sostiene que la demanda promovida por el Sr. Julián Doncel Velázquez resulta improcedente a la luz de lo que dispone el art. 305 del Código Civil. Expresa que si bien está prevista la figura de la simulación, ella es legítima en cuanto no afecte derechos de terceros o no tenga un fin ilícito, y que en este caso desde el mismo momento en que el Sr. Julián Doncel enajenó simuladamente sus cuotas sociales para –según sus propias afirmaciones– adecuarse a los mandatos constitucionales y ejercer el cargo de diputado nacional, obviamente que el mismo ha cometido un fraude a la ley, es decir, realizó un objeto ilícito pero con la apariencia de un objeto lícito. Se agravia además por el hecho de que el inferior ha interpretado erróneamente el art. 306 del Código Civil. Manifiesta que en estos autos no se ha invocado ni mucho menos probado que alguno de los demandados haya obtenido un enriquecimiento indebido, por lo que mal pudo haber el a quo admitido la pretensión del actor. Dice también que la Sra. Blanca Doncel de Morales no participó del negocio simulado, en efecto, de la lectura de la escritura pública N° 26 de fecha 21 de junio de 1993 surge que los celebrantes del acto fueron: por un lado el Sr. Julián Doncel Velázquez, quien estuvo acompañado de su esposa Eladia González de Doncel, y por la otra parte, el Sr. Teófilo Morales Cocuesta, por lo que la sentencia recurrida se encuentra errada pues condena a la Sra. Blanca Doncel de Morales a que otorgue escritura pública traslativa de dominio de las 756 cuotas sociales de Curupayty S.R.L., sin que la misma haya celebrado el acto simulado. Agrega diciendo que de la sentencia recurrida tampoco puede apreciarse que la obligación sea mancomunada o solidaria, siendo prácticamente de cumplimiento imposible para la citada accionada, pues, a su nombre no se encuentra inscrita cuota social alguna que corresponda al negocio jurídico especificado en el

juicio, y tampoco especifica en qué cantidad debe efectuarse por cada demandado la transferencia de las cuotas sociales. Finalmente, sostiene que se ha demostrado suficientemente que el actor, al momento en que celebró el acto simulador de estado civil casado y con régimen patrimonial de comunidad de gananciales. Arguye además que el contradocumento presentado por el actor no hacía sino reconocer que la titularidad de las 756 cuotas sociales pertenecía al matrimonio conformado por el actor y la Sra. Eladia González de Doncel, y que no habiéndose acreditado el fallecimiento de la esposa del actor mediante ofrecimiento de prueba del propio juicio sucesorio, se concluye que la demanda solamente podría haber prosperado en la proporción que le correspondía al Sr. Julián Doncel Velázquez, es decir sobre el 50% de las cuotas sociales reclamadas pero no sobre la totalidad de las mismas. Solicita por lo tanto, se dicte resolución modificando la resolución recurrida conforme con los fundamentos expuestos.

Corrido el traslado a la adversa, la misma contesta el traslado corridole en los términos del escrito obrante a fs. 253/258, y manifiesta que no se observa en el memorial crítica o impugnación alguna en relación con el fallo del inferior ya que más bien se dedica a hacer profusas consideraciones respecto del derecho que corresponde a cada una de las partes, sin hacer alusión coherente a los fundamentos de la sentencia recurrida. Sostiene que el principio ritual dispositivo obliga a los litigantes el deber de probar los hechos que invocan como fundamento de sus pretensiones, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso, es decir, la carga de la prueba pesa sobre quien sostiene un hecho contrario al estado normal y habitual de las cosas. Arguye que los agravios expresados por la adversa son errados ya que el objeto de este juicio es la obligación de hacer escritura pública por parte de los demandados sobre las 756 cuotas sociales de capital de la firma Curupayty S.R.L., conforme al contradocumento donde los demandados declararon bajo fe de juramento ante notario público que la escritura pública N° 26 de fecha 21 de junio de 1993 es simulada, en consecuencia declaraban no haber abonado por el importe de las cuotas sociales cedidas e individualizadas de la firma Curupayty S.R.L. Dice que en el citado contradocumento los demandados se comprometían a transferir las cuotas sociales a favor de la persona que indique el Sr. Julián Doncel, sin embargo nada de ello han cumplido los demandados, razón por la cual se promovió la presente demanda cuyo objeto es la devolución judicial de las cuotas sociales de

parte de los accionados a favor de su representado. Dice que al no haber ningún perjuicio para nadie y al no tener un fin ilícito, por lo que en estas condiciones la simulación alegada es aceptada por el art. 305 del Código Civil. Manifiesta que si bien la codemandada Blanco Doncel de Morales no participó del negocio simulado e instrumentado en la mencionada escritura pública no es menos cierto que la misma en su calidad de cónyuge del demandado Teófilo Morales Cocuesta y sin separación de bienes ha firmado el contradocumento por el cual se obliga a devolver, entre otras cosas, las 756 cuotas de capital de las cuales junto con su marido se han apropiado, pues las mismas han ingresado legalmente a la comunidad de bienes gananciales del matrimonio Morales-Doncel y necesariamente se necesitaría de la venia de la misma para asumir los compromisos establecidos en el mentado contradocumento, por eso es que la obligación es solidaria para ambos demandados. Adjunta igualmente una copia autenticada del acta de imputación a los demandados por los delitos de apropiación y lesión de confianza, manifestando la existencia de acusación formal a los mismos. Finalmente, solicita se confirme la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la adversa.

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de cumplimiento de obligación de hacer escritura pública de transferencia de cuotas societarias de una sociedad de responsabilidad limitada, basada en un acuerdo o convenio simulatorio.

En primer lugar debemos retomar primeramente el análisis de la cuestión de la naturaleza de la acción intentada. Aquí se ha demandado por cumplimiento de un acuerdo, no por nulidad de un acto o negocio jurídico contractual. La simulación es ciertamente una institución de características especiales. Constituye un mecanismo de apariencia de realidades jurídicas en el cual se halla involucrada la voluntad de los otorgantes, y en donde la discrepancia entre la voluntad declarada y la real se produce de manera consciente y querida por las partes. Es por ello que los otorgantes del acto simulado están en posición de regular de manera también consciente las relaciones jurídicas que existen entre ellos y los vínculos obligacionales que los unen y compelen.

En este caso las partes no solo han declarado que el negocio jurídico primero de transferencia de cuotas sociales carecía de realidad sustancial, sino además se ha convenido la obligación de restitución o de retransferencia entre los protagonistas de la simulación; esto surge del acto de reconocimiento de deuda

otorgado por los Sres. Teófilo Morales Cocuesta y Blanca Doncel del Morales a favor del Sr. Julián Doncel Velázquez, contenido en el documento obrante a fs. 82. Ello significa que de dicho acto jurídico nacen dos acciones: una de nulidad del acto aparente por el vicio del consentimiento –la simulación en sí- y otra de cumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo simulatorio. El demandante ha optado por esta última, y ello es perfectamente posible.

Pasemos ahora a considerar la cuestión de la legitimación activa, que también ha sido planteada por el recurrente. La parte demandada afirma que el acuerdo simulatorio ha sido hecho durante la vigencia de la sociedad conyugal, y que por ello la obligación de retransferir tendría como titulares acreedores a ambos cónyuges y no solo a uno de ellos. Debe recordarse aquí la naturaleza y características de la sociedad de gananciales. Ésta es un patrimonio de afectación de administración conjunta y reglada; es decir un conjunto de bienes destinado a la satisfacción de las cargas del hogar común, cuya composición y administración está definida por ley. Pero la acción conjunta solo está prevista para actos de disposición o que comprometan el patrimonio común, no para actos de adquisición. Es por ello que cuando un cónyuge adquiere un bien, por la concertación de una compraventa, por ej., las relaciones obligacionales activas –exigir la entrega de la cosa, exigir su transferencia si no se ha producido ya por vía del contrato, etc.– recaen en el cónyuge que celebró el acto negocial, no en ambos. Otra cosa es qué situación real tendrá el bien, vale decir, cuál será el efecto que esa adquisición tendrá en el patrimonio común y en qué calidad ingresará a él; esto lo define la ley. En suma, que hay que distinguir muy bien entre negocios a favor del patrimonio ganancial y negocios a cargo o en detrimento del mismo. Y también hay que distinguir entre las partes de un negocio jurídico y los efectos que de él se desprenden, para ellas o para terceros.

Pero los deudores de una obligación nacida en un acto negocial no pueden negarse a cumplir las obligaciones asumidas en él solo por el estado civil y familiar patrimonial de su deudor. Al pagar o cumplir con el cónyuge con el cual han negociado el pago está bien hecho y no es indebido, vale decir, tiene fuerza cancelatoria.

En estos autos los Sres. Teófilo Morales Cocuesta y Blanca Doncel de Morales se han obligado a transferir al Sr. Julián Doncel Velázquez; esa es la configuración subjetiva de la relación obligatoria y de su legitimación; otra cosa muy distinta es a dónde ingresarán los bienes: si a la masa de gananciales o al

patrimonio propio de alguno de ellos. Esto último no le concierne al deudor de la obligación. Así pues, las alegaciones de los demandados en cuanto a la legitimación carecen de sustento.

Finalmente debemos analizar el acto y documento sobre cuya base el actor demanda la escrituración, glosado a fs. 82. Se trata de un reconocimiento de deuda. Como tal es un acto unilateral otorgado sólo por los deudores y regido por normativa de los art. 1800 y sgtes. del Cód. Civ. En dicho acto los demandados reconocen la obligación de transferir las cuotas sociales de la empresa Curupaity S.R.L., cuando el Sr. Julián Doncel Velázquez lo exija. Ni este reconocimiento de deuda, ni el acuerdo negocial simulatorio del cual la obligación proviene han sido puestos en entredicho o se ha objetado su validez, así pues conservan plenamente su eficacia y efectos. La obligación de transferir a sido asumida y ella solo puede contenerse en escritura pública, al hacer relación con cuotas societarias cedidas también bajo dicha forma. De todo ello se concluye que la acción de escrituración es procedente. La sentencia que así lo decide debe ser confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición, en ambas instancias, a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cod. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votan en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia recurrida.

IMPONER las costas, en ambas instancias, a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: BUONGERMINI PALUMBO, VILLALBA FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ PRIETO.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

Cuestión Debatida: *La transformación societaria realizado en una fecha muy posterior al hecho (accidente de tránsito) que produjo el crédito, pero anterior a la iniciación de la demanda, contestada y tramitado el juicio en su totalidad como si existiera todavía la sociedad transformada, recurre en esta instancia, el demandado por apelación y nulidad alegando que no puede aplicarse la norma prevista en el Art. 1186 del C.C.*

PRINCIPIO DE BUENA FE.

La demandada, por el principio de buena fe, debió alegar la transformación societaria al contestar la demanda y no lo hizo aun estando ya transformada la misma y el juicio se tramitó en su totalidad como si existiera todavía la sociedad transformada, por lo tanto se afectó este principio procesal, pues en la actitud de la ahora apelante existe una conducta ilícita por ocultamiento, porque al contestarse la demanda ya se debió hacer notar al juzgado este hecho pero al no hacerlo así es que se obró de mala fe, y tampoco el mismo puede decir que desconocía la transformación, correspondiendo por tanto confirmar íntegramente la resolución apelada.

SOCIEDAD. Acto ilícito. Mala fe.

No se puede alegar la propia mala fe para eludir la responsabilidad, es un principio jurídico que nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito y es un ilícito ocultar la transformación societaria.

SOCIEDAD. Transformación de la sociedad. Obligaciones. Responsabilidad.

Es relevante jurídicamente es que el hecho que suscita la demanda se produjo cuando la sociedad era aún una sociedad de responsabilidad limitada y el Art. 1186 C.C. establece que las obligaciones existentes antes de la transformación no se disuelven ni afectan los derechos adquiridos bajo la forma societaria transformada, y que la sentencia se haya dictado con posterioridad no quiere decir que ahí nace el derecho, solo se lo declara pues el derecho ya nació con el hecho (accidente de tránsito) sobre el cual se pide resarcimiento, correspondiendo por tanto confirmar la resolución apelada.

SOCIEDAD. Transformación de la sociedad. Obligaciones.

La norma establecida Art. 1186 del C.C. es clara y la causa de la obligación, un hecho extracontractual, que se produjo antes de la transformación y la trans-

formación no disuelve la misma y siendo así debe confirmarse la resolución apelada e imponer las costas a la perdidosa.

EXCEPCIÓN DE NULIDAD. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO.

La excepción de nulidad planteada por la supuesta falta de identidad entre la persona demandada y la condenada en el fallo, los argumentos de autos hacen verdaderamente a la excepción de inhabilidad de título y nada tienen que ver con los supuestos excepcionales de nulidad, por lo que la excepción de nulidad rechazada y los argumentos en ella vertidos deben ser estudiados en la inhabilidad.

SENTENCIA.

La entidad jurídica se ha presentado a mostrarse parte del juicio declarativo como demandada, luego de la notificación, contesta la demanda, la comparecencia a juicio la hace en forma espontánea y por propia iniciativa y durante toda la tramitación de la causa no objetó la discrepancia de designación del nombre ni la diferente forma societaria que revestía respecto de la designada como accionada por el actor, no opuso excepción de falta de acción, ni tan siquiera una excepción de defecto legal relativa a esta diferencia, y al examinar la sentencia a ser ejecutada, se observa que el juez condena a una persona jurídica sin emplear conjunciones ambiguas, cuya decisión la condenada apeló, sin embargo no interpuso recurso de aclaratoria, dejándola, así, consentida y por ende, la decisión tomada en dicha resolución ya no puede ser objeto de agravios.

SENTENCIA. Efectos de la sentencia.

Mediante la sentencia el juez crea una norma individual que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso y que, como manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por los terceros, y el efecto natural de toda sentencia consiste por consiguiente en su obligatoriedad e imperatividad, pues si así no fuese es obvio que ella carecería de objeto y de razón de ser.

SOCIEDAD. Transformación. Cambio de forma jurídica.

La transformación de una sociedad no la extingue, solo constituye un cambio en su forma jurídica y eventualmente en su objeto, la persona jurídica demandada era una sociedad de responsabilidad limitada que fue transformada a una sociedad anónima antes de que se incoara contra ella el juicio de conocimiento, de todas maneras, la transformación de una sociedad no libera a la

entidad ni a los socios de las responsabilidades sociales anteriores a la transformación, debiendo la sentencia apelada ser confirmada.

LITIGANTE DE MALA FE.

La actitud procesal de la demandada se aproxima peligrosamente a la litigación de mala fe, pues, en vez de aclarar su nueva forma societaria, la cual no podía desconocer al tiempo de la contestación de la demanda de daños, la accionada se limita a tomar parte en el juicio como causa propia, pretendiendo luego aprovechar el equívoco que ella misma ha contribuido a crear y ha ocultado, al ver que las resultas del juicio le eran adversas.

SOCIEDAD. Obligaciones.

No habiendo la ejecutada negado que la empresa demandada haya sido antecesora de la actual sociedad anónima, y sucesora de ésta, por el contrario, los documentos arrimados dan cuenta de esta sucesión, la cual no extingue ni la sociedad ni sus obligaciones, que en consecuencia, la alegación de la falta de correspondencia de la forma societaria de la ejecutada no puede fundar la inhabilidad de título ni inhibir la ejecución, correspondiendo en definitiva confirmar la sentencia apelada.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 15/03/13 “JOSÉ CARLOS QUINTO ROJAS MARTÍNEZ C/ EMPRESA DE TRANSPORTE CNEL. PANCHITO LÓPEZ S.A., LINEA 29 S/ IND. DE DAÑOS Y PERJUICIOS (Ac. y Sent. N° 20)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Este recurso no fue expresamente fundamentado ante esta Alzada, aun cuando en el petitorio se pidiera la nulidad solo se pidió la revocatoria, dado que no se hizo la fundamentación, en forma discriminada al recurso de apelación. y no existiendo vicio alguno que amerite la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto este recurso, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO. DIJO: RECURSO DE NULIDAD: Me adhiero al criterio del preopinante en este punto.-

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Este recurso interpuesto por una de las parte ha sido contra la S.D. N° 341 de fecha 04 de junio de 2012, en la que se resuelve: “..No hacer lugar a las excepciones de nulidad e inhabilidad de titulo opuesta por la empresa de Transporte Panchito López y llevar adelante la ejecución contra los ejecutados.

Que, la parte apelante, se agravia contra la sentencia mencionada en la parte que rechaza la excepción de nulidad sosteniendo que, aún cuando no este prevista como una excepción en la ejecución de sentencia, aun así, dicha excepción debe ser atendida fundado en el principio IURA CURIA NOVIT, atendiendo a que el juzgado de primera instancia lo rechazo, en razón de que dicha excepción de nulidad no puede ser planteada en una ejecución de sentencia. La inexistencia de dicha excepción como defensa no puede ser suplida por ser estudiada a través del principio Iura Curia Novit, pues lo que no esta permitido como excepción no puede ser adaptada para adecuarlo, pues las excepciones en la ejecución tienen carácter restrictivo, y usar la vía indicada por el excepcionante sería violar la ley, por tanto, no corresponde considerar siquiera esta excepción.

En cuanto al rechazo de la excepción de inhabilidad de titulo, cabe señalar que la ejecución se refiere a una sentencia que concluye un juicio que se había iniciado contra la empresa Panchito López S.R.L. pero en la ejecución se realizo contra la empresa Pachito López S.A. dado que la misma se ha transformado de una sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima.

El agravio de la parte apelante se basa en que la transformación societaria se realizo en una fecha anterior a la iniciación de la demanda y que, por tanto, no puede aplicarse la norma prevista en el Art. 1186 del C.C. El argumento del apelante se basa en que la transformación de la sociedad se realizó en fecha 4 de octubre de 1994 (fs. 240), antes de la fecha de inicio de la presente demanda, la cual se realizo en fecha 25 de noviembre de 1995. El fundamento de la expresión de agravio es que “ EN ESE MOMENTO LA DEMANDADA YA NO EXISTÍA COMO PERSONA JURÍDICA, ES DECIR, JURÍDICAMENTE ERA INEXISTENTE CARENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES, HA DESAPARECIDO COMO SUJETO DE DERECHO”.

Que entrando a realizar el análisis y estudio del agravio, es que el argumento cae de maduro y en lo que importa es que se admite expresamente que hubo transformación de la sociedad, solo alega que al existir la nueva forma societaria ya se debió demandarse como sociedad anónima transformada. El argumento no resiste un análisis serio, pues el accidente de tránsito que ocasionó la demanda se produjo el día 29 de noviembre de 1993 (fs.61 de autos) y la transformación societaria se produjo el día 4 de octubre de 1994 (fs. 240) o sea mucho después de que se generara el hecho que produjo el crédito, según la sentencia, pero la situación es más grave aun pues la demanda, estando ya transformada en una sociedad anónima, fue contestada como si siguiera existiendo la S.R.L. (fs. 76) en fecha 24 de noviembre de 1995. Por el principio de buena fe ya debió alegarse por demandada la transformación societaria al contestar la demanda y no lo hizo aun estando ya transformada la misma. Es mas el juicio se tramitó en su totalidad como si existiera todavía la sociedad transformada, por lo tanto se afecto el principio de buena fe procesal. En la actitud procesal de la ahora apelante existe una conducta ilícita por ocultamiento. Al contestarse la demanda ya se debió hacer notar al juzgado este hecho pero al no hacerlo así es que se obró de mala fe. El ahora apelante no puede decir que desconocía la transformación, pues contestó la demanda el 25 de noviembre de 1995 y no dijo nada. Estaba utilizando para realizar actos jurídicos la contextura jurídica de una sociedad ya disuelta como S.R.L. Y no se puede alegar la propia mala fe para eludir la responsabilidad. Es un principio jurídico que nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito y es un ilícito ocultar la transformación societaria. Lo que es relevante jurídicamente es que el hecho que suscita la demanda se produjo cuando la sociedad era aun una sociedad de responsabilidad limitada y el Art. 1186 C.C. establece que las obligaciones existentes antes de la transformación no se disuelven ni afectan los derechos adquiridos bajo la forma societaria transformada. El hecho que haya salido después la sentencia no quiere decir que ahí nace el derecho, solo se lo declara pues el derecho ya nació con el accidente de tránsito sobre el cual se pide resarcimiento. El Art. 1186 del C.C. es por demás claro que “CUALQUIER SOCIEDAD PUEDE ADOPTAR OTRO DE LOS TIPOS PREVISTOS, SIN DISOLVERSE NI AFECTAR LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES EXISTENTES”. La norma transcripta es clara y la causa de la obligación, un hecho extracontractual, se produjo antes de la transformación y la transformación no disuelve la misma y siendo así debe

confirmarse la S.D. N° 341 de fecha 04 de junio de 2012, e imponer las costas a la perdidosa.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro corresponde sea confirmada íntegramente la sentencia apelada.

En cuanto a las costas, ellas deberán ser impuestas a la parte perdidosa de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, RECURSO DE APELACIÓN: En cuanto a este recurso me adhiero al criterio del preopinante y agrego las siguientes disquisiciones.

La cuestión planteada gira en torno de la procedencia de las excepciones de nulidad e inhabilidad de título opuestas al progreso de una ejecución.

El argumento sustentado, tanto en la excepción de nulidad como el de la inhabilidad de título, hacen a la supuesta falta de identificación correcta de la persona jurídica demandada en estos autos. En efecto, el mismo sostiene que se ha demandado erróneamente a la Empresa de Transporte Panchito López S.R.L. y no a la Empresa de Transporte Coronel Panchito López S.A.

En lo que hace a la excepción de nulidad vale recordar que dicha defensa no está prevista en el art. 526 del Cód. Proc. Civil. Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido que la enumeración prevista en el art. 526 no es taxativa y ha acogido pretorianamente otras defensas que, sin estar enumeradas expresamente en la ley, impiden sin embargo el progreso de la ejecución, como vgr. La excepción de falta de acción, ya sea de legitimación activa o pasiva en la causa, la cual se considera en cierto modo implícita en la excepción denominada “falsedad de la ejecutoria”. Así también se ha admitido para ciertos casos especiales la excepción de nulidad cuando se violan requerimientos formales de la intimación de cumplimiento de la sentencia y existe un perjuicio cierto que alegar. La doctrina está también conteste con ello y así se ha pronunciado, diciendo que: “...Pese al carácter aparentemente limitativo de la enumeración de excepciones contenida en el CPCN, 506 y normas concordantes, y al margen de la equiparación admitida entre la excepción de inhabilidad de título y la de falsedad de la ejecutoria, por un lado, y entre la de compensación y la de pago, por otro lado, existe una nutrida jurisprudencia que se ha pronunciado en favor de la admisibilidad, en el proceso de ejecución de sentencia, de las excepciones de índole estrictamente procesal como la de incompetencia si la ejecución se promueve ante un órgano judicial distinto a los previstos por el art. 501 y normas afines; la de falta de

personería en el supuesto de que el ejecutante o el ejecutado hayan perdido la capacidad procesal con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia o sea insuficiente el poder invocado por un nuevo representante [...] la de nulidad de la ejecución fundada en la existencia de irregularidades procesales que hayan afectado el derecho de defensa del ejecutado y la de defecto legal si el ejecutante, frente a una sentencia que condena al pago de cantidad ilíquida, se limita a diferir al juez la determinación del índice de actualización aplicable.” (PALACIO – ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzani Editores, tomo 9, p.120/121).

Habiendo establecido las precisiones precedentes, corresponde abocarnos al estudio de las defensas invocadas bajo los mismos argumentos. En autos se ha planteado la excepción de nulidad, por la supuesta falta de identidad entre la persona demandada y la condenada en el fallo. Estos argumentos hacen verdaderamente a la excepción de inhabilidad de título y nada tienen que ver con los supuestos excepcionales de nulidad explicitados más arriba, por lo que la excepción de nulidad rechazada y los argumentos en ella vertidos deben ser estudiados en la inhabilidad.

En primer término debemos decir que el tipo de sociedad –S.A.; S.R.L.; S.A.C.I.; S.A.E.C.A.; etc.– es sumamente importante dado que cada tipo de sociedad tiene una forma diferente de constitución así como una responsabilidad emergente para sus socios. Es por eso que el mismo Código Civil ordena la indicación del tipo de sociedad luego de la denominación social de las mismas, en vista a las responsabilidades que engendra, clases de socios, acciones, etc.

Empero, debemos considerar que la entidad jurídica “Empresa de Transporte Panchito López S.R.L.” se ha presentado a mostrarse parte del juicio declarativo como demandada, luego de que se diligenciara la cédula de notificación de fs. 77 por la cual se tenía por iniciada la demanda y se corría traslado de la misma a una entidad denominada “Empresa de Transporte Panchito López S.R.L.”, contestando la demanda (fs. 72/76) en fecha 24 de noviembre de 1995 y presentando el poder acreditante de la procura foral a fs. 69/71. La comparecencia a juicio la hace “Empresa de Transporte Panchito López S.R.L.” en forma espontánea y por propia iniciativa. Durante toda la tramitación de la causa no objetó la discrepancia de designación del nombre ni la diferente forma societaria que revestía respecto de la designada como accionada por el actor. No opuso excepción de falta de acción, ni tan siquiera una excepción de defecto legal

relativa a esta diferencia. Al examinar la sentencia a ser ejecutada vemos que el juez condena a una persona jurídica sin emplear conjunciones ambiguas, designándola como “Empresa de Transporte Loma Pytá S.R.L.”. La condenada, quien apeló dicha resolución, sin embargo no interpuso recurso de aclaratoria, dejándola, así, consentida. Por ende, la decisión tomada en dicha resolución ya no puede ser objeto de agravios.

Es sabido que mediante la sentencia el juez crea una norma individual que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso y que, como manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por los terceros. El efecto natural de toda sentencia consiste por consiguiente en su obligatoriedad e imperatividad, pues si así no fuese es obvio que ella carecería de objeto y de razón de ser.

Cabe recordar también que la transformación de una sociedad no la extingue, solo constituye un cambio en su forma jurídica y eventualmente en su objeto. En autos, la persona jurídica demandada era una sociedad de responsabilidad limitada que fue transformada a una sociedad anónima antes de que se incoara contra ella el juicio de conocimiento. De todas maneras, la transformación de una sociedad no libera a la entidad ni a los socios de las responsabilidades sociales anteriores a la transformación. Asimismo, el doctrinario argentino Isaac Halperín señala que la forma que reviste a la sociedad tiene una función instrumental para la realización del objeto, por lo que la ley permite introducir modificaciones fundamentales en su estructura con los requisitos prefijados por ella según los tipos (Halperín, pág. 315). Igualmente expresó “Con respecto a la cuestión de la subsistencia o no de la sociedad transformada, la doctrina más aceptada y sostenida por Vivante es que en caso de transformación de la sociedad la misma subsiste, en vista de que las formas sólo tienen por fin proteger y actuar la voluntad de los socios, y éstos quieren continuar el ente.” (Halperín, Isaac. Pág. 315). La tesis del recurrente sobre la falta de integración de la litis originaria deviene improcedente y extemporánea.

En suma, la recurrente no solo toma parte de una demanda en la que la designación de la accionada corresponde a su forma societaria anterior, sin objetar este hecho por las vías pertinentes, como lo hemos visto, sino que además consiente la resolución de condena.

Una actitud procesal como la referida se aproxima peligrosamente a la litigación de mala fe. En efecto, en vez de aclarar su nueva forma societaria, la

cual no podía desconocer al tiempo de la contestación de la demanda de daños, la accionada se limita a tomar parte en el juicio como causa propia, pretendiendo luego aprovechar el equívoco que ella misma ha contribuido a crear y ha ocultado, al ver que los resultados del juicio le eran adversas.

Amén de ello, la ejecutada no ha negado que la empresa “Panchito López S.R.L.” haya sido antecesora de la actual sociedad anónima, y sucesora de ésta. Por el contrario, los documentos arrimados a fs. 240 dan cuenta de esta sucesión, la cual, como hemos visto no extingue ni la sociedad ni sus obligaciones.

En consecuencia, la alegación de la falta de correspondencia de la forma societaria de la ejecutada no puede fundar la inhabilidad de título ni inhibir la ejecución. La sentencia apelada debe ser confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ. Es mi voto.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiera al voto 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;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

Ante mí: Pablo Costantini (Actuario Judicial).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 58

Cuestión debatida: *La procedencia de un juicio de nulidad de un contrato promovido contra una sociedad anónima. La pretensión nulificante del actor gira en torno de dos aspectos diferentes. Por un lado, alega la existencia de un vicio intrínseco en la formación del contrato, y por el otro, la lesión enorme ocasionada a su parte.*

SOCIEDAD. Confirmación expresa de acto anulable.

El incumplimiento de las formalidades requeridas para obligar válidamente a la firma –consentimiento válidamente expresado por todos los miembros del colegiado estatutario–, en vistas a la ausencia de representación orgánica suficiente de los suscriptores del contrato, responde a un interés propio de la sociedad y, por ende, plenamente subsanable por la vía de la convalidación o ratificación emanadas de la misma entidad.

SOCIEDAD. Confirmación expresa de acto anulable.

Por Acta de Directorio se puede constatar que el llamado contrato de aparcería fue ratificado por un tercer Miembro del Directorio –conforme el requisito de los estatutos sociales–, con los alcances de los arts. 347 y 371 del Cód. Civ. Independientemente de la denominación que le han dado los otorgantes al contrato, se trata aquí más propiamente de un acto de convalidación expresa.

SOCIEDAD. Confirmación tácita de acto anulable.

La firma demandada, quien tiene el interés jurídicamente tutelable para reclamar la nulidad del contrato, considera al mismo válido y ha proyectado su normal ejecución, oponiéndose expresamente a su invalidación. Efectivamente, el susodicho contrato fue ejecutado aparentemente de manera normal, hasta la fecha de promoción de la presente demanda. Así pues, se ha operado también la confirmación tácita del contrato.

LESIÓN. PROCEDENCIA.

Existen en la lesión dos condiciones esenciales para su procedencia: 1°) la desproporción entre las prestaciones –elemento objetivo– y; 2°) la explotación de la condición del cocontratante, a saber: inexperiencia, ligereza o necesidad –elemento subjetivo–.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 14/06/13 “RICHARD ANDRES VAN HUMBEECK ROMEI C/ AGROGANADERA GRALECAR S.A. Y OTRO S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO” (Ac. y Sent. N° 58).

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. NERI E. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO: El recurrente ha desistido de este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, por ende dicho recurso debe ser declarado desierto al no haberse constado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, DIJO: El Abg. FEDERICO DUARTE ORTIZ, representante convencional de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., desistió expresamente del 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, el recurso debe tenerse por desistido.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiera al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 223 de fecha 02 de abril de 2012. la instancia anterior resolvió: “1. HACER LUGAR, con costas, a la demanda ordinaria de nulidad de contrato deducida por RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI en contra de AGROGANADERA GRALECAR S.A. ; y en consecuencia, declarar la nulidad del contrato de aparcería de fecha 06 de enero de 2006, suscripto entre RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI y el Presidente de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A. RUBÉN HERMINIO FARÍAS ISASI y su Director Titular VICENTE QUIÑÓNEZ INGOLOTTI, cuyas copias autenticadas obran a fs. 9/12 y 93/96 de autos. 2. ANOTAR...” (fs. 858/867).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 871/875, manifestando su desacuerdo con

la sentencia pronunciada por el a quo. Contra ella argumenta, que el a quo no ha valorado todas las pruebas obrantes en el juicio, así, el Acta del Directorio N° 10 de fs. 745/746, que subsana la falta de firmas, la inexistencia de la lesión por parte del actor, el actor ha vendido el inmueble objeto de la aparcería antes de haber iniciado el presente juicio, el actor al momento de suscribir el contrato era vicepresidente de la firma demandada, conociendo las cláusulas de los estatutos. Términa su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte contesta su escrito de contestación de fs. 877/881. Manifiesta, que su parte ha concurrido a la firma del contrato de aparcería en su carácter de propietario del inmueble objeto del contrato, que la falta de todas las firmas que dispone la Clausula 7° de los estatutos sociales causa la nulidad del contrato y el acta del directorio no suple el vicio del contrato. Culmina su contestación con el petitorio de confirmación de la sentencia.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se constata que el accionante en fecha 06 de octubre de 2006 presenta la acción de nulidad del contrato privado de aparcería de fecha 06 de enero de 2006 celebrado con la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., argumentando que el contrato es nulo al no cumplirse lo dispuesto por los estatutos sociales con la firma de tres de los miembros del directorio de la sociedad, cuando el negocio supere los Gs. 50.000.000, tal como sucede en este caso.

Entonces, conforme a un análisis objetivo de las constancias de autos se constata que efectivamente el contrato fue suscripto por el Presidente del ente y uno de sus Directores, faltando la firma del tercer Director, conforme lo exige la Clausula Séptima de los Estatutos Sociales de la firma AGROGANADERA GRALECAR SOCIEDAD ANONIMA.

Pero, aún ante la existencia de ese requisito impuesto por los estatutos no significa que el acto jurídico sea nulo. Al respecto el Art. 357 del Código Civil Paraguayo establece en sus incisos los casos en que el acto jurídico es nulo, que tratándose como en este caso, se subsumiría en el inciso d). Siempre y cuando en el contrato se hayan estampado firmas de agentes que no están autorizados por los estatutos para obligar a la persona jurídica. Lo cual, no es este el caso ya que el contrato fue suscripto por el Presidente y un Director, autorizados por los estatutos. Consecuentemente no podemos hablar de una acto jurídico nulo.

Evidentemente, el acto (contrato de aparcería) contiene un defecto intrínseco cual es la falta de firma del tercer Director, pero estamos hablando de un

defecto parcial, que no hace imposible su realización, siendo por ende anulable el acto. Sabido es entonces, que si el acto es anulable, a pesar de su defecto puede ser confirmado.

Así, tratándose de un acto anulable de acuerdo a lo previsto en el Art. 359 segundo párrafo, que dice: "...Cuando el acto es anulable, no podrá procederse sino a instancias de las personas designadas por la ley...". Lógicamente, que la persona que pretende la anulación del acto debe probar el perjuicio que le ha causado el vicio, en este caso, el actor RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI.

Ahora, considerando que el acto jurídico contiene un vicio parcial –falta de firma del tercer Director– que lo hace anulable, quien pretende su impugnación no puede invocar la nulidad por la nulidad misma, sino que necesariamente debe acreditar el perjuicio que le ha causado el acto defectuoso. En este caso, el demandante invoca como vicio del acto la falta de firma del tercer Director del ente. Pero, la ausencia de la firma del tercer Director no lesiona la voluntad del contratante el señor RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI, sino más bien, es la misma persona jurídica quien podría verse afectada por el vicio ante la falta de todas las firmas requerida por los estatutos. Es decir, tendría que ser la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A. quien invoque el vicio por la ausencia de un requisito impuesto por los estatutos.

Por otro lado, el accionante ha opuesto la demanda de nulidad como particular contratante con la persona jurídica de la cual también es integrante. Significa que el actor no ha invocado la lesión que le pudiera causar a la persona jurídica el vicio del contrato en su calidad de integrante de la sociedad, sin perjuicio que el Art. 1116 del Código Civil Paraguayo hace referencia a la acción que tiene un socio o un tercero cuando los actos ejercitados por los administradores le afectan los derechos de aquel en forma directa, porque el actor tampoco ha invocado el incumplimiento del contrato por parte de la firma demandada.

Otro elemento relevante que se constata en este juicio es que el Directorio de la sociedad ha ratificado la validez del contrato. En ese sentido, el Directorio como órgano colegiado de la persona jurídica es quien detenta la administración del ente, al decir de Isacc Halperin "...El directorio no actúa individualmente –salvo el supuesto del directorio integrado por un solo director o disposición expresa del estatuto–: lo hace el colegio. Quien administra es el directorio..." (MANUAL DE SOCIEDADES ANONIMAS, Isaac Halperin, Edit. Depalma,

Bs. As., Argentina, Año 1964, pág. 204), tal y como lo regula el Parágrafo V del Código Civil Paraguayo. Que, al haber el Directorio, por acta, convalidado el contrato suscripto con el demandante, queda subsanado el vicio anulable en virtud de lo dispuesto por el Art. 366 de la disposición legal de fondo, que dice: “Se tendrá por confirmado un acto anulable cuando por otro válido, quien tuviere el derecho para pedir la anulación, hiciere desaparecer los vicios, siempre que lo realizare después de cesar la incapacidad o defecto de que provenía la invalidez.”. Concordante con el Art. 367 del mismo orden legal, que expresa: “La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad, la substancia del acto que se quiere confirmar, el vicio de que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo.”, conforme al Acta N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006, del Directorio.

En cuanto, al argumento del actor de la violación de la Ley N° 1863/02 “Estatuto Agrario”, en sus Arts. 82 inc. b) y 83, estos no son validos, ya que, de nuevo el demandante expone motivos de supuesta lesión que más bien deben ser invocados por la contratante la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., en primer lugar, porque el Art. 82 en su inc. b) establece el canon en dinero o producto que el aparcerero deba pagar al propietario del inmueble rural, en este caso la persona jurídica y el Art. 83 prevé el tiempo en que debe establecerse el pago del precio de arrendamiento o aparcería. Como ya lo habíamos fundamentado en párrafos anteriores, el actor el señor RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI, no ha opuesto la demanda de nulidad ni como socio no como coadministrador de la sociedad, sino como particular contratante con la firma demandada, es decir, con intereses contrapuestos a la contratante. En todo caso, el incumplimiento de lo dispuesto en los Arts. 82 y 83 del Estatuto Agrario solo le puede causar agravio a la firma demandada.

Por otro lado, en el contrato celebrado entre el demandante y la demandada –conforme su análisis– no se observan ventajas manifiestamente desproporcionadas a favor de la sociedad, por tanto, cualquier pretensión de lesión que se pueda invocar no reúne las condiciones previstas en el Art. 671 del Código Civil Paraguayo, que dice: “Si uno de los contratantes obtiene un ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario”.

En conclusión por todos los fundamentos expuestos en los términos precedentes, es criterio de este Miembro que la resolución recurrida debe ser revocada. En consecuencia, no hacer lugar a la presente demanda de nulidad de acto jurídico opuesta por el señor RICAR ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI en contra de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A. Y OTRO.

En cuanto a las costas, ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a los dispuesto en los Arts. 192 y 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO; A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA PROSIGUIÓ DICIENDO: El Abg. FEDERICO DUARTE ORTIZ, representante convencional de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., se agravia de la sentencia dictada por el inferior en su escrito obrante a fs. 871/875 de autos. Manifiesta que la normativa invocada por el *a quo* para sustentar su decisión, son inaplicables al caso de autos. Expresa que no fue trasegada ni siquiera mencionada una sola norma que aluda a los contratos en general, ni a la nulidad. Sostiene que existe un yerro en la apreciación de los hechos, así como en la valoración de los elementos probatorios existentes en autos. Arguye que existe claramente un error *in iudicando* por parte del *a quo*, dado que la resolución fue dictada con evidente error *de facto*, surgida de la apreciación equivocada de los hechos y de la falta de valoración de las pruebas. Alega que el juez inferior analizó exclusivamente y en forma aislada sólo los estatutos sociales de la firma Agroganadera Gralecar S.A., y soslayó todas las demás pruebas ofrecidas y diligenciadas por la parte demandada. Aduce que si bien el ordenamiento jurídico de la República no obliga a los Magistrados a analizar todas las pruebas, sino aquellas que sean conducentes, so pretexto de tal prerrogativa el inferior no pudo haber dejado de lado la relevancia jurídica y práctica que para el caso reviste el contenido y los alcances del acta de directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006, por medio de la cual se ha subsanado el inconveniente respecto de la falta de firma de uno de los directivos de la entidad, atendiendo a que a todos los intervinientes les pasó inadvertido en la suscripción del contrato de aparcería lo establecido en la cláusula 7ª de los estatutos sociales. Dice que el *a quo* soslayó aplicar los efectos jurídicos que traen aparejados los arts. 347 y 371 del Cód. Civ., los cuales determinan que la ratificación equivale a la representación, y que tiene efectos retroactivos al día del acto, es decir, al haber los directivos confirmado y ratificado el contrato de aparcería, se saneó el pretendido vicio, sin ocasionar perjuicio alguno para los

intervinientes del acto ni para terceros. Manifiesta que otro error del sentenciante consiste en que si bien se pronunció respecto de la nulidad requerida, al haberla acogido se apartó de considerar y analizar la pretendida lesión enorme que no fue demostrada. Expresa que el *a quo* soslayó igualmente una prueba elemental para demostrar la inviabilidad de la demanda, como lo constituye la confesoria del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, por medio de la cual el propio demandante reconoció haber vendido la finca objeto del contrato de aparcería a solo seis meses de haberlo suscrito, a sabiendas de que la vigencia del documento se extendía hasta el 30 de abril de 2016, es decir, sin siquiera haber dado inicio a la presente acción. Sostiene que el juez inferior olvidó principios elementales de juicios como el que nos ocupa, como lo son el principio de la trascendencia de la nulidad y el principio de finalidad, ya que la parte contraria no alegó ni mucho menos demostró cuál fue el perjuicio que supuestamente le ocasiona el documento cuya nulidad requiere. Arguye que el magistrado de primera instancia pasó por alto el hecho de que al momento de celebrar el contrato de aparcería el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei fungía de Vicepresidente de la firma con la que entonces contrató, y a la que hoy demanda, por lo que aun cuando el documento menciona que su intervención contractual provenía de su condición de dueño del fundo, ello no constituye argumento válido para relevarle de responsabilidad, pues el mismo sabía la existencia de la cláusula 7ª de los estatutos sociales, y sin embargo a sabiendas consintió o asintió en que así se procediera. Alega que la doctrina de los actos propios concede particular importancia a la conducta anterior mantenida por las partes, impidiendo mediante una presunción *iuris et de iure* que una persona niegue o afirme la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una manifestación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto. Por último solicita se dicte resolución revocando la sentencia recurrida, con costas.

El Abg. JUAN VICENTE RAMÍREZ CATALDO, representante convencional del Sr. RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK ROMEI, contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 877/881 de autos. Manifiesta que el recurrente pretende hacer creer que el acta de directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006 ha subsanado el inconveniente de la falta de firma de uno de los miembros del directorio de la firma demandada, y que con ella se estaría ratificando automáticamente el contrato de aparcería, sin embargo se ha olvidado de lo dispues-

to por el art. 368 del Cód. Civ. Expresa que de la lectura de la citada acta se puede observar que tanto el presidente de la firma demandada, Sr. Rubén Herminio Farías Isasi, como uno de los miembros del Directorio, Sr. Vicente Quiñónez, tenían pleno conocimiento del hecho de que la cláusula 7ª de los estatutos sociales había sido violada. Sostiene que conforme con la cláusula 7ª de los estatutos sociales de la firma demandada el contrato de aparcería de fecha 06 de enero de 2006 carece de validez, dado que no fue suscrito por dos miembros del directorio y, por tanto, el mismo es nulo. Arguye que todas las afirmaciones vertidas por el *a quo* en el considerando de la resolución recurrida se ajustan a la verdad. Por último solicita se dicte resolución confirmando la sentencia recurrida, con costas.

En autos se discute la procedencia de un juicio de nulidad de un contrato, aparentemente de aparcería, suscrito entre la firma Agroganadera Gralecar S.A. y el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei.

Se impone con carácter preliminar, vistos los plausibles agravios del recurrente, analizar sucintamente las argumentaciones que hacen al supuesto error *in iudicando* en que habría incurrido el juzgador inferior en relación con las pruebas.

El Abg. Federico Duarte Ortiz alega, fundamentalmente, que el magistrado inferior analizó exclusivamente y en forma aislada sólo los estatutos sociales de la firma Agroganadera Gralecar S.A., y soslayó todas las demás pruebas ofrecidas y diligenciadas por la parte demandada.

Aquí debemos recordar que la apreciación de la prueba es el acto mediante el cual el juez o el tribunal se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, a fin de formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.

Es de suma importancia traer a colación lo dispuesto por el art. 269 del Cód. Proc. Civ. El mencionado artículo textualmente expresa: *“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”* (las negritas son propias).

Así pues, los Jueces no están obligados a ponderar una a una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que se estimen

conducentes para fundar sus conclusiones; ni tampoco precisan tratar todos los temas expuestos, ni analizar todos los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos. En el terreno de la apreciación de la prueba el juzgador puede inclinarse por la prueba que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran constar en el expediente; en definitiva, ello es una facultad privativa del magistrado y de su *iter* lógico de juzgamiento; por tanto, tienen potestad en la discriminación de las mismas, pudiendo preferir unas y descartar otras.

En efecto, la ley procesal consagra el principio de la libre apreciación de las pruebas, y el poder del juez de obrar con libertad en su tarea de valoración. Sin embargo, hay que apuntar que la apreciación libre no es sinónimo de discrecionalidad absoluta del órgano judicial, cuyo arbitrio en todo caso se halla limitado por pautas objetivas que no puede desechar sin riesgo de incurrir en arbitrariedad. El material probatorio debe ser analizado en su conjunto, desde que probanzas que aisladamente consideradas pudieran ser objeto de reparos, débiles o imprecisas, en muchos casos se complementan entre sí de tal manera que unidas llevan al ánimo del juez la convicción suficiente para tener por acreditados los hechos.

Entonces, la sola omisión de considerar el examen de determinada prueba no configura *per se* agravio atendible si el fallo apelado contempla y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio.

En el caso que nos atañe, si bien el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, en el considerando de la sentencia recurrida, analizó exclusivamente el contrato de aparcería y los estatutos sociales de la firma Agroganadera Gralecar S.A., no por ello se puede sostener que su criterio está defectuosamente fundamentado.

En suma, atendiendo a las breves consideraciones expuestas, el agravio del recurrente que guarda relación con el supuesto error *in iudicando* en que habría incurrido el inferior, debe ser desestimado como agravio autónomo, y solo ha de ser considerado en relación con el análisis de las pretensiones sustanciales de la litis.

A continuación, pues, pasaremos estudiar las cuestiones sometidas al arbitrio de este Tribunal y que refieren al fondo del litigio.

Antes de delimitar el *thema decidendum*, habremos de proceder a una exposición de las argumentaciones vertidas por las partes en sus escritos de

demanda y conteste, y por el *iudex a quo* en el considerando de la sentencia recurrida.

Los representantes convencionales del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, en su escrito de promoción de la demanda obrante a fs. 727/737 de autos, manifestaron que el contrato de aparcería suscrito entre su mandante y la firma Agroganadera Gralecar S.A. en fecha 06 de enero de 2006 es nulo por dos motivos. En primer lugar, porque el mencionado contrato debió haber sido suscrito por tres miembros del directorio de la firma Agroganadera Gralecar S.A., según lo determinado por la cláusula 7ª de los estatutos sociales, y que, sin embargo, el mismo fue suscrito sólo por dos de los miembros del directorio. En segundo lugar, sostienen que es nulo porque las cláusulas primera y segunda del contrato violan lo dispuesto por los arts. 82 inc. b) y 83 de la ley 1863/02 –Estatuto Agrario-, ocasionándole ello una lesión enorme a su parte.

El representante convencional de la firma Agroganadera Gralecar S.A., en su escrito de contestación de la demanda obrante a fs. 751/762 de autos, manifestó que se presume que el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, en su calidad de vicepresidente del directorio de la firma Agroganadera Gralecar S.A., jamás podría haber dejado de conocer, con detalle, todas y cada una de las cláusulas de los estatutos sociales, y, en particular, la que él mismo alega como vulnerada en el contrato de aparcería que suscribiera, no solamente como propietario de la Finca N° 3784 del Distrito de San Pedro del Ycuamandyjú, sino como parte del directorio de la firma demandada. Expresó que ninguno de los requisitos de la lesión se ha configurado en el caso de autos. Sostuvo que en los casos de lesión enorme corresponde a la parte accionante explicar y acreditar por qué ha realizado un acto contrario a sus intereses, así como sus condiciones de inferioridad y la injusticia de la desproporción excesiva en la prestación, todo lo cual no se observa en la presentación inicial incoada por el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, en el considerando de la S.D. N° 223 de fecha 02 de abril de 2012, indicó que “...conforme [...] al documento agregado a fs. 9/12 de autos, tenemos que el demandante, RICHARD ANDRÉS VAN HUMNBEECK ROMEI, ha concurrido y firmado el contrato de aparcería de fecha 06 de Enero de 2006 en calidad de propietario de la Finca N°3784 del Distrito de San Pedro del Ycuamandyjú, y no en su calidad de Vicepresidente de la firma demandada AGROGANADERA

GRALECAR S.A.” (sic.) Igualmente razonó que “...Efectivamente, y como se desprende del documento agregado a fs.9/12 de autos, el Juzgado ha constatado que concurrieron al acto y firma del contrato de aparcería de fecha 06 de Enero de 2006 solamente RUBÉN HERMINIO FARÍAS ISASI, en su carácter de Presidente del Directorio de la Firma demandada AGROGANADERA GRALECAR S.A., y VICENTE FERNANDO QUIÑÓNEZ INGOLOTTI, en su carácter de Director Titular; hecho este con el cual se demuestra claramente la violación de la citada cláusula séptima de los Estatutos Sociales de la firma demandada...”(sic.). Asimismo concluyó que “...ante tales hechos, tenemos que el contrato de aparcería de fecha 06 de Enero de 2006 (fs.9/12), carece de validez, desde el momento mismo de su firma, por la carencia de uno de sus elementos constitutivos esenciales; es decir, la firma del segundo Director de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., como lo exige la cláusula séptima de su referido Estatuto Social (fs. 691 y vlto/692), ya que por sí solos los señores RUBÉN HERMINIO FARÍAS ISASI, en su carácter de Presidente del Directorio, y VICENTE FERNANDO QUIÑÓNEZ INGOLOTTI, en su carácter de Director Titular; carecen de capacidad para obligar a la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A., y por tanto carecen de capacidad para contratar; y la falta de capacidad proviene de los propios estatutos de la firma demandada, específicamente de la cláusula séptima...”(sic.).

La impugnación de nulidad del contrato suscrito entre el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei y la firma Agroganadera Gralecar S.A. en fecha 06 de enero de 2006 puede resumirse en las siguientes objeciones: 1°) el contrato debió haber sido suscrito por tres miembros del directorio de la firma Agroganadera Gralecar S.A., conforme lo dispone la cláusula 7ª de los Estatutos Sociales, cuando que fue suscrito sólo por dos de los miembros de dicho directorio; 2°) las cláusulas primera y segunda del contrato violan lo dispuesto por los arts. 82 inc. b) y 83 de la ley 1863/02 –Estatuto Agrario-; 3°) ello le ocasiona una lesión enorme a la contratante.

Vemos pues que la pretensión nulificante del actor gira en torno de dos aspectos diferentes. Por un lado, alega la existencia de un vicio intrínseco en la formación del contrato, y por el otro, la lesión enorme ocasionada a su parte. Hemos, pues, de analizar separadamente ambos supuestos.

En primer lugar, estudiaremos las alegaciones del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei referentes a la existencia de un vicio intrínseco en la conformación del contrato.

Sabido es que todo acto jurídico posee la finalidad de producir ciertos y determinados efectos. Por tanto, serán en esos efectos donde eventualmente residirá su eficacia. Si el acto es instituido, produce sus efectos, y cumple con su objetivo, el negocio jurídico se extinguirá naturalmente. Si la dinámica del negocio jurídico es interrumpida, impidiendo que se lleve a cabo la finalidad prevista al tiempo de su institución, la terminación del negocio será anormal. El acto jurídico finalizará por una causa extraña al curso ordinario de su existencia.

Es así que los actos jurídicos no siempre producen los efectos previstos por las partes al tiempo de su celebración. Cuando el acto no produce los efectos que le son propios, el mismo es ineficaz. Esta ineficacia -entendida en el sentido amplio- puede tener su génesis en la misma formación del acto, o basarse en circunstancias sobrevinientes a su celebración. Se distinguen así la ineficacia estructural y la ineficacia funcional.

La ineficacia estructural se configura cuando el acto jurídico carece de uno de sus elementos esenciales, como consecuencia de un vicio que impide su adecuada constitución. Este es el caso de la nulidad, genéricamente considerada. La ineficacia funcional, contrariamente, no supone vicios en la formación del contrato que afecten su estructura, sino presenta inconvenientes en cuanto a la producción de sus efectos.

Serán así inválidos los negocios jurídicos en los que falte o se encuentre viciado alguno de sus elementos esenciales, o carezca de algunos de los presupuestos necesarios para el tipo de negocio de que se trate. La invalidez es la falta de idoneidad del negocio para producir sus efectos propios. Por otro lado, serán simplemente ineficaces los negocios jurídicos en los que, estando presente todos sus elementos esenciales y sus presupuestos propios de validez, impide su eficacia una circunstancia sobreviniente extrínseca al mismo.

El actor invoca la existencia de un vicio, a su decir, la ausencia de representación suficiente por parte de las personas que intervinieron en el contrato al que denominan de *aparcería*, por parte de la firma *Agroganadera Gralecár S.A.*, y su disconformidad con las disposiciones de sus estatutos sociales. En efecto, a fs. 729/730 de su escrito de promoción de demanda, los Abgs. Juan Vicente Ramírez Cataldo y Nelson Martínez N., representantes convencionales del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, textualmente expresaron “...es *NULO* porque el contrato de *aparcería* de fecha 06 de Enero de 2006 debió haber sido

suscripto por tres miembros del Directorio de AGROGANADERA GRALECAR S.A., según sus estatutos sociales. Sin embargo, y conforme consta en el contrato de aparcería de fecha 06 de Enero de 2006 que esta parte sostiene su nulidad, fue suscripto por sólo dos miembros del Directorio de la firma AGROGANADERA GRALECAR S.A.; y es decir, por los Señores RUBÉN HARMINIO FARIÁS ISASI, en su carácter de Presidente del Directorio de AGROGANADERA GRALECAR S.A., y VICENTE FERNANDO QUINÓNEZ INGOLOTTI, en su carácter de Director Titular..” (sic.).

Aquí resulta relevante hacer algunas disquisiciones respecto de la mal llamada representación legal, más propiamente denominada voluntad orgánica de la entidad, a fin de encuadrar correctamente lo que alega el actor.

Si bien el Cód. Civ. en su art. 346 y concordantes utiliza el término “representación”, la *ratio* de la normativa que guarda relación con la manifestación de la voluntad orgánica de las sociedades anónimas no es asimilable propiamente un mandato o a una representación. Los directores, en su carácter de administradores de las sociedades anónimas, constituyen un órgano propio de la sociedad.

En efecto, una sociedad anónima –como toda persona jurídica– no puede actuar sino mediante personas físicas. Dentro del espectro de la sociedad, dichas personas físicas integran distintos pero interdependientes grupos denominados órganos. Estos órganos poseen competencias específicas, pero ninguno de ellos se reputa igual a la sociedad. Órgano, en este sentido, es el instrumento apto para emitir declaración de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad (VERÓN, Alberto Víctor. 2008. *Tratado de las Sociedades Anónimas*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley S.A. Pág. 16).

Veamos, para un mayor entendimiento, las diferencias entre las superadas teorías del mandato y de la representación, y la vigente teoría del órgano.

Para el mandato, el directorio es un simple ejecutor de un conjunto de actos encomendados por la sociedad en su calidad de mandante. Para el órgano, el directorio es un elemento integrante de la sociedad misma y, consiguientemente, un elemento típico de la sociedad anónima. Efectivamente, el directorio es el órgano de la sociedad anónima, a través del cual ésta puede manifestar su voluntad sin que se suponga la vinculación por una relación contractual de mandato. Los administradores de una sociedad son personas que integran un

órgano necesario de la sociedad y que no pueden actuar aisladamente, es por ello que no puede atribuírseles la calidad de mandatarios.

Por su parte, entre la representación y el órgano, hay que diferenciar a la persona del representante y al órgano de la persona jurídica. La representación supone una separación entre las esferas jurídicas del representante y el representado, con el objeto de que parezca posible que el negocio produzca sus efectos en la persona de quien la realiza. El órgano está excluido de esa separación dado que éste no es una persona singular que pueda, abstractamente, realizar el negocio para sí mismo. En cuanto tal, carece de una individualidad jurídica propia, distinta, e independiente de la sociedad, con la cual forma un todo, y respecto de la cual son referidos sus actos como propios.

En suma, para la teoría del órgano, quien desempeña la función externa actuando en nombre de la sociedad no lo hace como representante –expresión empleada impropriamente por el Cód. Civ.– porque éste exterioriza su propia voluntad en nombre del representado obrando también en nombre de éste, sino como administrador o director integrante del órgano que manifiesta directamente la voluntad de la sociedad como persona jurídica actuando en nombre propio. Así, las personas jurídicas actúan mediante sus representantes orgánicos, quienes no expresan su voluntad, sino que son portadores de la voluntad del ente, de manera que la figura del órgano absorbe la del representante y el negocio se estipula, en forma directa, por el ente, a nombre propio (VERÓN, Alberto Víctor. 2008. *Tratado de las Sociedades Anónimas*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley S.A. Pág. 60). Es sabido que nuestro Cód. Civ., pese a la deficiente terminología que emplea, adscribe a la teoría del órgano en todo su desarrollo normativo. Así que ha de ser a la luz de ésta que se haga el análisis pertinente del caso sometido a examen.

Es menester traer a colación lo dispuesto por la cláusula 7ª de los estatutos sociales aquí aludidos. La misma literalmente expresa “...*Para obligar válidamente a la Sociedad para negocios de mas de Cincuenta millones de Guaraníes (G. 50.000.000) se requiere la firma del Presidente y de dos Directores, los que también serán socios fundadores, y en los casos de ausencia, renuncia o impedimento del Presidente, por el Vicepresidente y dos Directores...*” (sic.).

En dicho sentido, atendiendo las exposiciones del actor en su escrito inicial, las estipulaciones de la cláusula 7ª de los estatutos sociales y lo expuesto precedentemente, lo que aquí se alega es la violación de la disposición contenida en

el art. 1102 del Cód. Civ., es decir, la falta de conformación del órgano que, acorde con las disposiciones estatutarias, es capaz de expresar válidamente la voluntad de la sociedad según el negocio jurídico de que se trate. El art. 1102 del Cód. Civ. textualmente expresa *“La administración de la sociedad estará a cargo de uno o más directores designados por la asamblea ordinaria, cuando no lo hubieren sido en el acto constitutivo. Si se faculta a la asamblea para determinar su número, los estatutos especificarán el número mínimo y máximo permitido”*.

Así pues, dicha falta de suficiencia en la mal llamada representación legal, o más propiamente en la voluntad orgánica de la entidad, traería aparejada la consiguiente ausencia de expresión del consentimiento contractual necesario para obligar válidamente a la firma Agroganadera Gralecar S.A. En este sentido, podemos decir que aquí se invoca el incumplimiento del requisito esencial previsto en el inc. a) del art. 673 del Cód. Civ., el cual literalmente expresa que *“Son requisitos esenciales del contrato: a) el consentimiento o acuerdo de las partes...”*.

La firma Agroganadera Gralecar S.A., por su parte, considera el acto válido y proyecta su normal ejecución.

A renglón seguido debemos determinar la naturaleza de la invalidez que se aduce. Es decir, si la impugnación de invalidación se debe enmarcar en el esquema de los actos nulos o de los anulables.

En materia de nulidades, nuestro sistema legal distingue entre actos nulos y anulables. El acto será nulo cuando le falte alguno de sus elementos esenciales propios del tipo negocial respectivo o, cuando, atendiendo a las causas que lo originaron, fuere contrario a la ley –normas de orden público–. El acto será anulable, por su parte, cuando al tiempo de su celebración han existido defectos que viciaron la voluntad del agente, pero sin que los mismos impidan su efectivo otorgamiento, y cuya concreción afectó normas de interés privado vinculadas al negocio jurídico de que se trate.

En el *sub examine*, como se tiene dicho, se proyecta la nulidad –genéricamente considerada– del contrato de fecha 06 de enero de 2006, atendiendo al incumplimiento del requisito esencial previsto en el inc. a) del art. 673 del Cód. Civ. Ahora bien, debemos destacar que en el contrato impugnado no se evidencia una total falta o ausencia de voluntad negocial expresada, por parte de la firma Agroganadera Gralecar S.A., sino una deficiencia en la conformación de dicho consentimiento o voluntad orgánica. Es decir, no estamos ante la ausencia de un

requisito esencial –consentimiento–, sino ante un requisito esencial precariamente conformado.

Así, esa deficiencia en la manifestación válida del consentimiento redundará en un vicio que entra dentro de la órbita de los actos anulables. Hay que resaltar, por oportuno, que la enumeración casuística de los actos anulables prevista en el art. 385 del Cód. Civ. es meramente enunciativa o ejemplificativa, dado que también pueden ser sancionados con la invalidez todos los actos que se celebren con los defectos previstos en el concepto respectivo de la nulidad del acto anulable, y cuando dichos vicios vulneren normas dadas en exclusivo interés de los particulares (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El Acto Jurídico. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora S.A. Pág. 656).

En cuanto a la posibilidad de declaración de nulidad del acto viciado, los actos anulables se rigen por la segunda parte del art. 359 del Cód. Civ., el cual textualmente expresa que “*Cuando el acto es anulable, no podrá procederse sino a instancia de las personas designadas por la ley*”. Obvio es entonces que el actor Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei debe poseer interés suficiente, jurídicamente tutelable, para reclamar la nulidad –genéricamente considerada– que pretende.

En este orden de ideas, el *quid* radica en determinar si el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei posee interés suficiente para reclamar la nulidad del contrato de fecha 06 de enero de 2006.

Definido el punto, hemos de examinar dicho posible interés que, como vimos, es un requisito propio de toda declaración de nulidad o anulación.

Aquí es importante aclarar que, de las manifestaciones vertidas por el actor en su escrito de promoción de la demanda, no se advierte inequívocamente en qué calidad solicita la nulidad del contrato. Esta circunstancia obliga a este Tribunal a examinar el potencial interés del actor respecto de la nulidad considerando las tres hipótesis que *a priori* aparecen como posibles, según los hechos alegados. Ellas son: a) su calidad de parte del contrato; b) su calidad de socio –accionista– de la firma demandada y; c) su calidad de administrador –vicepresidente– de la susodicha firma.

Analizaremos primeramente el posible interés del actor respecto de la nulidad en su calidad de parte del contrato. El interés que el actor debe tener para alegar la nulidad de un acto anulable se encuentra definido, como vimos, por la segunda parte art. 359 del Cód. Civ., que procesalmente se refleja en la

norma del art. 99 del Cód. Proc. Civ., el cual claramente indica que el nulidicente debe intentar la protección de un interés propio a la hora de accionar. Este razonamiento es sustentado también por la jurisprudencia: *“No es admisible la nulidad de un acto jurídico cuando no existe un interés jurídico comprometido y cuando se invoca sólo por la nulidad misma”* (ED 27-414).

El Dr. Gauto Bejarano nos ilustra acerca de las personas que pueden valer-se de la nulidad de los actos anulables, expresando que *“cuando se trata de actos anulables, la acción le competirá solo a las personas designadas por la ley, con lo que se está aludiendo, obviamente, solo a la parte del acto perjudicada por el vicio de que se trate, con exclusión del Ministerio Público, ya que, en tal clase de nulidades, no existe vulneración de normas imperativas o de orden público”* *“Es, entonces, por aplicación de esa regla general en materia de actos anulables que, cuando se trata de vicios del consentimiento, solo la parte perjudicada está legitimada para invocar la nulidad”* (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El Acto Jurídico. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora S.A. Pág. 686).

Vemos pues que solo tienen interés para reclamar la nulidad del acto anulable por vicios en el consentimiento, la parte cuya declaración de voluntad fue perjudicada por el acto defectuoso.

Vayamos a la particular situación del Sr. Richard Andrés Van Humbeek Romei. El actor sustenta su pretensión, como ya se ha establecido, en el incumplimiento de las formalidades requeridas para obligar válidamente a la firma Agroganadera Gralecar S.A., en vistas a la ausencia de conformación orgánica suficiente de quienes suscribieran el contrato. Es entonces evidente que la parte cuya declaración de voluntad pudiera haber sido perjudicada por el acto defectuoso es la firma Agroganadera Gralecar S.A. El actor se encuentra, pues, invocando un vicio que habría afectado, no a su parte contractual, sino la voluntad de la firma demandada, conforme las disposiciones de la cláusula 7^a de los estatutos sociales. Esta circunstancia es a todas luces inadmisibles, toda vez que los vicios en la declaración de la voluntad del acto defectuoso sólo pueden ser invocados por la parte afectada, es decir, por aquella que vio perjudicada su expresión de voluntad, conforme lo ya argumentado *supra* y dispuesto por la segunda parte del art. 359 del Cód. Civ.

Por tanto, el Sr. Richard Andrés Van Humbeek Romei carece de interés para reclamar a título propio la nulidad en calidad de contraparte del contrato.

Analizaremos a continuación el posible interés del actor respecto de la nulidad en su calidad de socio –accionista- de la firma demandada. Aquí, a fin de determinar dicho interés, debemos considerar las acciones individuales que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los socios perjudicados por los actos de la sociedad anónima.

Las acciones societarias se diferencian por sus titulares y por el patrimonio afectado que tienden a resarcir. Se dividen, fundamentalmente, en la acción social y la acción individual.

La acción social tiende a obtener la reparación de los daños y perjuicios producidos al patrimonio social. En este sentido, su titular es la propia sociedad, sin perjuicio de que en determinados casos pueda ser ejercida por otros interesados con el mismo objetivo. Es la acción que tiene la sociedad como titular del patrimonio afectado, para obtener la reparación de los daños y perjuicios producidos por los administradores, previa resolución de la asamblea de accionistas. Tiene por objeto no sólo reparar los daños efectivamente causados a la sociedad, sino también las ganancias dejadas de percibir.

La acción individual, por su parte, tiende a obtener la reparación de los daños y perjuicios producidos a cualquier persona, sea un socio o un tercero. Por ello, es titular de esta acción cualquier persona que haya sido afectada directamente en su patrimonio personal por actos de los administradores. Tiene por objeto resarcir el daño directo al patrimonio individual, no así el daño indirecto, es decir, aquél que se produce por vía de consecuencia de una lesión al patrimonio societario. No se trata pues, de un daño indirecto e inmediato en el patrimonio de los socios, sino directo e inmediato, vale decir, protege solo intereses extraños a la sociedad –incluido el del socio en su carácter de persona con un centro de interés distinto de la sociedad.

Así pues, la acción individual es una acción independiente de la acción social, e implica que la sociedad no tenga intervención alguna en su planteamiento, en su desarrollo o en sus resultados.

En el caso de autos, se debe verificar si esta legitimación individual comprende la acción individual que pudiera tener un socio para reclamar la nulidad de un acto realizado por la sociedad.

Analizadas las disposiciones pertinentes del Cód. Civ., podemos constatar inequívocamente que la única acción individual que nuestro ordenamiento positivo reconoce a los socios de la sociedad anónima es la consagrada en el art.

1116. El citado artículo literalmente expresa *“Las disposiciones de los artículos anteriores no perjudican el derecho al resarcimiento del daño del socio o del tercero que hayan sido directamente perjudicado por actos culposos o dolosos de los administradores”*.

Dos consideraciones merecen ser señaladas en relación con el mentado art. 1116 del Cód. Civ. En primer lugar, cuando nuestro código dispone que *“Las disposiciones de los artículos anteriores no perjudican...”*, se está refiriendo a la acción social por responsabilidad de administradores tutelada en los arts. 1111, 1112, 1113, 1114 y 1115. En segundo lugar, vemos que la acción individual amparada en el art. 1116 es de naturaleza resarcitoria, al disponer que *“...el derecho al resarcimiento del daño del socio o del tercero...”*.

El art. 1116 del Cód. Civ. encuentra su fuente en el art. 1723 del Anteproyecto de De Gásperi y en el art. 2395 del Cód. Civ. Italiano. Al respecto, el ilustre Messineo expone que *“Acción separada corresponde al socio singular, o al tercero, que haya sido perjudicado directamente por los administradores (o sea, por actividad culposa o dolosa) que afecta al socio singular o al tercero (art. 2395) sin que haya habido daño para la sociedad; aquí el daño del socio o del tercero depende de actividad del administrador extraña a la administrativa”* (MESSINEO, Francesco. 1979. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo V. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 476). No se trata, pues, en ningún caso, de una acción para provocar la declaración de nulidad de los actos o negocios jurídicos realizados por la sociedad.

Así las cosas, podemos aseverar que en nuestro ordenamiento jurídico positivo no existe una acción individual que legitime a un socio para promover una demanda de nulidad contra un acto de la sociedad anónima.

Igualmente, y sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, es importante considerar otra circunstancia. Ella guarda relación con lo dispuesto por el art. 1095 del Cód. Civ., el cual textualmente expresa *“El accionista o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene la obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”*.

En efecto, la *ratio legis* del articulado transcrito radica en evitar la participación de los socios en las deliberaciones que atañen a las operaciones en los

que estos tengan intereses contrapuestos a los de la sociedad, que pudieran generar conflicto de intereses.

El conflicto de interés se manifiesta cuando el interés social resulta divergente del interés individual. En otras palabras, consiste en aquella posición divergente entre el interés social y la posición del socio, de modo que resulte imposible satisfacer de manera simultánea ambos intereses, pues la consecución de uno representa el sacrificio del otro y viceversa.

Ello se encuadra en la particular situación debatida en estos autos, donde un socio de la sociedad anónima pretende la nulidad de un contrato suscrito entre la propia sociedad y él mismo en calidad de particular. En efecto, conforme lo hemos manifestado líneas arriba, el actor reclama la nulidad del contrato, mientras que la sociedad demandada proyecta su normal ejecución.

Así las cosas, el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei tiene un evidente interés contrario a la firma Agroganadera Gralecar S.A. respecto del contrato de fecha 06 de enero de 2006.

Se concluye que Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei carece de interés, jurídicamente tutelado, para reclamar la nulidad del contrato en calidad de socio de la firma Agroganadera Gralecar S.A.

Analizaremos ahora el posible interés del actor respecto de la nulidad en su calidad de administrador –vicepresidente– de la firma demandada. Aquí debemos aclarar que el potencial interés que podría tener el administrador de una sociedad anónima en la declaración de nulidad de un contrato –viciado– suscrito por la sociedad, radica en evitar las eventuales acciones por responsabilidad que en su contra se pudieran incoar. Es decir, en busca de deslindar potenciales responsabilidades ulteriores que pudieran recaer sobre su persona, por su investidura, en razón del acto viciado.

Ahora bien, en el caso marras debemos considerar que el administrador –vicepresidente– Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei suscribió el contrato de fecha 06 de enero de 2006 en calidad de particular, y no como director de la firma Agroganadera Gralecar S.A. Entonces, resta, pues, por determinar si un administrador puede reclamar la nulidad de un contrato en el que no participó, con miras a evitar eventuales acciones de responsabilidad de administradores. En primer término debemos decir que es el directorio como colectividad quien detenta la calidad de órgano supremo de administración, y no cada uno de los directores de manera aislada. En un directorio plural de una sociedad anónima,

que actúa colegiadamente, la representación o actuación orgánica no es atribuible a cada director sino al órgano en su conjunto. Los directores que se desempeñan en el ámbito de las funciones del órgano de administración expresan la voluntad social y obligan a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto. Así, cuando el directorio, cualesquiera que sean las motivaciones gravitantes en su designación o los grupos de accionistas a cuya mayoría responde su elección, determina políticas a seguir en la administración o fija pautas para su conducción, éstas no son las de un directorio en particular, sino las de la propia sociedad por medio del órgano competente para ello (VERÓN, Alberto Víctor. 2008. *Tratado de las Sociedades Anónimas*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley S.A. Pág. 65).

Es por ello que no puede hablarse de una responsabilidad del directorio como órgano. En efecto, el directorio no es una persona jurídica a la que se puedan imputar obligaciones. Son los directores, personas físicas independientes entre sí, los encargados de llevar adelante la administración y la representación de la sociedad. Así, pese a la actuación colegiada, los deberes de diligencia y la consecuente responsabilidad recaen sobre cada uno de ellos separadamente y no se trasladan a los demás. En estas circunstancias, el directorio como órgano colegiado posibilita la imputación personal a los directores por los daños causados por la decisión adoptada por la mayoría, sin alterar el carácter de personal de la responsabilidad de los administradores, que deriva del incumplimiento de sus respectivos deberes.

Vemos, pues, que al ser individual la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, surge patente que aquéllos que no participaron en la conformación de un contrato –viciado- en nombre de la sociedad, carecen de interés para impugnar su nulidad. Ello así, porque la eventual responsabilidad que podría derivar del otorgamiento de un acto jurídico que estuviese viciado de nulidad recaería únicamente en cabeza de los directores que participaron en el acto y en la conformación de la voluntad inválida.

Entonces, al no haber suscripto el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei en carácter de director de la firma Agroganadera Gralecar S.A. el contrato de fecha 06 de enero de 2006, carece de interés aún indirecto para reclamar su nulidad en calidad de administrador de la firma Agroganadera Gralecar S.A.

Por tanto, se concluye que en cualesquiera de sus tres calidades el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei carece de interés alguno para impugnar de nulidad el contrato de fecha 06 de enero de 2006.

Igualmente, y sin perjuicio de todo lo expuesto precedentemente, no podemos soslayar otra circunstancia que merece especial consideración. Ella guarda relación con la posibilidad de convalidar el defecto de conformación y expresión idónea de la voluntad social.

La confirmación es el acto en virtud del cual se sanean los vicios nulificantes que afectaron un acto anterior. Tienen interés jurídicamente tutelable para reparar el vicio, los perjudicados por la nulidad. Efectivamente, el art. 366 del Cód. Civ. literalmente expresa *“Se tendrá por confirmado un acto anulable cuando por otro válido, quien tuviere el derecho para pedir la anulación, hiciere desaparecer los vicios, siempre que lo realizare después de cesar la incapacidad o defecto de que provenía la invalidez”*.

La confirmación puede ser expresa o tácita. La confirmación es expresa cuando la parte afectada por la nulidad otorga otro acto posterior, en el que especifica cuál ha sido el acto vulnerado, el vicio consumado en su perjuicio y su decisión de sanearlo o convalidarlo. La misma forma que revestía el acto viciado debe ser utilizada para otorgar la confirmación expresa. La confirmación tácita tiene lugar cuando el afectado por la nulidad ejecuta el acto o ejercita el derecho que de él deriva. En estos casos se habla de una confirmación de hecho, dado que de otra manera no se habría realizado el acto (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El Acto Jurídico. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora S.A. Pág. 684). Ello se encuentra consagrado en el art. 367 del Cód. Civ., el cual textualmente expresa *“La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad, la substancia del acto que se quiere confirmar, el vicio de que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo”*.

Además, refuerza la tesis de la confirmación de los actos viciados, el hecho de que en nuestra jurisprudencia más autorizada ha desaparecido la clasificación de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, permitiendo, incluso, convalidar los actos nulos, en determinados casos, atendiendo la índole del vicio. Así, se ha dicho que *“en nuestro derecho, desapareció, como clasificación expresa establecida por el derecho positivo, la categoría de la nulidad absoluta, matriz de donde deriva la norma del art. 359 del CC. En otras palabras, dicha norma resultaba, en el sistema del Código de Vélez, del que proviene, la consecuencia lógica de dicha categoría conceptual, que resultaba acotada, y nótese lo importante de la distinción, ‘fundamentalmente (y en razón del interés general -o*

público- y del interés privado que respectivamente informa la invalidez) a los legitimados para demandar' (Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Buenos Aires, Astrea, 1ª ed., 2000, p. 210). Lógica consecuencia de ello es que la nulidad absoluta, en los términos del art. 1047 del Código de Vélez, guarda relación con el interés general, es decir, con el interés de la moral o de la Ley; mientras que la nulidad relativa protege intereses esencialmente particulares" "desaparecida esa clasificación expresa -la de la nulidad absoluta y relativa, entiéndase- en nuestro derecho positivo, la inteligencia del art. 359 del CC debe acotarse e interpretarse caso por caso, atendiendo a la índole de la nulidad alegada, que puede resultar convalidable o no, de acuerdo al tenor del vicio. Si se tratare de un vicio convalidable, el interés mencionado debe ser siempre personal, propio de quien pretende alegar la nulidad; interés que, como es claro, debe ser jurídicamente tutelable. No es otro el entendimiento de la doctrina nacional, para la cual "Terceros interesados en la nulidad son aquellos que pueden, por cualquier motivo, valerse de la nulidad' (Gauto Bejarano, Marcelino. El Acto Jurídico (Hechos y Actos Jurídicos). Intercontinental, Asunción, 2010, 1ª ed., p. 686). En nuestro sistema, pues, la legitimación para alegar la nulidad y la convalidabilidad o no del vicio, en ausencia de categoría expresa que norme dichas cuestiones, han de ser analizadas caso por caso, atentos a la índole del vicio" "Esto se refuerza cuando se comprueba que, en primer término, no son actos nulos solamente los indicados en el art. 357 del CC, ya que el art. 355 del mismo cuerpo legal admite expresamente las nulidades implícitas en otras disposiciones del Código. Pero incluso de una lectura de las solas causales del art. 357 se comprueba que las mismas no siempre protegen un interés general, o se relacionan con el orden público. No puede esto predicarse, por ejemplo, de la nulidad por vicio de forma (art. 357 inc. d), que se relaciona exclusivamente con el interés de las partes y que es obviamente subsanable por vía de confirmación, con el efecto del art. 371 del CC, donde resalta la retroactividad" (A. y S. N° 321. 03/06/2011. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial. Causa: Richard Andrés Van Humbeeck c/ Agroganadera Gralecar S.A. y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico. PY/JUR/301/2011).

En cuanto al caso que nos atañe, como se dijera, el incumplimiento de las formalidades requeridas para obligar válidamente a la firma Agroganadera Gralecar S.A. –consentimiento válidamente expresado por todos los miembros del colegiado estatutario–, en vistas a la ausencia de representación orgánica

suficiente de los suscriptores del contrato, responde a un interés propio de la sociedad, y por ende plenamente subsanable por la vía de la convalidación o ratificación emanadas de la misma entidad.

Veamos, entonces, si el contrato de fecha 06 de enero de 2006 fue confirmado expresa o tácitamente por la firma demandada.

En primer lugar, cobra especial relevancia el Acta de Directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006, obrante a fs. 745/746 de autos, de donde se puede constatar que el llamado contrato de aparcería fue ratificado por un tercer Miembro del Directorio, Sr. Klaas Friesen Neustaeter, con los alcances de los arts. 347 y 371 del Cód. Civ. Independientemente de la denominación que le han dado los otorgantes, se trata aquí más propiamente de un acto de convalidación. En efecto, la ratificación es una declaración de voluntad posterior al acto celebrado, mediante la cual se sana el vicio de falta de apoderamiento o de apoderamiento deficiente. Como podemos ver la idea de la ratificación se inscribe dentro de la tesis de la representación, pero es impropia, no solo porque en nuestro derecho rige la teoría del órgano social, sino porque, en todo caso, la ratificación debe provenir de la persona representada —en el caso, la sociedad Agroganadera Gralecar S.A.— y no de las personas integrantes del directorio.

Empero, y con las precisiones precedentes, se puede concluir que la mencionada Acta de Directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006 es suficiente demostración de la evidente convalidación del contrato de fecha 06 de enero de 2006, con todos los efectos del mencionado art. 371 del Cód. Civ.

La alegación del actor en cuanto a la impropiedad —y consiguiente ineficacia— de la forma de convalidación del contrato, carece de asidero. El actor sostiene que la convalidación debía haber sido realizada por escritura pública, a tenor de lo dispuesto por el art. 369 del Cód. Civ., dado que el contrato fue agregado a la Carpeta Fiscal 6349/06. En efecto, la convalidación realizada mediante el Acta de Directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006 fue efectuada con anterioridad a que el contrato en cuestión fuera agregado a la carpeta fiscal. Por otra parte, la agregación del acta de marras a la carpeta fiscal solo le da fecha cierta, no cambia su tenor sustancial de acto privado.

Así pues, mediante el Acta de Directorio N° 10 de fecha 10 de febrero de 2006, se ha producido la confirmación expresa del contrato de fecha 06 de enero de 2006.

En segundo lugar, cobra relevancia el hecho de que la firma demandada Agroganadera Gralecar S.A., quien tiene el interés jurídicamente tutelable para

reclamar la nulidad del contrato de fecha 06 de enero de 2006, considera al mismo válido y ha proyectado su normal ejecución, oponiéndose expresamente a su invalidación. Efectivamente, el susodicho contrato fue ejecutado aparentemente de manera normal, hasta la fecha de promoción de la presente demanda, es decir, por un periodo de 10 meses. Así pues, se ha operado también la confirmación tácita del contrato de fecha 06 de enero de 2006.

En consecuencia, atendiendo a las manifestaciones vertidas en los párrafos precedentes, el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck carece de interés jurídicamente tutelable para demandar la nulidad del contrato de fecha 06 de enero de 2006 invocando la existencia de un vicio intrínseco y por ende la pretensión anulatoria propuesta no puede ser acogida.

A continuación, estudiaremos las alegaciones del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei referentes a la argüida lesión enorme que el contrato supuestamente ocasionó a su parte.

Nuevamente, a fin de delimitar el marco de discusión y ordenar el examen, habremos de proceder a una exposición de las argumentaciones vertidas por las partes en sus escritos de demanda y conteste.

Los representantes convencionales del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, en su escrito de promoción de la demanda obrante a fs. 727/737 de autos, manifestaron que el contrato de aparcería suscrito entre su mandante y la firma Agroganadera Gralecar S.A. es también nulo por expresa aplicación de lo dispuesto en el art. 87 de la Ley 1863/02 –Estatuto Agrario– puesto que las cláusulas primera y segunda de dicho contrato violan lo dispuesto en los arts. 82 inc. b) y 83 de la mencionada ley. Expresaron que conforme con la cláusula primera del contrato de aparcería de fecha 06 de enero de 2006, su poderdante da en aparcería a la firma Agroganadera Gralecar S.A. 750 hectáreas de su propiedad inmueble individualizada como Finca N° 3784, Padrón 4271, del Distrito de Tacuaty; y por dicho acto la firma Agroganadera Gralecar S.A. debió pagar a su mandante un canon anual en dinero o en productos, según el art. 82 inc. b) de la Ley 1863/02, situación que no ha sido prevista en la cláusula primera ni en ninguna de las cláusulas del mencionado contrato. Sostuvieron que conforme con la cláusula segunda del contrato de aparcería de fecha 06 de enero de 2006, su poderdante se obligó a introducir a dicho inmueble 1500 cabezas de ganado por año para engorde por confinamiento; y por dicho acto la firma Agroganadera Gralecar S.A. debió también pagar a su mandante un canon anual en dinero o

en productos, según el art. 82 inc. b) de la Ley 1863/02, situación tampoco prevista en la cláusula segunda ni en ninguna de las cláusulas del mencionado contrato. Arguyeron que al ser nulas las cláusulas primera y segunda del contrato de aparcería de fecha 06 de enero de 2006, el mismo queda sin objeto, requisito éste esencial de todo contrato, conforme lo establece el art. 673 inc. b) del Cód. Civ.

El representante convencional de la firma Agroganadera Galecar S.A., en su escrito de contestación de la demanda obrante a fs. 751/762 de autos, manifestó que la vinculación entre las partes se venía desarrollando desde dos años atrás, y que el contrato de aparcería, al no determinar en forma concreta el canon que debía recibir el propietario, de forma alguna vulnera los derechos de los intervinientes, pues el contrato de aparcería fue prácticamente la continuidad de un contrato de arrendamiento suscrito anteriormente por las mismas partes, ya que ambos negocios se celebraron con el objeto de cumplir con los propósitos de la firma, y de mejorar las condiciones de infraestructura del lugar para que la Agroganadera Galecar S.A. obtenga mayores beneficios económicos. Expresó que al haberse suscrito dichos contratos, las partes sabían cabalmente de qué se trataba el negocio convenido, y con qué objetivos se realizaba, por lo que si así se redactaron las cláusulas, fue porque así lo quisieron las partes, y no precisamente por desconocimiento, inexperiencia, ligereza o necesidad de éstas. Sostuvo que aun cuando no se haya expresado específicamente lo referente al canon en las cláusulas del Contrato de Aparcería, sin embargo, de la lectura integral de dicho documento, se aprecia que la firma Agroganadera Galecar S.A. realizó innumerables, cuantiosas y costosas inversiones en la finca del propietario, lo que indudablemente demuestra la onerosidad del contrato, que es el fin querido por la ley, y con ello la reciprocidad de ganancias que obtendrían una y otra parte.

Así, podemos observar que el actor argumenta la lesión en la circunstancia de que el contrato llamado de aparcería suscrito entre su parte y la firma Agroganadera Galecar S.A. no contempló el canon que debía percibir por el inmueble dado en aparcería, violando lo dispuesto por los arts. 82 inc. b) y 83 del Estatuto Agrario. Se impone aquí realizar algunas precisiones acerca del encuadre jurídico que se le debe dar a esta pretensión nulificante sometida al arbitrio de este Tribunal.

Examinadas las argumentaciones expuestas, surge que si bien el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei arguye que el contrato denominado de

aparcería le ocasionó una lesión enorme a su parte, no obstante ello, fundamenta su pretensión nulificante en el incumplimiento de lo prescripto por el art. 82 inc. b) del Estatuto Agrario, es decir, en la ausencia de uno de sus presupuestos esenciales o intrínsecos del tipo contractual que nos ocupa –contrato aparentemente de aparcería. Ello, indudablemente, redundaría en la carencia de objeto del contrato.

Entonces, en puridad, vemos que el actor, si bien enuncia la lesión enorme, la fundamenta empero en la ausencia de uno de los presupuestos esenciales del contrato llamado de aparcería, el incumplimiento de lo dispuesto por los arts. 82 inc. b) y 83 del Estatuto Agrario, lo cual conllevaría la carencia de objeto.

Como ya lo vimos *supra*, la invalidez alegada sería aquí, nuevamente, estructural, pero su efecto sería la nulidad del acto, no simplemente su mera anulabilidad. La validez del negocio está subordinada a la conjunción de los elementos esenciales y necesarios. Surge de ello que la falta de dichos requisitos en el acto provocan inevitablemente su nulidad.

La nulidad se configura, pues, cuando al acto jurídico le falten alguno de sus elementos esenciales o alguno de los presupuestos propios del tipo de negocio de que se trate, o cuando, considerando las causas que lo originaron, fuese contrario a la ley. El acto jurídico que carece de algún elemento constitutivo está desprovisto de todo efecto jurídico. A consecuencia de ello, ninguna de las partes adquiere derechos ni contrae obligaciones respecto de un contrato que este sancionado con la nulidad.

Son elementos esenciales aquellos cuya concurrencia es imprescindible para la existencia de todo acto jurídico. Es decir, son los elementos que constituyen la esencia del acto, en el sentido de que el mismo no puede formarse válidamente sin ellos, por disposición de la ley. Son aquellos impuestos por la ley para todo negocio jurídico. El objeto –elemento imprescindible para la existencia y validez del acto jurídico– es el contenido de las prestaciones, materia del acto. El objeto del negocio jurídico está constituido por los intereses regulados.

Adquieren pues capital importancia las cláusulas del contrato aparentemente de aparcería estipuladas por las partes.

Analizado minuciosamente el contrato en cuestión, podemos aseverar que efectivamente en el mismo no se contempló un canon a ser percibido por el propietario del inmueble como contraprestación de la prestación del fundo otorgado en contrato. Ahora bien, ello no necesariamente implica ineluctablemente inexistencia de objeto y la subsiguiente nulidad del contrato.

En efecto, sabido es que la denominación que las partes den al contrato no tiene efecto vinculante *per se*. Así, al contrato se lo juzgará por su verdadera naturaleza y conforme con las circunstancias, sin perjuicio de lo que esa designación pudiera sugerir.

La calificación de un negocio contractual consiste en ubicarlo dentro de las categorías generales definidas por la ley, si tienen tipicidad, o dentro de las elaboradas por la doctrina, si no la tienen. Esta calificación es un procedimiento de técnica jurídica que no depende, claro está, de la designación que las partes hayan dado al contrato (ALTERINI, Atilio Aníbal. 1999. *Contratos. Civiles-Comerciales-De Consumo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 417).

La libertad de contratar consiste primeramente en la posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contratar y, en caso de contratar, de elegir con quien contrata. Como el contrato supone un acuerdo de voluntades, es obvio que a él sólo puede llegarse por el ejercicio que cada contratante hace de esta libertad (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. 1997. *Teoría de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Zavalía. Pág. 147/150). Por otra parte, la libertad contractual importa también la posibilidad de determinar el contenido del contrato. Ella encuentra su protección legislativa en lo dispuesto por el art. 669 del Cód. Civ., el cual literalmente expresa que *“Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”*.

Así, en ejercicio de esa libertad contractual, las partes eligen uno de los tipos contractuales, o entran en el terreno de la más variada atipicidad, dado que la ley también protege los contratos innominados. El art. 670 del Cód. Civ. textualmente expresa que *“Las reglas de este título serán aplicables a todos los contratos. Los innominados se regirán por las disposiciones relativas a los nominados con los que tuvieren más analogía”*.

La cláusula primera de contrato llamado de aparcería, obrante a fs. 9/12 de autos, literalmente expresa que ***“EL PROPIETARIO, da en Aparcería al APARCERO una fracción de su propiedad situada en el Distrito de TACUATY, lugar denominado RANCHO 75, CON UNA SUPERFICIE DE 2279 Hás con Finca N° 3784, Padrón N° 4271, de las cuales se dan en Aparcería 750 Hás, individualizada en el plano que se adjunta”*** (sic.) (las negritas son propias).

Asimismo, la cláusula segunda del mencionado contrato textualmente expresa que ***“Como contraprestación el PROPIETARIO introducirá en el***

inmueble individualizado hasta un máximo de 1500 cabezas de ganado por año (propias o de terceros) para engorde por confinamiento, debiendo el APARCERO hacerse cargo de la alimentación, cuidados y sanitación de los animales” (sic.) (las negritas son propias).

En efecto, las cláusulas primera y segunda del contrato contemplan las principales prestaciones y contraprestaciones asumidas por el propietario del terreno, Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei, y por la firma Agroganadera Gralecar S.A.

Las cláusulas siguientes estipulan acerca de las obligaciones accesorias asumidas por las partes como consecuencia de la cesión de uso hecha por el propietario y el uso atribuido a la firma.

Así pues, surge de las estipulaciones del contrato que el propietario Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei se obligó –principalmente– a otorgar en uso una fracción de su terreno a la firma Agroganadera Gralecar S.A., mientras que ésta se obligó –principalmente– a alimentar, cuidar y sanitar a los animales introducidos por aquél para su engorde por confinamiento. Es decir, la contraprestación pactada en favor del propietario gira en torno de la facultad de introducir a la fracción del terreno otorgado a la firma hasta un máximo de 1500 cabezas de ganado, sobre el cual la Agroganadera Gralecar S.A. debía aplicar su actividad ganadera –engorde por confinamiento–, con medios e insumos propios.

Esta es la verdadera mecánica del contrato suscripto entre el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei y la firma Agroganadera Gralecar S.A. en fecha 06 de enero de 2006. En virtud del principio *iura novit curia* el juez tiene la facultad de efectuar el encuadre correcto y aplicar el régimen jurídico pertinente, independientemente del señalado o aludido por las partes. No nos encontramos frente a un contrato de aparcería, es obvio, pero nos encontramos ante un contrato de los llamados innominados. Y por ende no puede decirse que el contrato carezca de objeto. Este factor de nulidad debe, pues, ser descartado.

Otra cosa es que las prestaciones sean equivalentes o equilibradas en orden a su conmutatividad. En esta tesitura, el análisis de la pretensión nulificante del Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei que guarda relación con la supuesta lesión enorme, deberá necesariamente ser reencausada atendiendo a las prestaciones y contraprestaciones pactadas, y apropiadamente encuadradas en el marco jurídico pertinente, que, como vimos, ya no será el de la aparcería.

En este orden de ideas, el *quid* radica en determinar si el contrato innominado de fecha 06 de enero de 2006 es o no nulo por configurarse una lesión enorme a una de las partes –actora–, a tenor de las cláusulas del contrato, los argumentos vertidos por las partes y de la legislación aplicable.

Sabido es que lo que las partes estatuyen es ley. Ello se encuentra consagrado por el art. 715 del Cód. Civ., el cual literalmente expresa que *“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 esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”*. Pero el Derecho no permite que el contrato, instituido para ser vehículo de comunicación jurídica entre los hombres, sea instrumentado como medio de explotación. De allí el dispositivo del art. 671 del Cód. Civ., el cual textualmente expresa que *“Si uno de los contratantes obtiene un ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación”*.

En una perspectiva amplia, la lesión se define como el daño que resulta para una de las partes en un contrato a título oneroso, por la falta de equivalencia o el desequilibrio entre las prestaciones impuestas por el negocio jurídico.

Existen en la lesión dos condiciones esenciales para su procedencia: 1°) la desproporción entre las prestaciones –elemento objetivo– y; 2°) la explotación de la condición del cocontratante, a saber: inexperiencia, ligereza o necesidad –elemento subjetivo–.

El requisito objetivo exige que se provoque un desequilibrio cuantitativamente importante entre las respectivas prestaciones de las partes. Lo que una de las partes da, hace o deja de hacer, debe guardar armonía o proporción con lo que la otra parte, a su vez, da, hace o deja de hacer; es ese el equilibrio contractual que busca el art. 671 de nuestro código de fondo. Y además de acentuada, la desigualdad o desproporción entre las prestaciones debe resultar injustificable y manifiesta.

El requisito subjetivo debe ser contemplado desde dos perspectivas. La situación de necesidad, inexperiencia o ligereza que padece la víctima, por un

lado y; la actitud del lesionante de aprovechamiento o explotación de aquella situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte, por el otro. Este requisito subjetivo se ampara en una regla de presunción, cuando la desproporción de las prestaciones recíprocas es notable. Así, la desproporción permite deducir que una de las partes se ha aprovechado de la otra parte, ha obtenido ventajas excesivas para sí misma, sin relación con los sacrificios que ha asumido. La demostración de la “...*desproporción entre las prestaciones...*” –art. 671 del Cód. Civ.– surge como eje primario de la acción. Del hecho económico se pasa al hecho ético; del desequilibrio al aprovechamiento. La lesión aparece proscripta por razón del aspecto subjetivo, aunque parte del objetivo.

El instituto de la lesión se presenta así como un remedio de excepción aplicable sólo en casos extraordinarios, cuando mediante un acto jurídico se consuma un verdadero despojo; debe ser empleado con suma prudencia, porque están en juego los principios de la autoridad de los contratos y de la estabilidad de las relaciones jurídicas, que sin duda interesan de sobremanera al derecho.

El lesionado tiene previstas en su favor y a su elección las acciones de nulidad y la de modificación del acto jurídico.

Así, son condiciones para ejercer la acción respectiva a la lesión –de nulidad o de modificación– conforme los términos del art. 671 del cód. Civ., que: 1° se trate, en principio, de contratos bilaterales; 2° exista desproporción notable entre los valores económicos de las respectivas prestaciones del contrato bilateral; 3° la aludida desproporción se haya producido por causa de la explotación o aprovechamiento del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de uno de los contratantes; 4° la injustificación de la desproporción; 5° la lesión se haya producido al tiempo de la celebración del acto; 6° la desproporción subsista al tiempo de promoverse la demanda y; 7° se ejercite la acción dentro del plazo establecido por la ley (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El Acto Jurídico. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora S.A. Pág. 588/589).

En principio, un somero análisis nos lleva a suponer –vinculando las manifestaciones vertidas por el actor con las condiciones necesarias para la procedencia de la acción de nulidad por lesión– que el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck Romei aparentemente estaría fundando su pretensión –únicamente, se aclara– en la configuración del requisito objetivo. En efecto, el actor cuestiona solamente las prestaciones y contraprestaciones pactadas en el contrato de

fecha 06 de enero de 2006; nada dice respecto del elemento subjetivo necesario para la procedencia de la acción de nulidad por lesión. Recordemos que la acreditación del elemento objetivo de la desproporción es que permite aplicar la presunción establecida en el mentado art. 671 del Cód. Civ., e invertir la carga de la prueba sobre el demandado. Pero ello no se ha dado en esta causa.

Así, de las constancias de autos podemos constar que el actor no ha acreditado en lo más mínimo el cumplimiento de los presupuestos para la configuración de la argüida lesión enorme, principiando por el susodicho elemento objetivo. No existen en autos argumentos o actividad probatoria alguna que señalen la desproporción entre las dos prestaciones identificadas como intereses contractuales de cada parte. Mucho menos existen elementos que señalen la configuración del elemento subjetivo, toda vez que el mismo ni siquiera ha sido aludido. El órgano jurisdiccional puede suplir el derecho, pero no los hechos ni su prueba.

Estas circunstancias hacen que el instituto de la lesión invocado como vicio nulificante del contrato en cuestión no pueda ser admitido.

Así las cosas, no puede declararse la nulidad del contrato de fecha 06 de enero de 2006 suscripto en fecha 06 de enero de 2006 entre el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck y la firma Agroganadera Gralecar S.A. por ninguno de los vicios alegado por la actora.

En conclusión, corresponde revocar la sentencia recurrida y, en consecuencia, rechazar la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck contra la firma Agroganadera Gralecar S.A.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición, en ambas instancias, a la parte actora y perdidosa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por 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.

REVOCAR la sentencia recurrida y, en consecuencia, rechazar la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck contra la firma Agroganadera Gralecar S.A.

IMPONER las costas, en ambas instancias, a la parte actora y perdidosa.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 95

Cuestión debatida: *La cuestión planteada consiste en una demanda sobre enriquecimiento sin causa promovida en virtud de inversiones en obras edilicias con el propio dinero del actor en beneficio del club demandado, estando varias obras afincadas en propiedad de la comuna capitalina.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Existe una asamblea general extraordinaria donde se reconoce en el actor la calidad de realizador de las mejoras con su patrimonio personal.

Si bien el hoy actor no poseyó nunca las mejoras, ya que las ejecutó para el uso del club, esto no impide que se le abone el importe que desembolso para su realización (lo que será materia de otro juicio, tal como acertadamente lo expuso la A-quo), siendo por ende inobjetable su legitimación activa. Para el cobro de las mejoras no es necesario poseerlas, sino haberlas realizado con patrimonio propio. (Voto en mayoría de Villalba Fernández y Paiva Valdovinos)

LEGITIMACIÓN ACTIVA.

De los artículos 1984, 1986, 2422 y 2431 del Cód. Civ. se desprende que la legitimación sustancial activa para el reclamo del crédito por mejoras recae sobre el poseedor del fundo mejorado. La posesión, ocupación o tenencia de las cosas puede ser ejercida en forma personal, directa o inmediata por el poseedor, o a través de otra persona, la cual se constituye en instrumento de la posesión por otro. A las personas jurídicas, como entes de existencia ideal, no les queda otra alternativa más que adquirir o ejercer la posesión a través de sus órganos

estatutarios o representantes legales, conforme con lo dispuesto por los arts. 96, 97 y 1923 *in fine* del Cód. Civil. Por ello, si bien las construcciones o mejoras que el actor solventó son actos posesorios en los términos de 1933 del Cód. Civil, no son actos posesorios personales y al actor no puede reconocérsele la calidad de poseedor, sino de mero instrumento posesorio de otro. (Voto en minoría de Buongermini Palumbo)

MANDATO EXPRESO O TÁCITO.

Si el club interpreta que no existe mandato expreso por haberse violado la normativa social que impone los procedimientos a ser observados para la realización de obras de mucha importancia, ello no es óbice para la existencia de un mandato tácito, que se revela por la inacción del CNR El Mbigua ante el evidente conocimiento de que el actor estaba encarando la realización de importantes obras solventadas con su patrimonio en el predio de la institución, sin que haya impedido, pudiendo razonablemente hacerlo –art. 880, 2ª parte, del Cód. Civil–. Aún si consideráramos las disposiciones estatutarias del CNR El Mbigua que establecen o marcan puntualmente el procedimiento para la realización de obras o inversiones de mucha importancia, como una prohibición expresa del mandante –CNR El Mbiguá– aún así sería aplicable la normativa sentada por el art. 900 inc. “a” del Cód. Civil, ya que el mandante –CNR El Mbiguá– por lo posición asumida a lo largo del conflicto y en este proceso no rechaza las obras, sino que obviamente la desea. (Voto de Buongermini Palumbo)

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala 06/09/13 “ABRAHAM ZAPAG C/ CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ Y MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS”. (Ac. y Sent. Nº 95).

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 PAIVA VALDOVINOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN, representada por la Abogada NELLY CABRERA BOGGINO, en su presentación de fs. 640/643 no ha fundado el recurso de nulidad por ella interpuesto. Por su parte el CLUB NA-

CIONAL DE REGATAS MBIGUÁ, representada por el Dr. ERNESTO BATSCHEK BRYANZEFF, en su escrito de fs. 666/677 desistió expresamente del mismo. Y dado, que no se advierte en la sentencia recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde declarar desierto y tener por desistido respectivamente, a los mencionados recurrentes del recurso de nulidad.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: La Abog. Nelly Cabrera Boggino, en su presentación de fs. 640/643, no ha fundado el recurso de nulidad por ella interpuesto. Por su parte, el Dr. Ernesto Batschek Bryanzeff, en su escrito de fs. 666/677, desiste expresamente del recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Jorge García Gini. Y, dado que no se advierte en la sentencia recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde declarar desierto y tener por desistido, respectivamente, a los mencionados recurrentes del recurso de nulidad.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAIVA VALDOVINOS, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto del preopinante Dr. Neri E. Villalba.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La representante de a la MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN solicita la revocación de las desestimaciones de las excepciones de prescripción y falta de acción que artículo. Asegura que la prescripción se opero a favor de su parte, conforme los Arts. 659 y 663 del Código Civil, y que no tiene legitimación pasiva para ser involucrada en la presente demanda por tratarse de obras ilícitas realizadas en un área protegida. Refiere que no puede soportar una condena sustentada en una conducta ilícita. Considera doloso el accionar del actor, y cuestiona su falta de consideración por la A-quo. Remarca que no autorizo ni insto la ocupación de tierras del Banco San Miguel, por lo que no puede ser forzada a asumir responsabilidad civil. Cuestiona la aplicación de la A-quo del Art. 1187 del Código Civil, ya que las obras realizadas fueron erigidas en tierras del dominio público, y por tanto fuera del comercio. Expone que no existe enriquecimiento para su parte por no estar el patrimonio afectado en el comercio. Manifiesta igualmente que la sentencia otorga más de lo petitionado en el escrito de postulación de demanda en relación a su obligación de indemnizar.

El CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ solicita la revocatoria de la sentencia. Expone que la A-quo hizo prosperar una reclamación con base subjetiva. Considera que es contrapuesta la conclusión de la A-quo de que la

acción es personal y luego la vincula con una indemnización. No puede negarse la prescripción sostiene, ya que al reclamarse indemnización debió aplicarse la prescripción de dos años. Afirma que no existen elementos que demuestren que las mejoras introducidas en el club hayan sido practicadas por el actor. Asevera que ni los requisitos para asentir una demanda sobre enriquecimiento sin causa, como una demanda sobre indemnización no fueron presentados en autos. Considera impensable que el actor no tenga documentos que acreditan la propiedad de las inversiones realizadas en el club. Sostiene haber arrimado documentales que acreditan pagos a cuenta de las mejoras por valor de U\$S. 78.740 y U\$S. 15.125. Asevera igualmente que no se probó empobrecimiento del actor en la medida de la inversión que dice haber realizado. Indica que si bien existe un permiso para realizar las obras no se puede verificar cuanto pago por las mismas. Manifiesta que tampoco se demostró la relación causal, ausentándose causa jurídica lícita para la ejecución de las obras. Indica que las obras fueron ejecutadas sobre la base del acta de fs. 103 de autos, y por ende el actor realizó las obras con voluntad, intención y discernimiento, por lo que no puede existir enriquecimiento de su parte. No admite que la acción haya prosperado porque no se probó cuanto gasto el actor en las inversiones. Asegura que debió verificarse la conducta del accionante para llegar a la conclusión inevitable, cual es rechazar la demanda.

Corrido traslado a la parte actora, la misma sostiene que la sentencia apelada se ajusta a derecho. Refiere que los fundamentos expresados por la A-quo en la sentencia son válidos y correctos. Remarca que sus pretensiones han sido evidenciadas y demostradas, por lo que corresponde la confirmación del fallo apelado.

Por la sentencia cuestionada, se resolvió: “I. RECHAZAR, las excepciones de falta de acción y prescripción planteadas como medio general de defensa por la representante de la Municipalidad de Asunción, de conformidad al exordio de la presente resolución. II. HACER LUGAR a la demanda promovida por el Sr. ABRAHAM ZAPAG contra CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ y la MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN, reconociendo al Sr. ABRAHAM ZAPAG el derecho de percibir el cobro por las mejoras introducidas en el predio del citado club, de conformidad al exordio de la presente resolución. III. COSTAS, a la parte perdedora...”.

La cuestión planteada en ésta instancia consiste en una demanda sobre enriquecimiento sin causa promovida por el señor ABRAHAN ZAPAG quien

asegura invirtió en obras edilicias con su propio dinero en beneficio del club demandado, estando varias obras afincadas en propiedad de la comuna capitulina.

La parte actora mutatis mutandi ha reclamado la indemnización por el enriquecimiento producido por los que son propietarios de las tierras afectadas (donde se asientan las obras), siendo la misma asentada por la A-quo, porque consideró que: “con todo el caudal probatorio acercado al juicio, esta magistratura tiene plena convicción de que, el Dr. Abraham Zapag, ha costeado con su patrimonio personal la construcción de varias obras de infraestructura...”.

A priori deben verificarse las excepciones de prescripción y falta de acción opuestas por la MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN, en ese orden.

Resulta de la lectura del escrito de promoción que este juicio no trata sobre la indemnización por acto ilícito, sino del enriquecimiento sin causa que le imputa la parte accionante a las partes demandadas, en virtud de hechos que sostiene ocurrieron desde el año 1995 (donde principia su presidencia del CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ) hasta incluso el año 2002 (destitución del accionante). Entonces, a la presente acción no le es aplicable el plazo previsto para la acción de responsabilidad extracontractual prevista por el Art. 663, Inc. f, del Código Civil. Esto es así, puesto que analizando los plazos particulares de prescripción contemplados en los Arts. 660 al 668 del Código Civil, no encontramos referencia alguna a la acción sobre enriquecimiento sin causa. Entonces, pasamos a examinar el Art. 1817, y los que le siguen y tampoco hay acotación sobre plazo de prescripción. Ello nos induce a estar por la aplicación del Inc. e, del Art. 659.

Al comentar el Art. 4023 del Código de Vélez, Salas-Trigo Represas, anotan: 14. Pago indebido. Enriquecimiento sin causa. Empleo útil. El plazo establecido en esta norma se aplica a) a la acción por la cual se repite lo pagado sin causa o por error, b) a la acción por enriquecimiento sin causa...” Ver Código Civil Anotado, T. 3, Pág. 349. BORDA, al respecto dice: “La acción in rem verso carece de plazo especial; en consecuencia, prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, conforme a la regla general del Art. 4023”. Ver Tratado... Obligaciones II. “La acción por enriquecimiento sin causa, al no tener término especial de prescripción, cae en la regla general del Art. 4023 del Código Civil” (C.N. Com., Sala B, Julio 10 1963). ED, 7-726.

De esta manera, corresponde confirmar el rechazo de la A-quo a la excepción de prescripción, ya que la demanda fue incluso contestada por la parte

excepcionante el 22 de septiembre de 2004, fs. 320/328, sin que notoriamente pudieran transcurrir los 10 años exigidos por la ley para la operatividad de la prescripción liberatoria de la acción intentada, esto si incluso tomáramos alguna fecha del año 1995 como die a quo.

Pasando a revisar la excepción de falta de acción, debemos a priori referir que se demandó a la MUNICIPALIDAD DE ASUNCION en la certeza de que es propietaria de parte del inmueble donde se encuentran empotradas varias de las inversiones que sustentan el enriquecimiento sin causa intentado por el actor.

La sentencia en revisión rechaza la excepción, y fija en la parte excepcionante la obligación de pagar las mejoras ubicadas dentro del dominio municipal, pero utilizadas por el club demandado. La A-quo considera manifiesta la legitimación pasiva de la parte excepcionante.

Existe falta de legitimación para obrar siempre que el actor o el demandado no sean las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso.

Los argumentos de que las mejoras se encuentran en una zona protegida y se realizaron sin permiso municipal no son suficientes ya que existe reconocimiento expreso de que existen y se encuentran fuera del dominio del CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ (pero dentro de su posesión), y más bien afincadas en un predio de la comuna capitalina. La procedencia o no de la pretensión principal es materia de la sentencia en sí, más la legitimación pasiva para ser parte de la relación jurídico sustancial es patente, correspondiendo la confirmación del fallo, también en este punto.

Pasando al fondo de la cuestión, sabido es que para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa es menester que concurren los siguientes requisitos: a) enriquecimiento del demandado, b) empobrecimiento del actor, c) relación causal entre uno y otro, y c) una causa que justifique ese enriquecimiento.

Analizadas las constancias de autos, puede advertirse que fue eficientemente probada la existencia de mejoras, su ubicación (dentro del dominio o no de una u otra parte demandada, pese a que siempre bajo la posesión del club demandado), así como su cuantificación. Existen pruebas documentales, de reconocimiento judicial, e incluso una pericial que certifica el enriquecimiento de los demandados, en el sentido de que hoy existen bienes materiales (obras

civiles) que mejoran el valor de los inmuebles. La prueba pericial con claridad expone las obras existentes en uno y otro predio así como sus valores, siento esta prueba conteste con lo verificado por el Juzgado al tiempo de ser diligenciado el reconocimiento judicial pertinente.

En relación a la MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN cabe advertirse tal como se hiciera párrafos arriba que las mejoras edilicias pese a encontrarse en una zona protegida y no ostentar permiso deben considerarse realizadas en provecho del activo de la comuna (ya que si bien no tiene la posesión de las mismas, puede exigir las del club a través de la demanda reivindicatoria pertinente), y por eso entendemos que existe enriquecimiento de ambas partes demandadas.

En cuanto a la legitimación activa, existe una asamblea general extraordinaria donde se reconoce en el actor la calidad de realizador de las mejoras con su patrimonio personal. Es decir, las obras no se realizaron con dinero del club, sino con activo personal del hoy demandante, de ello existe reconocimiento expreso.

Si bien el hoy actor no poseyó nunca las mejoras, ya que las ejecutó para el uso del club, esto no impide que se le abone el importe que desembolso para su realización (lo que será materia de otro juicio, tal como acertadamente lo expuso la A-quo), siendo por ende inobjetable su legitimación activa. Para el cobro de las mejoras no es necesario poseerlas, sino haberlas realizado con patrimonio propio. Otra cosa sería si el accionante intenta ampararse en el art. 1827 del CC para retener las mejoras hasta el pago efectivo, más esta no es la situación procesal, ni la pretensión principal ya que la retención es el derecho que nuestro código civil otorga al realizador de las mejoras. En nuestro caso, claramente el actor nunca poseyó a título personal las obras, sino como miembro de la directiva del club (teoría del órgano). Siempre hemos pregonado en la distinción del cobro de mejoras y el derecho a retenerlas que tiene que concederse medida cautelar mediante. La pretensión principal es cobrar por las mejoras, y el legitimado activo será por ende quien las ejecutó con patrimonio propio, lo que ocurre al analizar la posición jurídica del hoy demandante.

En ese tren de ideas, en cuanto al empobrecimiento y la relación causal surge del carácter de Presidente del club del accionante desde el año 1995 hasta el año 2002, y la documentación aportada tanto por el actor como por el club que avala la realización de estas mejoras con dinero propio del demandante. Nume-

rosas asambleas mencionan y autorizaban la realización de las obras. En especial puede verificarse que robustece la tesis del actor, la N° 21 del 18 de diciembre de 1997. Incluso el club demandado al expresar agravios reconoció esta situación. A fs. 675 se lee: "...Que, si es cierto que efectivamente el ex presidente realizó inversiones en la propiedad del CLUB NACIONAL DE REGATAS "EL MBIGUÁ", lo hizo con voluntad, intención y discernimiento..."

En el caso de autos cabe indicar que el club demandado hace hincapié en la idea de que el accionante realizó las obras para dejar algo maravilloso, más esta expresión del actor en una asamblea no implica donación del importe o valor de las obras, siendo jurídico posible exigir la indemnización derivada del enriquecimiento generado a favor de las partes demandadas o lo que es lo mismo exigir el pago de estas mejoras a las personas jurídicas que son titulares de los inmuebles donde fueron realizadas. Como ya referimos líneas arriba, el trabajo pericial es eficiente al referir que obras se asientan en el club y cuales se verifican en terreno municipal.

En consecuencia, al encontrarse todos los elementos jurídicos necesarios corresponde hacer lugar a la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa.

Las mejoras asentadas en el inmueble propiedad del CLUB NACIONAL DE REGATAS EL MBIGUÁ deberán ser indemnizadas por esta, y las que se encuentran en dominio municipal indemnizadas por la MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN, todo conforme los términos y alcances del reconocimiento judicial, y en particular de la pericia diligenciada en autos, tal como lo prevé el Art. 1817 del Código Civil: "El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio."

Por estas consideraciones soy de la opinión de que la S.D. N° 243 del 26 de abril de 2010, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, debe ser confirmada, con costas a las partes vencidas, en ambas instancias. Es mi voto.

OPINIÓN DE DRA. BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, APELACIÓN: Se trata aquí de determinar la procedencia –o no– de una demanda por reconocimiento del derecho al valor de mejoras.

En efecto, de la atenta lectura del escrito de demanda, específicamente el punto sexto del petitorio (f.33), se desprende que el Sr. Abraham Zapag pretende

frente al Club Nacional de Regatas El Mbiguá la condena al reconocimiento o pago de las obras supuestamente realizadas por el mismo tanto en el predio propiedad del Club Nacional de Regatas El Mbiguá, así como en el terreno municipal cuya posesión es ostentada por la mencionada asociación. De la misma manera, pretende frente a la Municipalidad de Asunción la condena al reconocimiento de las mejoras introducidas en el terreno de su propiedad. Respecto de ambos demandados se reserva el derecho de fijar el *quantum* o los montos de las obras o mejoras en un juicio posterior. Así, entonces, queda delimitada la pretensión de la actora.

La Municipalidad de Asunción, en oportunidad de la contestación de la demanda (fs.260/278), opuso como medios generales de defensa las excepciones de prescripción y de falta de acción, respectivamente. A los efectos de ordenar el estudio y resolución de las cuestiones propuestas trataremos primeramente la excepción de prescripción y luego la excepción de falta de acción.

En cuanto a la excepción de prescripción, agravia a la Municipalidad de Asunción que la jueza inferior haya aplicado el plazo de diez años previsto en el art. 659 inc. “e” del Cód. Civ, y no el plazo de dos años establecido en el art. 663 inc. “f” del Cód. Civ., en el cual la excepcionante sustenta su defensa. Para determinar el plazo de prescripción aplicable al caso de marras necesariamente debemos atenernos al examen de la relación crediticia u obligacional cuya existencia afirma el actor en el escrito de demanda para encuadrarla en la normativa prescripcional respectiva.

En el escrito de demanda el actor manifiesta que en mayo de 1995 fue electo Presidente de la Comisión Directiva del Club Nacional de Regatas El Mbiguá. En prieta síntesis, sostiene la actora que durante su gestión al frente del club, ante el desastroso estado financiero de la institución que se encontraba en una virtual cesación de pagos y a fin de retomar la actividad social y deportiva del club, realizó inversiones y aportes personales para ejecutar nuevas obras, reconstruir las instalaciones deportivas y sociales, construir nuevas instalaciones y reparar las ya existentes. Respecto de la inclusión de la Municipalidad de Asunción en esta demanda manifiesta que al asumir la Presidencia del CNR *EL MBIGUÁ* fue informado de la extensión superficial sobre la que el club contaba con título de propiedad, pero que la “posesión tradicional y antigua” se extendía varias hectáreas más a los alrededores, fuera del perímetro de propiedad del CNR *El Mbigua*, cuya titularidad corresponde a la Municipalidad de Asunción.

Pues, bien, lo que aquí se postula en la demanda es la existencia de un crédito en cabeza de la actora frente a la Municipalidad de Asunción por edificación o construcción en suelo ajeno –propiedad de la Municipalidad de Asunción-, en los términos de los arts. 1982, 1984 siguientes y concordantes del Cód. Civ. La acción para el reclamo del crédito por mejoras o edificación en terreno ajeno carece de un plazo de prescripción específico o puntual en el Libro II, Título II, Cap. V, Sección IV del Cód. Civ., razón por la cual la *iudex a quo* aplicó correctamente la norma de cerramiento del sistema contenida en el art. 659 inc. “e” del Cód. Civ, la cual prevé que prescriben por diez años las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley.

Así las cosas, en la inteligencia de que las mejoras cuyo reconocimiento el actor reclama se efectuaron durante su gestión como Presidente de la Comisión Directiva del CNR El Mbiguá que principiara en mayo de 1995, y habiéndose notificado la presente demanda a la Municipalidad de Asunción en fecha 03 de mayo de 2004 (f.39), se concluye forzosamente que la prescripción de la acción del Sr. Abraham Zapag respecto de la Municipalidad de Asunción no ha operado. En consecuencia, la jueza inferior desestimó correctamente esta defensa. El codemandado, CNR El Mbiguá, no opuso excepción de prescripción en la instancia inferior, razón por la cual los agravios relativos a la misma no pueden ser atendidos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Proc. Civ.

Seguidamente trataremos la defensa de falta de acción. En la baja instancia (fs.320/328), la excepcionante denunció su falta de legitimación pasiva para contradecir la presente demanda arguyendo que no protagonizó ningún acto ilícito del cual pueda nacer la obligación de indemnizar, así como que no existe entre el Sr. Abraham Zapag y la Municipalidad de Asunción vinculación contractual o extracontractual alguna. Refiere que la responsabilidad que pretende endilgar el actor a la Municipalidad de Asunción se basa únicamente en su calidad de propietaria del inmueble donde el actor introdujo las mejoras.

En relación con el derecho de crédito por mejoras la regulación de nuestro Código Civil se encuentra contenida en cuatro artículos: 1984, 1986, 2422 y 2431. En lo que a la legitimación de las partes refiere, del juego de dicha normativa se desprende que la legitimación pasiva para contradecir dicha pretensión recae sobre el dueño o propietario del fundo donde las mejoras se hallan enclavadas. Ello es así porque por accesión el propietario del inmueble adquiere la propiedad de las mejoras que acceden al terreno.

En el caso de marras, el carácter o calidad de propietaria del inmueble –tierras del Banco San Miguel– donde estarían enclavadas gran parte de las obras o mejoras cuyo reconocimiento el actor reclama, no constituyó una circunstancia controvertida por la Municipalidad de Asunción, antes bien dicha calidad fue expresamente reconocida con motivo de la contestación de la demanda (fs.320/328), así como en esta instancia de alzada (fs.640/643). Se advierte, así, que no existe la mentada falta de legitimación pasiva denunciada por la Municipalidad de Asunción.

Sin embargo, el examen de la legitimación sustancial, tanto activa como pasiva, debe ser encarado oficiosamente por el órgano jurisdiccional independientemente de la actitud que las partes puedan asumir al respecto. Ello es así porque la *legitimatío ad causam* constituye un requisito intrínseco de admisibilidad de las pretensiones en general. En este tren de ideas, conforme con las constancias del expediente se advierte que la pretensión de cobro de mejoras de la actora no logra sortear con éxito el examen de la legitimación sustancial activa, esto es, existe ausencia de legitimación sustancial en cabeza del actor, Sr. Abraham Zapag. En efecto, de los artículos 1984, 1986, 2422 y 2431 del Cód. Civ. se desprende que la legitimación sustancial activa para el reclamo del crédito por mejoras recae sobre el poseedor del fundo mejorado. Y, si bien el art. 1933 del Cód. Civ. califica a la realización de edificaciones o construcciones como actos posesorios, la calidad de poseedor legitimado para el reclamo del crédito por mejoras no puede ser reconocida al Sr. Abraham Zapag.

En efecto, recordemos que el Sr. Abraham Zapag afirma haber efectuado las obras en el predio de propiedad y posesión del CNR El Mbiguá, respectivamente, durante su gestión como Presidente de la Comisión Directiva del CNR El Mbiguá. Es menester destacar que la posesión, ocupación o tenencia de las cosas puede ser ejercida en forma personal, directa o inmediata por el poseedor, o a través de otra persona, la cual se constituye en instrumento de la posesión por otro. Como es sabido, a las personas jurídicas, como entes de existencia ideal, no les queda otra alternativa más que adquirir o ejercer la posesión a través de sus órganos estatutarios o representantes legales, conforme con lo dispuesto por los arts. 96, 97 y 1923 *in fine* del Cód. Civil.

En esta inteligencia, el Sr. Abraham Zapag en su carácter de Presidente de la Comisión Directiva del CNR El Mbiguá, integraba el órgano encargado del ejercicio de los derechos posesorios –si alguno hubiere– del CNR El Mbiguá;

vale decir, el Sr. Abraham Zapag –junto con los demás miembros de la Comisión Directiva– fungía de instrumento o medio para el ejercicio de la posesión del CNR El Mbiguá.

El art. 1911 del Cód. Civil establece: “El que poseyere como usufructuario, acreedor prendario, locatario, depositario o por otro título análogo en cuya virtud tenga el derecho u obligación a poseer temporalmente una cosa, es poseedor de ésta, y también lo es la persona de quien proviene su derecho u obligación. El primero es poseedor inmediato; el segundo, mediato. Quien posee a título de propietario, tiene la posesión originaria. Los otros tienen una posesión derivada que no anula a la que le da origen”. Fácilmente, así, se puede concluir que el actor no tenía el carácter de poseedor *animus domini*, esto es, de poseedor originario o mediato, como lo denomina actualmente el Cód. Civil, ni tampoco el de poseedor inmediato, ya que por mandato de la ley y de los estatutos sociales del CNR El Mbiguá asumió el compromiso de administrar la institución y, consecuentemente, ejercer los derechos posesorios que correspondían al CNR El Mbiguá. Como el Sr. Abraham Zapag legal y estatutariamente tenía la obligación de poseer el inmueble para el CNR El Mbiguá, los actos del mentado Sr. Abraham Zapag en relación con este punto se insertan en la categoría de actos del órgano en el cual es sujeto agente, no son actos propios o personales del Sr. Abraham Zapag, situación regida por el art. 97 del Cód. Civ.

Por otra parte, el actor no demostró la interversión del título original en virtud del cual tenía la obligación de poseer –y mal podría haberlo hecho–, pues en ningún momento se asumió el carácter de poseedor *iure proprio* excluyendo la posesión del CNR El Mbiguá. Por ello decimos que si bien las construcciones o mejoras que el actor afirma haber solventado son actos posesorios en los términos de 1933 del Cód. Civil, no son actos posesorios personales y al Sr. Abraham Zapag no puede reconocérsele la calidad de poseedor, sino de mero instrumento posesorio de otro. Las obras y construcciones que se atribuye corresponden orgánicamente al CNR El Mbiguá, institución de la cual –como dijimos– el actor fungía como instrumento de la posesión, y siendo que los actos posesorios de los órganos o representantes de la persona jurídica se imputan directamente a ella.

En estas condiciones, respecto de la Municipalidad de Asunción, la relación del actor con la cosa no justifica la legitimación para el pago de mejoras. En consecuencia, la excepción de falta de acción opuesta por la Municipalidad de Asunción debe prosperar.

Ahora, nos abocaremos al tratamiento del recurso de apelación del Club Nacional de Regatas El Mbiguá.

Debemos principiar señalando que las obras y mejoras cuya realización la actora se atribuye en el escrito de demanda no fue objeto de contradicción en la contestación de la demanda por parte del CNR El Mbiguá (fs.260/278). En efecto, el actor afirmó en la demanda que las obras realizadas en el CNR El Mbiguá fueron financiadas con bienes de su patrimonio. El demandado tiene la carga procesal de contestar todas las pretensiones, so pena de admitirlas, art. 235 inc. “a” del Cód. Proc. Civil. No habiéndolo hecho así en la etapa procesal correspondiente, le precluye la facultad de hacerlo en esta instancia de alzada. Por lo demás, el accionado no sólo omitió negar expresamente que las obras realizadas en el predio de dominio y posesión del CNR El Mbiguá fueran financiadas por el Sr. Abraham Zapag, sino que reconoce expresamente esta circunstancia en el escrito de conteste, pero aduciendo tanto la violación de disposiciones estatutarias para la realización de las obras, así como que las mismas fueron realizadas por la actora como liberalidad en beneficio de la asociación: “...Todas las obras realizadas durante la Administración Zapag, se efectuaron al margen de las disposiciones estatutarias asumiendo él mismo actor la responsabilidad personal sobre las mismas para legar a los asociados del Club Nacional de Regatas El Mbiguá mejores infraestructuras...” (sic, f. 276); “...Mi mandante no es responsable del supuesto daño alegado por la parte actora. En autos se encuentran elementos de juicio que llevan a la convicción que el responsable del patrimonio del Sr. Abraham Zapag por las obras realizadas es el mismo Sr. Abraham Zapag, en razón de que fue él mismo (según su escrito de demanda) el que realizó dichas obras sin mandato por parte de Asamblea alguna como mi parte lo ha sostenido y probado con las instrumentales agregadas a la presente contestación...” (sic, f.275). En estas condiciones, debemos tener como cierto que las mejoras cuya realización la actora se atribuye en el escrito de demanda, fueron financiadas por el Sr. Abraham Zapag.

En segundo término, debemos remitirnos al escrito de demanda para verificar los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión de la actora frente al CNR El Mbiguá para, así, posteriormente, tratar los agravios de la demandada.

En efecto, en el escrito inicial la actora manifestó: “...la Asamblea [Asamblea General Extraordinaria del 18 de diciembre de 1997; fs. 16/22 fs. 99/105] me autorizó expresamente a efectuar las inversiones que realicé en el Club

Nacional de Regatas El Mbiguá por un monto muy importante, así como el pago de otros rubros menores, gastos, salarios, indemnizaciones al personal que accionó contra la entidad y que fueron proveídos de mi peculio particular ya que la entidad no se encontraba en condiciones de cubrir porque no existía ingresos así como el costo de las obras que me reservo el derecho de acreditar en un próximo juicio...” (sic, fs. 30/31).

Como puede advertirse, la actora arguye que la Asamblea General Extraordinaria de socios del CNR El Mbiguá le autorizó expresamente a invertir su dinero en el club para realización de mejoras cuyo cobro reclama. Por su parte, la demanda alegó al contestar la demanda que las mejoras fueron donadas por el Sr. Abraham Zapag al CNR El Mbiguá.

Veamos, pues, los términos de la Asamblea General Extraordinaria del 18 de diciembre de 1997 (fs. 16/22 fs. 99/105). En dicha ocasión se incluyó en el orden del día el tratamiento de los siguientes puntos: “3. Información sobre los aportes efectuados por el Presidente de la Institución e Inversiones realizadas en infraestructura o mejoras en el predio de la Institución”; “4. Aprobación de las obras realizadas y autorización para continuar en forma administrativa los proyectos a ejecutarse en el Club”; “5. Concesión y otorgamiento de algún mecanismo propuesto por la Asamblea para permitir el retorno de los aportes realizados por el Presidente del Club Nacional de Regatas El Mbiguá”.

Al tiempo de tratar el punto cuarto del orden del día –aprobación de las obras realizadas y autorización para continuar en forma administrativa los proyectos a ejecutarse en el club–, se dejó constancia en el acta asamblearia de cuanto sigue: “...El Sr. Presidente formula una breve reseña de los trabajos y construcciones realizadas, que desde luego se encuentran a la vista así como los objetivos realizados y los objetivos perseguidos a fin de dotar a la Institución de campos deportivos a resguardo de cualquier contingencia de las aguas y crecidas del río. Con estas informaciones se formularon algunas aclaraciones solicitadas por los asambleístas, y seguidamente se decidió por unanimidad la aprobación de los trabajos realizados hasta la fecha y la autorización para proseguir con las obras, bajo el régimen de contrataciones privadas y su ejecución por vía administrativa, método por el cual se ha podido hallar mejores resultados económicos...” (sic, fs. 102 vlta./103).

Por otra parte, con motivo del tratamiento del quinto punto del orden del día –concesión y otorgamiento de algún mecanismo propuesto por la Asamblea

para permitir el retorno de los aportes realizados por el Presidente del Club Nacional de Regatas El Mbigua–, se dejó constancia en el acta de la asamblea de socios de lo siguiente: “...Se explicó a la Asamblea en forma general que una vez terminadas las construcciones de nuestras nuevas infraestructuras se pensó, en que hacer para recuperar eso, llegando a la conclusión que el Club no tiene posibilidades de inversión y que alguien debía absorber todo eso para continuar adelante, a esto explica el Sr. Presidente que toda inversión es un riesgo. Sin embargo, su objetivo principal fue solamente levantar el Club, terminar la pileta y poco a poco dar publicidad al Club y empezar a promocionar, y hacer que sea un Club bastante accesible para la captación de socios...” (sic, f.103); “...El Sr. Abraham Zapag confesó que no hay vuelta que dar, todo lo que aportó no lo va recuperar del Club, el Club no está prendado, al contrario deja la riqueza de poseer un hermoso balneario, un salón en el segundo piso destinado a fiestas sociales, cuyo objetivo principal es el de lograr llevar a cabo las fiestas de Debut en Sociedad de jovencitas hijas de nuestros asociados siendo lo más importante el relleno de más de 600.000 metros cúbicos de arena compactada...”. (sic. fs. 103/103 vlta.); “...El Sr. Carlos Martínez en uso de la palabra solicita al Sr. Presidente que informe cuales son los aportes que realizó hasta la fecha, en respuesta el Dr. Zapag responde que hasta el momento no puede dar cifras debido a que estamos haciendo lo que no podemos donde no debemos, pero principalmente explica que el Club no está gravado, ya todos los gastos son deudas del Dr. Zapag y no del Club...” (sic. fs. 103 vlta./104); “...El Sr. Juan Samaniego también pregunta si cómo piensa recuperar los aportes. El Sr. Presidente cree que se podría ver la manera de destinar una parte de la cuota social de socios...” (sic, f.104); “...El Sr. Carlos Martínez insiste que al no tener un monto de inversión la deuda es suya personal a lo que el Dr. Zapag responde que el Club no está obligado a nada, ya que hasta el momento no ve ningún mecanismo para recuperar lo invertido, entonces su idea es recuperar en la construcción y venta de los Departamentos, el Club no va pagar ningún interés...” (sic. f.104); “...Entonces el Sr. Martínez vuelve a preguntar si el Presidente cree que va a recuperar lo invertido, respondiendo nuevamente el Dr. Zapag que el objetivo no está en recuperar la inversión, el propósito es dejar algo maravilloso y monstruoso digno de ser apreciado por los asociados...” (sic. f.104); “...Concluida las informaciones requeridas por los socios el Sr. Rafael Jiménez propone que como forma de restituir los préstamos del Sr. Presidente, con los cuales se efec-

tuaron las obras realizadas en el Club, a partir de enero de 1999, se afecte por diez años el 50% de las cuotas de ingresos que se lleguen a percibir de los socios nuevos atendiendo que la ejecución de las obras y reactivación del club es el resultado directo de las obras realizadas, y además propone que se autorice al Presidente a construir dentro de la zona recuperada mediante la carga de arena las edificaciones familiares y casillas de socios, que estime conveniente, y a través de su venta y/o arrendamiento, concesión o usufructo por el plazo de cincuenta años, se le permita recuperar la inversión realizada. Puesta a consideración esta moción es aprobada por los asambleístas, con la debida aclaración que la institución no asume ningún otro compromiso para el retorno de los aportes efectuados, ni quedan afectadas las instalaciones del club...” (sic. f. 104 vlt.).

En relación con la alegación del CNR El Mbiguá de que las mejoras habrían sido donadas por el Sr. Abraham Zapag a la institución, debemos decir que dicha cuestión, conforme con los términos del acta de la Asamblea General Extraordinaria del 18 de diciembre de 1997 (fs. 16/22, fs. 99/105), se presenta algo confusa. En efecto, en primer término porque el punto quinto del orden del día es, precisamente, la proposición por parte de la Asamblea de algún mecanismo para lograr la recuperación de los aportes realizados por el Sr. Abraham Zapag, vale decir, recuperar lo invertido en el club por las mejoras efectuadas era evidentemente la intención de la actora. Sin embargo, al momento de tratar dicho tópico las manifestaciones vertidas por el Sr. Abraham Zapag, si bien presentan algo de ambigüedad, pareciera dan a entender que las mejoras se efectuaron con propósito de beneficiar al Club, lo que podría entenderse como una liberalidad hacia el CNR El Mbiguá, conforme se aprecia de la transcripción de fragmentos del acta asamblearia realizada *supra*. La voluntad para obligarse o para condonar una deuda debe ser clara e inequívoca. Las expresiones transcritas más arriba no tienen la necesaria concludencia ni son indudables considerándose éstas manifestaciones como una oferta de donación. No obstante lo dicho, y aún cuando para que el contrato de donación quede concluido o perfeccionado necesita como requisito ineludible de la aceptación por parte del donatario – arts. 1202 y 1203 del Cód. Civ.–. Dicha circunstancia no aconteció en el caso de marras, ya que luego de las manifestaciones realizadas por el Sr. Abraham Zapag la asamblea aprobó por unanimidad la moción de un asambleísta respecto de una forma de pago o de restituir los aportes realizados por el Sr. Abraham

Zapag, con la aclaración de que el CNR El Mbiguá no asume ningún otro compromiso para el retorno de los aportes efectuados por el Sr. Abraham Zapag. Así las cosas, es obvio que si se acordó una forma de pago o reembolso de aportes realizados por actora, no existió concertación de una donación entre el CNR El Mbiguá y el Sr. Abraham Zapag.

Habiendo desechado la vinculación por donación debemos abordar la determinación de la relación jurídica que gobierna estos hechos y en virtud de la cual el Sr. Abraham Zapag reclamaría el pago de las mejoras al CNR El Mbiguá. Para ello debemos examinar nuevamente el acta de la Asamblea General Extraordinaria del 18 de diciembre de 1997 (fs. 16/22, fs. 99/105). Hemos de descartar *ab initio* la aplicación de las normas referentes al cobro de mejoras por edificación en terreno ajeno, por idénticos argumentos esgrimidos al admitir la excepción de falta de acción opuesta por la Municipalidad de Asunción.

En ocasión del tratamiento del punto cuarto del orden del día de la Asamblea General Extraordinaria del 18 de diciembre de 1997 –aprobación de las obras realizadas y autorización para continuar en forma administrativa los proyectos a ejecutarse en el club–, la asamblea decidió por unanimidad la aprobación de los trabajos realizados hasta dicha fecha y autorizó la prosecución de las obras. Asiste razón a la accionada cuando dice que no existe constancia de que el CNR El Mbiguá, previa a la asamblea del 18 de diciembre de 1997, haya autorizado al Presidente la realización de obras o trabajos en el predio de la institución. Sin embargo esto –y pese a las objeciones que se pueda oponer respecto a la regularidad– no descarta completamente la idea del encargo. En efecto, la asamblea general extraordinaria de socios del CNR El Mbiguá de fecha 18 de diciembre de 1997 aprobó o ratificó los trabajos o mejoras realizadas en el predio del club por el entonces Presidente de la Comisión Directiva, Sr. Abraham Zapag. Con ello deviene aplicable el art. 1814 del Cód. Civ. que prescribe: “La ratificación del interesado produce los efectos del mandato conferido al tiempo de la iniciación de la gestión, aunque el gestor hubiere creído ocuparse de un negocio propio”. Además, en dicha oportunidad la asamblea no sólo aprobó las mejoras realizadas, también autorizó o encargó expresamente a la actora que continúe y ejecute nuevas obras. Puede volver aquí a objetarse que éste proceder no tenía la necesaria puridad estatutaria, empero sin invalidar la citada asamblea, por las vías pertinentes ella conserva sus efectos y constituye un acto propio del CNR Mbigua, el cual este no puede simplemente soslayar.

En estas condiciones, la gestión o encargo encomendado por la asamblea del CNR El Mbigua al Sr. Abraham Zapag para la realización de obras en el predio de propiedad y posesión de de la institución, debe ser reencuadrada jurídicamente en las normas que regulan el contrato de mandato, por aplicación del principio *iura novit curia*.

Así las cosas, para la ejecución o cumplimiento del mandato –en el caso, el encargo consistente en la realización de obras o mejoras en el predio del club– el art. 898 del Cód. Civil establece como deber del mandante respecto del mandatario la entrega de las cantidades necesarias para la ejecución del encargo, a condición del que el mandatario las solicite –inc. b–, circunstancia no acontecida en el caso que nos ocupa. No obstante, el mandatario puede no pedir las sumas de dinero necesarias para la ejecución del encargo y aplicar fondos propios para su cumplimiento, hipótesis en la cual surge la obligación de reembolso a cargo del mandante de los gastos efectuados por el mandatario, aún cuando el negocio no le haya resultado favorable, y aunque los gastos parecieren excesivos, con tal de que no fueren desproporcionados, y siempre que el mandatario no hubiese incurrido en falta alguna –art. 898 inc. “c”–. Por otra parte, el art. 899 del Cód. Civil preceptúa que el mandatario no estará obligado a esperar la presentación de sus cuentas o el total cumplimiento del mandato para exigir los adelantos y gastos por él efectuados.

Como ya lo refiriéramos *supra*, la accionada, CNR El Mbiguá, alega la violación de disposiciones estatutarias que marcan el procedimiento a seguir para la realización de obras o inversiones de mucha importancia, específicamente los arts. 52 y 53 de los estatutos sociales del Club Nacional de Regatas El Mbiguá (f. 65 y vlta.). No obstante, dicho agravio puede ser desestimado desde dos puntos de vista. En primer término, si se interpreta que no existe mandato expreso por haberse violado la normativa social que impone los procedimientos a ser observados para la realización de obras de mucha importancia, ello no es óbice para la existencia de un mandato tácito, que se revela por la inacción del CNR El Mbiguá ante el evidente conocimiento por parte de la demandada, de que el Sr. Abraham Zapag estaba encarando la realización de importantes obras solventadas con su patrimonio en el predio de la institución, sin que haya impedido, pudiendo razonablemente hacerlo –art. 880, 2ª parte, del Cód. Civil–. En segundo lugar, el art. 900 del Cód. Civil preceptúa: “El mandante no está obligado a pagar los gastos que realizó el mandatario: a) si los hizo contra su expresa

prohibición, salvo si quisiere aprovechar las ventajas derivadas de ellos”. Entonces, aún si consideráramos las disposiciones estatutarias del CNR El Mbigua que establecen o marcan puntualmente el procedimiento para la realización de obras o inversiones de mucha importancia, como una prohibición expresa del mandante –CNR El Mbigua– aún así sería aplicable la normativa sentada por el art. 900 inc. “a” del Cód. Civil, ya que el mandante –CNR El Mbigua– por la posición asumida a lo largo del conflicto y en este proceso no rechaza las obras, sino que obviamente la desea; con ello no puede objetar su pago, razón por la cual debe reembolsar los gastos realizados por el Sr. Abraham Zapag. Así, pues, queda absolutamente claro que el mandante –CNR El Mbigua– debe satisfacer los gastos efectuados *ex causa mandati* por el mandatario –Sr. Abraham Zapag–.

Ahora bien, es importante recordar que, conforme los términos del escrito de demanda, la pretensión de la actora está encaminada a obtener el reconocimiento de la existencia del crédito o su derecho al cobro frente al Club Nacional de Regatas El Mbigua, habiendo reservado expresamente la actora el derecho a fijar el monto del crédito en un juicio posterior. De esta manera, quedan excluidas del pronunciamiento las cuestiones relativas al monto del crédito o valor de las mejoras cuyo cobro reclama la actora, así como otras cuestiones atinentes a la forma de pago, etc. La *iudex a quo* en su fallo con buen tino se limitó a reconocer a la actora frente al CNR El Mbigua el derecho al cobro de las mejoras introducidas en el predio del CNR El Mbigua, respetando la regla de congruencia sentada por el art. 15 inc. “b” y “d” del Cód. Proc. Civil, en concordancia con lo dispuesto por el art. 159 inc. “c” y “e” del mismo cuerpo legal.

La precisión precedentemente efectuada obedece a que a fs. 569/594 obra la pericia topográfica y de tasación practicada por el Ing. Blas Pessolani L. Obviamente, la tasación de las mejoras –en lo que a la valuación de las obras refiere–, para el caso de marras, resulta inconducente e inocua, ya que el monto del crédito podrá ser discutido *ex novo* por las partes en el juicio posterior, tal como lo solicitó la actora en el escrito inicial, cuyos términos ya no pueden variar posteriormente. Sin embargo, sí reporta utilidad la pericia practicada en cuanto individualiza y ubica materialmente en el terreno las obras y mejoras realizadas por el actor, confirmando su existencia tanto en el predio propiedad del CNR El Mbigua como fuera del predio de la propiedad del CNR El Mbigua, cuya posesión es ostentada por la asociación. Dicho informe pericial adquirirá rele-

vancia, entonces, para la eventual discusión de la entidad del crédito en el juicio posterior.

En las condiciones apuntadas, la sentencia apelada debe ser confirmada en cuanto hace lugar a la demanda declarativa del Sr. Abraham Zapag contra el Club Nacional de Regatas El Mbiguá.

En cuanto a las costas de la pretensión de cobro de mejoras promovida por el Sr. Abraham Zapag contra la Municipalidad de Asunción, corresponde su imposición, en ambas instancias, a la actora perdidosa, conforme con lo dispuesto por el art. 203 inc. “b” del Cód. Proc. Civil.

En cuanto a las costas de la pretensión de cobro de mejoras promovida por el Sr. Abraham Zapag contra el Club Nacional de Regatas El Mbigua, conforme con lo dispuesto por el art. 203 inc. “a” del Cód. Proc. Civil, corresponde su imposición al apelante, Club Nacional de Regatas El Mbiguá. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAIVA VALDOVINOS, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto del magistrado Dr. Neri E. Villalba.

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;

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por la Abogada NELLY CABRERA B.

TENER POR DESISTIDO al Dr. ERNESTO BATSCHEK B. del recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 243 del 26 de abril de 2010, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, por los fundamentos expuestos y en la forma señalada en el exordio de ésta Resolución.

IMPONER las costas de las dos instancias a las partes demandadas.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Firmado: NERI EUSEBIO VILLALBA FERNÁNDEZ, MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, Y OSCAR PAIVA VALDOVINOS.

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 66

Cuestión debatida: *Si corresponde la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por una sociedad tras un desalojo.*

SOCIEDAD. Administración y representación de la sociedad.

El compromiso asumido por la señora Directora de la firma S.A.E.C.A. y otorgante del poder conferido en estos autos por la firma actora a su representante convencional, que refiere que las mejoras desmontables quedarían como una suerte de compensación de las costas del juicio de desalojo y las cuotas de alquileres impagos. (Voto de García Ayala)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización por daños y perjuicios. Daño moral. SOCIEDAD.

El daño moral, pese a algunos tenues intentos doctrinales de admitir este rubro, no es admisible en personas jurídicas, solución abonada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, por lo que este rubro debe igualmente ser rechazado. (Voto de García Ayala)

SOCIEDAD. Administración y representación de la sociedad.

No se acreditó la representación o mandato conferido a la Señora Directora de la firma S.A.E.C.A. por parte de la firma, el hecho de que la misma integre el directorio de la empresa no le faculta para comprometer el patrimonio societario mediante transacciones o compensaciones (Gómez Frutos y Melgarejo Coronel)

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala 08/06/11 “SUPERFARM S.A.E.C.A. C/ GLADYS LUJAN ORTELLADO DE ROJAS Y OTROS S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS” (Ac.y Sent. N° 66).

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 encuentra ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación resultó que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: BASILICIO GARCÍA AYALA, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MIEMBRO PREOPINANTE BASILICIO GARCÍA AYALA, DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de

nulidad; y como no se observan vicios en el procedimiento que ameriten la declaración de nulidad de oficio por este Tribunal, corresponde tenerlo por desistido. ES MI VOTO.

A sus turnos los señores Miembros RAÚL GÓMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, manifiestan adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE BASILICIO GARCÍA AYALA, PROSIGUIÓ DICIENDO: El nuevo representante convencional de la parte actora, Abogado VÍCTOR HUGO AUSTEN, fundamenta la apelación en su escrito de fs. 276/280, en el que lugar expresa los antecedentes del caso y posteriormente bajo el título de “FUNDAMENTACIÓN DE AGRAVIOS”, manifiesta: “Agravia a esta representación la citada resolución, en razón de que el Juzgado del Sexto Turno, no ha tenido en cuenta las pruebas ofrecidas por esta representación, así como la no interpretación del contrato de alquiler, que a todas luces es contraria a lo establecido por la normativa establecida en el Código Civil”.

“Que los demandados, al desalojar a la firma SUPERFARM S.A.E.C.A. del sitio locado, se han apoderado de las cosas ajenas que se encontraban dentro del local farmacéutico, es decir, que toda la infraestructura clavada y plantada en el inmueble donde funcionaba el local comercial, fue a parar sin causa alguna en poder de los demandados. Si se hubiera procedido conforme a lo establecido en la cláusula quinta del contrato de alquiler, se podría haber evitado el grave y multimillonario perjuicio de desalojo por parte de los demandados, ya que el contrato estipulaba que las pertenencias del local comercial deberían ser mudados a otro local, situación que no se produjo”.

Más adelante expresa: “Es sabido, que al interpretar un contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras, determinándose la intención común de las partes, al apreciar el comportamiento total, aun después de la conclusión del contrato (Art. 708 del Código Civil). De la cláusula transcrita precedentemente, se puede extraer con claridad que la intención era la de que la parte actora alquile el inmueble citado, con el objeto de establecer su local comercial en el rubro de farmacia, y que el dueño del inmueble locado se beneficie con la construcción (no desmontable) del inmueble así como el pago del alquiler”.

“Ahora bien, con claridad se puede colegir que se le autoriza expresamente al inquilino (actora) a incorporar estructuras desmontables, que las podrá reti-

rar al finalizar el alquiler. En este sentido, la firma SUPERFARM, equipo el local con varios muebles, letreros, accesorios, etc., desmontables todos, que se detallan a fs. 42/44, por un valor de Gs. 450.000.000. Pero en este caso, el alquiler finalizado como consecuencia de un DESALOJO, que no dio tiempo a la parte actora a retirar todos los objetos desmontables, tal como lo dispone la cláusula quinta. Los demandados sin justificación alguna, se apoderaron de todo el local en sí, sin darnos oportunidad, reiteramos, de sacar ni una silla del local”.

“Como consecuencia de todo esto, la firma farmacéutica se vio perjudicada enormemente, ya que no tuvo tiempo de mudarse a otro sitio, quedando sin local, con todo lo incorporado dentro del mismo”.

Agrega otras consideraciones y finaliza en estos términos: “De todo lo afirmado, se concluye necesariamente que la Sentencia Definitiva N° 907 de fecha 18 de diciembre de 2.009, por la cual se rechaza la acción de indemnización por daños y perjuicios, resulta a todas luces improcedente, por lo que solicito a VV.EE., dictar resolución conforme a lo peticionado en este escrito de agravios, es decir, revocar in totum el fallo apelado, haciendo lugar a la indemnización de daños y perjuicios contra los demandados por las sumas solicitadas en los diferentes conceptos más los intereses desde el momento de la promoción de la demanda, con expresa imposición de costas a las mismas”.

El abogado ENRIQUE SALVADOR MALVETTI MASSARE, representante convencional de los demandados, contesta los agravios del apelante en su escrito de fs. 282/290. En lo sustancial, señala que resulta completamente inadmisibles las tesis que refiere que el desahucio fue un acto intempestivo, puesto que al mismo le precedió un extenso juicio de desalojo. Advierte además, que quedó demostrado que la propiedad arrendada no se encontraba en un estado precario al inicio de la relación de locación y que contaba con todos los servicios públicos. Continúa refiriendo que la Dra. Martha Weisensee de Casanello – directora de la firma actora– suscribió el acta de desalojo comprometiéndose a no extraer ningún implemento clavado y plantado en la propiedad, y que los muebles fueron retirados por el actor, conforme a los recibos obrantes en autos. Señala que los locatarios no abonaron los gastos del juicio de desalojo, ni las mensualidades fijadas en concepto de alquiler y que dichos rubros no fueron reclamados por su parte, por lo que la teoría de la apropiación argüida por la accionante resulta una inmoralidad. Finaliza su presentación solicitando la confirmación del fallo en revisión.

Con el análisis de autos y de la resolución recurrida, se observa, que el apelante se agravia en razón de que la sentencia apelada, como obstáculo para la admisión de esta demanda, refiere que al haberse convenido en el contrato de locación que las mejoras no desmontables, incorporadas en el inmueble no confieren al locatario derecho de reclamar su pago, y que las desmontables corrieron la misma suerte al no ser retiradas antes de la finalización de la relación de locación, no existen elementos para justificar el crédito indemnizatorio reclamado en autos.

El apelante criticó este razonamiento sosteniendo que con esta tesis se excluyó del análisis cuestiones de relevancia para resolver el caso en estudio, las que según el mismo, resultan contestes con las pruebas diligenciadas en este juicio.

Entrando en materia, se advierte, de una manera incontestable, que al celebrarse el contrato de locación (fs. 39/40) se previó, expresamente, en uno de sus apartados, que las estructuras no desmontables introducidas por el locatario, con la autorización de la locadora, no podrán dar lugar a ningún tipo de reclamo.

Esta consideración, torna inviable el reclamo con respecto a las mejoras no desmontables por la vía del enriquecimiento indebido, como justificante de la generación de un crédito indemnizatorio.

Asimismo, como bien lo sostuvo el representante convencional de la parte demandada, posición que también fue admitida por el A-quo, la parte actora no procuró privar de efectos jurídicos a la cláusula quinta del contrato de locación, cuestión que no podría tratarse de oficio por el órgano jurisdiccional, en atención a que los intereses en juego no trascienden del ámbito privado.

A este hecho, debemos sumarle el compromiso asumido por la señora MARTHA WEISENSEE DE CASSANELLO, Directora de la firma SUPER-FARM S.A.E.C.A. y otorgante del poder conferido en estos autos por la firma actora a su representante convencional, que refiere que las mejoras desmontables quedarían como una suerte de compensación de las costas del juicio de desalojo y las cuotas de alquileres impagos.

En lo referente a los recibos glosados a fs. 120/122, del análisis de los mismos, surge que la propietaria del inmueble locado entregó a la locataria los bienes muebles que existían en el inmueble; en consecuencia las mejoras no desmontables, al no ser retiradas al finalizar el contrato de alquiler, quedaron automáticamente en propiedad de la locadora.

En suma, conforme al análisis precedentemente realizado, no cabe mas que concluir que la indemnización de daños y perjuicios pretendida por la parte actora no puede prosperar, en razón que no hubo enriquecimiento indebido en beneficio de los demandados con respecto a las mejoras desmontables.

Con respecto al rubro lucro cesante, no cabe mas que compartir las conclusiones del A-quo. En efecto la contabilidad de SUPERFARM S.A.E.C.A. es absolutamente discordante con las proyecciones presentadas por el perito contable. El crecimiento estimado por éste no se condice con la realidad financiera de la parte actora. A esto se le debe agregar que la admisión del rubro en sí resulta improcedente puesto que el desalojo, contrariamente a lo expuesto por la accionante, no fue intempestivo, puesto que estuvo procedido de un juicio de desalojo.

El daño moral, pese a algunos tenues intentos doctrinales de admitir este rubro, no es admisible en personas jurídicas, solución abonada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, por lo que este rubro debe igualmente ser rechazado.

En estas condiciones, puedo concluir que la sentencia recurrida se halla ajustada a derecho y en consecuencia debe ser confirmada por este Tribunal, con imposición de costas a la parte apelante perdedora, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 192 y 203, inc. a, del C.P.C. ES MI VOTO.

OPINION EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO RAÚL GÓMEZ FRUTOS: Analizadas las constancias de autos, este Conjuez se permite disentir, respetuosamente, con el parecer del Miembro Preopinante, puesto que considera que en el análisis del caso se no se consideraron algunas cuestiones gravitantes al tiempo de decidir la procedencia del recurso de apelación.

En efecto, resulta claro que al estar inmerso en el contrato de locación una cláusula de capitulación con respecto al eventual reclamo por las mejoras incorporadas en el inmueble, resulta incuestionable que el actor se encuentra impedido para reclamar el pago de las mismas, máxime, cuando esta cláusula no fue cuestionada en este juicio.

Sin embargo, se debe precisar que la renuncia del locatario, al contratar, sólo afectaba a las mejoras *no desmontables*, no así a las *desmontables*, las que sí podrían ser objeto de reclamo.

Por otro lado, como bien lo sostuvo el apelante, en el análisis realizado por el *A-quo* no se incluyeron las consideraciones en torno al negocio jurídico en sí. En efecto, resulta claro que la cuestión fue resuelta mediante la estricta inter-

pretación del contrato sin conjugarse elementos referentes a la distribución de riesgos y equilibrio de las prestaciones.

Al respecto, de las constancias rendidas en autos puede inferirse que la relación jurídica mantenida entre los contendientes contenía cuestiones que trascendían de una locación simple, que es lo que fue sostenido, sin mucha claridad, por la parte actora.

Tal es así que, en primer término, se advierte que el precio fijado como cuota de alquiler, sin dudas, es inferior al promedio de mercado. No es necesaria la opinión de un perito para arribar a esta conclusión, puesto que un *local comercial* ubicado sobre la Avda. San Martín y Campos Cervera, para el funcionamiento de una *farmacia, colindante a un sanatorio importante del país*, sin dudas supera la suma convenida por los contratantes.

Esta consideración nos permite inferir que la parte actora, efectivamente, efectuó gastos que importaban un beneficio para el propietario de la heredad dada en locación, lo que, en cierta medida, compensaba el bajo costo de las cuotas de alquileres.

Estas conclusiones se ven robustecidas con la posición asumida por los accionados al referir –en el escrito de contestación de demanda– que la Dra. Cassanello asumió el compromiso de no extraer ninguna de las mejoras incorporadas en el local como ser “*cielo raso, artefactos incluidos, techo ni ventadas vidriadas*”²⁵, las que quedarían como pago de todos los alquileres atrasados y costas del juicio de desalojo, puesto que la extracción de los mismos para la “*restitución del inmueble en su estado original*”²⁶ ocasionarían más gastos que la entonces locataria no podría solventar.

Entonces, cuanto tenemos es que la relación jurídica tenía un punto de equilibrio en la realización de inversiones en el local arrendado y el pago de alquileres por parte de la locataria, quien, como contraprestación, explotaba comercialmente el local.

Ahora bien, como ya fue señalado, posición que también fue admitida por el *A-quo*, la parte actora no procuró privar de efectos jurídicos a la cláusula quinta del contrato de locación.

Sin embargo, el punto de equilibrio entre las prestaciones y la distribución de riesgos advertida en la relación sustancial, que dio origen a esta demanda, impetran a este Tribunal a considerar un eventual daño con respecto a las *mejoras desmontables*, no así en relación a las no desmontables, puesto que no caben dudas de que ellas no puede ser objeto de reclamo.

En efecto, existen elementos de juicio que permiten concluir que en la propiedad de los accionantes se incorporaron mejoras desmontables que reportan un beneficio patrimonial para los mismos. Tal es así que este hecho fue expresamente reconocido al contestarse la demanda, limitándose los accionados a alegar un hecho impeditivo para reclamar el pago de los mismos.

Siendo así, corresponde considerar si estos hechos impeditivos tienen la virtualidad de tornar inadmisibile la petición del actor.

Con respecto al compromiso asumido por la Sra. Martha Weisensee de Cassanello, quien conforma el directorio de la firma SUPERFARM S.A.E.C.A., que refiere que las mejoras desmontables quedarían como una suerte de compensación de las costas del juicio de desalojo y las cuotas de alquileres, cabe referir cuanto sigue.

La compensación, como modo extintivo de las obligaciones, conforme al artículo 615 del Código Civil, se produce entre obligaciones cuyo objeto está constituido por cosas fungibles –sumas de dinero o prestaciones de la misma especie–. El *cas d´espece*, sin dudas, no reúne esta condición esencial, lo que, orondamente, impide la admisión de este modo extintivo de las obligaciones. Tampoco se podría admitir la recalificación de la figura jurídica, puesto que si consideramos la posibilidad de una transacción la misma debería ser más explícita y mediar desistimiento expreso del reclamos de los alquileres insolutos y los gastos causídicos del juicio de desalojo.

Además, se debe destacar que no se acreditó la representación o mandato conferido a la Sra. Weisensee por parte de Superfarm S.A.E.C.A., el hecho de que la misma integre el directorio de la empresa no le faculta para comprometer el patrimonio societario mediante transacciones o compensaciones.

Respaldado en estas consideraciones, corresponde descartar este hecho como justificante del rechazo de la tesis del actor con respecto a las *mejoras desmontables*.

Por otro lado, se alegó que es falso que el actor no haya retirado las mejoras desmontables, lo que se infiere, según los sostenedores de esta tesis, de los recibos glosados a fojas 120/122 de autos.

Al respecto, del detenido análisis de los recibos incorporados en juicio por los demandados, sin un ápice de dudas, se puede concluir que no se retiró del local las mejoras desmontables. En efecto, cuanto fue retirado, bajo recibo, son los bienes muebles como ser: estantes, cubiertos de cocina, exhibidores, acondicionadores de aire, mesas, etc.

Así las cosas, resulta categórico que estos recibos no justifican el retiro de las mejoras desmontables.

En suma, conforme al análisis precedente, no cabe más que concluir que medió un enriquecimiento indebido en beneficio de los demandados con respecto a las mejoras desmontables, el que, como quedó visto, no se encuentra justificado.

En estas condiciones, corresponde hacer lugar, parcialmente, a esta demanda dado que el contrato celebrado entre las partes, únicamente, limitaba al locatario el reclamo con respecto a las mejoras no desmontables, pudiendo ser extraídas las desmontables.

Entrando a la determinación del monto de las mejoras desmontables, cabe apuntar que las mismas no fueron discriminadas en la pericia practicada por tasador, situación que impide establecer, con precisión, el valor de las mismas.

Así las cosas, consideramos prudente determinar que las mismas representan un tercio del valor total de las mejoras, lo que arroja el guarismo de Gs. 133.000.000.

En suma, estando reunidas las condiciones exigidas en el artículo 1834 del Código Civil, corresponde hacer lugar a la presente demanda y condenar a los accionados al pago de la suma de Gs. 133.000.000., más intereses desde la promoción de esta demanda. El fallo recurrido, en consecuencia, debe ser revocado, con costas. ASÍ VOTO.

A sus turnos el Magistrado Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, manifiesta adherirse al voto del colega Gómez Frutos por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por término el acto firmando los Señores Miembros de conformidad por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR, la S.D. N° 907 de fecha 18 de diciembre de 2.009, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, y en consecuencia HACER LUGAR a la presente demanda seguida por SUPER-FARM S.A.E.C.A. contra GLADYS LUJÁN ORTELLADO DE ROJAS, CAR-

LOS ORTELLADO MARICEVICH y RAMÓN ANTONIO ORTELLADO MARICEVICH, y condenar a éstos últimos a que paguen al actor la suma de Gs. 133.000.000 (GUARANÍES CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES), más intereses desde la promoción de esta demanda, en concepto de reparación de daños, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas de ambas instancias a los demandados.

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

Magistrados: BASILICIO GARCÍAAYALA, RAUL GOMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL

ANTE MÍ: Letizia Pereira (Actuaria Judicial).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 113

Cuestión debatida: *La demanda se basa en el pedido de resolución de un contrato privado de cesión de cuotas sociales y, su consecuencia, la escritura pública Nº 112 de fecha 15 de julio de 2006, en donde se deja asentado la cesión de las cuotas y la modificación del estatuto. La resolución del contrato se ha basado en el incumplimiento del mismo por la falta de pago del precio de la cesión.*

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL.

De las transcripciones de normas estatutarias surge que en la mencionada cesión de cuotas sociales se ha realizado sin cumplir con los requisitos estatutarios dejando las siguientes irregularidades y, consecuencias jurídicas.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL.

En primer lugar, dada la naturaleza jurídica mixta de Sociedad de Responsabilidad Limitada, la ley es rigurosa y afecta el orden público su cumplimiento, pues al no ser una sociedad puramente de capital, la *affetio societatis* es determinante y no se puede imponer a los otros socios, los socios que no quieran y ni aunque éste fuera el único. Por otro lado se debió hacer en Asamblea extraordinaria y en la misma, en el caso para aceptarse la cesión debe establecer expresamente que los otros socios renunciaron a su derecho de preferencia.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL.

El efecto es que la cesión realizada solo surte efecto entre las partes, aun cuando estuviere inscripto en el Registro Público de Comercio.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL.

No puede fuera del órgano social de la sociedad decidirse y hacerse la cesión de cuotas sociales, en forma extrasocietario: La resolución de un contrato está justificada cuando la cesión de cuotas se hizo fuera de la sociedad o sea extra societaria, pues no se realizó la Asamblea extraordinaria para autorizar la cesión de cuotas sociales, porque la cesión de cuotas debe hacerse a través de la sociedad y eso significa que debe autorizarse por la Asamblea extraordinaria.

TApel. Civ y Com. Quinta Sala. 19/08/11. “Niels Francois Marais y Otros c/ Electrotel S.R.L. y Otros s/ Resolución de Contrato”. (Ac. y Sent. N° 113).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR y FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI DIJO: Este recurso fue incoado contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, fundado en que se ha violado el Art. 15 del C.P.C., que concretamente dice: “que carece de logicidad y congruencia”. Con este argumento pretende anular sustentado en que se demandó a la firma Electro Total S.R.L., pero dice que además esta nunca fue notificada. Falso. La demanda solo fue contra la señora Shirley Edith López Arguello y, nunca se demandó a la sociedad. Esto se comprueba en el escrito de demanda y en la primera providencia, entonces no existiendo vicio de logicidad e incongruencia alguna que amerite la nulidad de oficio, corresponde rechazar el mismo. Es mi voto.

A sus turnos los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI PROSIGUIO DICHIENDO: El recurso interpuesto por la parte actora ha sido contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, por la que se resuelve: rechazar la excepción de la falta de acción promovida contra la demanda de resolución del contrato. Resolver el contrato privado de cesión de cuotas sociales y el contrato de cesión de cuotas sociales y, modificación parcial de los estatutos sociales y la devolución a los demandantes sus cuotas sociales, la comunicación a los Registros Públicos para su toma de razón.

Que, la parte apelante, se agravia contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010.

Que, la demanda se basa en el pedido de resolución de un contrato privado de cesión de cuotas sociales y, su consecuencia, la escritura pública N° 112 de fecha 15 de julio de 2006, en donde se deja asentado la cesión de las cuotas y la modificación del estatuto. La resolución del contrato se ha basado en el incumplimiento del mismo por la falta de pago del precio de la cesión.

Que, en primer lugar cabe hacer mención a que en la mencionada cesión de cuotas sociales, se incumplió la ley y, el contrato de sociedad.

Es cierto que la ley y el contrato admite la libre transmisibilidad de las cuotas sociales entre socios, pero no cuando la cesión de cuotas sociales es a terceros y que tiene un procedimiento legal y estatutario que no fue cumplido en este caso. La comunicación de la decisión de ceder las cuotas sociales a un tercero, debe ser previa según el Art. 24 del Estatuto establecido en el Acto constitutivo de la sociedad Electro Total S.R.L. En dicha disposición se establece textualmente que: LA CESIÓN DE CUOTAS A TERCEROS SE REALIZARÁ PREVIO ACUERDO DE LOS OTROS SOCIOS A ESE EFECTO EL SOCIO QUE QUISIERA CEDER SUS CUOTAS A TERCEROS SE REALIZARÁ PREVIO ACUERDO DE LOS OTROS SOCIOS, A ESE EFECTO EL SOCIO QUE QUISIERA CEDER SUS CUOTAS PRESENTARÁ A LOS GERENTES UNA NOTA FIRMADA CONJUNTAMENTE CON EL TERCERO INTERESADO INDICANDO LA CANTIDAD DE CUOTAS A CEDERSE Y LAS CONDICIONES DE PAGO. SI ALGUNO DE LOS SOCIOS TUVIERE INTERÉS EN ADQUIRIR DICHAS ACCIONES EN IGUALDAD DE CONDICIONES, EN TODOS LOS CASOS SE DARÁ PREFERENCIA A ESTE". Mientras que el Art. 10 de dichos estatutos establece que: "LAS DECISIONES DE LOS SOCIOS EN LAS REUNIONES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS SERÁN TOMA-

DAS POR EL VOTO DE LA MAYORÍA TENGA Y CASO DE EMPATE EL QUE PRESIDE LA REUNIÓN TENDRÁ DOBLE VOTO, A EXCEPCIÓN DE LOS SUPUESTOS EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS EN LA LEY QUE EXIJA UNANIMIDAD DE VOTO U OTRA MAYORÍA”. En autos no se cumplió con lo de “previo” dado debió hacerse por Asamblea Extraordinaria.

De las transcripciones de normas estatutarias surge que en la mencionada cesión de cuotas sociales se ha realizado sin cumplir con los requisitos estatutarios dejando las siguientes irregularidades y, consecuencias jurídicas. En primer lugar, dada la naturaleza jurídica mixta de Sociedad de Responsabilidad Limitada, la ley es rigurosa y afecta el orden público su cumplimiento, pues al no ser una sociedad puramente de capital, la *affetio societatis* es determinante y no se puede imponer a los otros socios, los socios que no quieran y ni aunque éste fuera el único. Por otro lado se debió hacer en Asamblea extraordinaria y en la misma, en el caso para aceptarse la cesión debe establecer expresamente que los otros socios renunciaron a su derecho de preferencia. Es cierto que en la escritura pública donde consta la cesión de cuotas sociales comparece el otro socio dueño del 50% a suscribirla, eso no quiere decir que pueda hacerse fuera de los términos que señala la ley. La escritura de referencia solo dice: “PRESENTE EN ESTE ACTO EL SEÑOR ROBERTO DE SIMONE QUIEN FIRMA LA PRESENTE ESCRITURA DANDO CUMPLIMIENTO AL ART. 24 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA FIRMA DE REFERENCIA”. O sea, la sola presencia no es la exigencia de los estatutos y de la ley. Este debe manifestar que renuncia a su derecho de preferencia sobre las cuotas sociales.

¿Cuál es el efecto de estas irregularidades? El efecto es que la cesión realizada solo surte efecto entre las partes, aun cuando estuviere inscripto en el Registro Público de Comercio.

Realizadas estas precisiones corresponde analizar cuál es el efecto del contrato privado firmado previamente a la escritura de cesión de cuotas sociales para ver si puede hacerse valer con relación a ésta. Y la misma parte demandada establece la conexión entre ambos instrumento al decir que: EL CONTRATO PRIVADO DE FECHA 29 DE JUNIO DE 2006, EVIDENTEMENTE MOTIVÓ UNA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA FIRMA ELECTRO TOTAL S.R.L. QUE DEBÍA SER FORMALIZADO POR ESCRITURA PÚBLICA”. Con esta declaración se establece la conexión entre ambos instrumentos entre las partes de este juicio. Es válida la resolución del contrato

que transgreden las normas societarias y de la ley, si además no consta que se haya pagado por ella, pues al contestarse la demanda, la demandada se ha escudado en un formalismo pero no ha negado la deuda.

NO PUEDE FUERA DEL ÓRGANO SOCIAL DE LA SOCIEDAD DECIDIRSE Y HACERSE LA CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES, EN FORMA EXTRASOCIETARIO: La resolución de un contrato está justificada cuando la cesión de cuotas se hizo fuera de la sociedad o sea extra societaria, pues no se realizó la Asamblea extraordinaria para autorizar la cesión de cuotas sociales, porque la cesión de cuotas debe hacerse a través de la sociedad y eso significa que debe autorizarse por la Asamblea extraordinaria y, debe constar en el acta que debe ser transcripta en la escritura pública que lo contiene. En la escritura no se transcribió el acta de la Asamblea extraordinaria, por el cual la sociedad autoriza la cesión, por lo tanto la cesión fue realizada extra societariamente, aunque figure la firma de presencia del único socio. En autos no se realizó la asamblea extraordinaria que autorice la cesión y eso autoriza la resolución del contrato de cesión, por ser contrario a la ley. La constancia de la presencia no suple el consentimiento que debe ser expreso.

EL CONTRATO PRIVADO DE CESIÓN DE PAGO DONDE SE ESTABLECE LA FORMA DE PAGO EN CHEQUES, QUE EL MISMO DEMANDADO RECONOCE QUE NO FUERON PAGADOS, ESTÁ VINCULADO A LA ESCRITURA PÚBLICA. Y EN ESTA POR MÁS QUE DIGA QUE ESTÁN PAGADOS, LAS MISMAS NO ESTÁN PAGADOS SI NO FUERON PAGADOS LOS CHEQUES, PORQUE LOS CHEQUES ACTUALMENTE NO TIENEN EFECTOS CANCELATORIOS.

NO PUEDE PACTARSE POR ESCRITURA PÚBLICA, SIN AUTORIZACIÓN DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, LA MODIFICACIÓN DEL ESTUTUTO SOCIETARIO. La modificación realizada fuera del órgano natural que es la asamblea es inexistente. Así también la cesión de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, fuera del órgano natural que es la asamblea extraordinaria prevista en el Estatuto, hace inexistente la misma.

LA FALTA DE ACCIÓN ALEGADA ES INCONSISTENTE CUANDO EL PAGO NO REALIZADO ES RECONOCIDO

POR EL DEMANDADO: Cuando se admite la vinculación entre el contrato privado y la escritura pública, es inconsistente la falta de acción. El incumplimiento de lo pactado en un contrato da acción a la parte **QUE LO CUMPLIÓ** a

pedir la resolución del mismo cuando esta admitido el no pago de contraprestación, al admitir la vinculación de ambos contratos. Decir que se pagó con la entrega del cheque, si estos no está demostrado que fueron pagados, es vano, pues los cheques en la actualidad no tienen efectos cancelatorios y solo constituyen una promesa de pago contra una orden de pago al girado, por lo tanto, no prueba pago. El hecho de que en la escritura diga que se pagaron, si los cheques con el que se realizó el pago, no fueron satisfechos, se entiende que no se pago la contraprestación y que hay un incumplimiento por parte de la parte demandada.

LA OMISIÓN DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA PARA AUTORIZAR LA CESIÓN DE CUOTAS Y LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO JUSTIFICA LA RESOLUCIÓN CUANDO ADEMÁS NO SE HA PAGADO LA CONTRAPRESTACIÓN DE LA VENTA DE LAS CUOTAS SOCIALES; no consta en la escritura pública que contiene la cesión de cuotas sociales y la modificación del Estatuto social, que se hayan hecho a través de la Asamblea extraordinaria. **NO SE PUEDE PRESUMIR EL CONSENTIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA,** al decir que: **CON EL PLENO CONSENTIMIENTO OTORGADO POR EL ÚNICO SOCIO QUE PERMANECÍA EN LA SOCIEDAD, EL SEÑOR ROBERTO SIMONE DANDO CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 24 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES:** Además, que el consentimiento no debe ser del socio sino de la sociedad y debe ser expreso. La presencia del socio, fuera del órgano que debe hacerlo, es inexistente si solo se consigna la presencia de dicho socio en la firma de la escritura, sin manifestar que lo hace por la sociedad y que renuncia a su privilegio. La presencia del socio no sustituye a la Asamblea extraordinaria que debió realizarse.

En autos, al no realizarse la cesión de las cuotas sociales por el modo que establece el Estatuto social y la ley, y además de admitirse el no pago, al reconocer que están vinculados el contrato privado y la escritura pública. Por lo expuesto, voto por la confirmatoria de la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, e imponer las costas, a cargo de la parte apelante.

A sus turnos los Magistrados Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, *QUINTA SALA*;

RESUELVE:

1. RECHAZAR, el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas, a la perdidosa la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, por las razones y alcances expresadas en el exordio de la presente resolución.
3. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: CASTIGLIONI, YNSFRÁN, ORTIZ PIERPAOLI.

Ante mí: FEDERICO MILLER TELLECHEA, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 14

Cuestión debatida: *Se analiza si el Consorcio como tal puede estar en juicio como parte y ser considerada persona jurídica.*

CONSORCIO. Legitimación procesal. PERSONA. Persona Jurídica.

Concordamos plenamente con el *A quo* en negar la personalidad jurídica en el consorcio puesto que dicha calidad debe ser atribuida por el Estado a través del poder legislativo y por tanto no pueden ser parte en un proceso ni como actor ni como demandado, aun habiendo sido inscripto en el Registro respectivo.

CONSORCIO. Legitimación procesal. PERSONA. Persona Jurídica.

Que en vista a las citas doctrinarias y legales llegamos a la conclusión que el consorcio no es una persona jurídica y por tanto no tiene la capacidad procesal para estar en juicio, por lo que a mi criterio no queda otro remedio que la confirmación de la sentencia apelada.

TApel. Civ. y Com. 27/06/13. "Hidro Puertos Srl c/ Consorcio Diferencial Tappe s/ Acción Ejecutiva. (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: OLGA NINFA TALAVERA, MIRTHA OZUNA DE CAZAL Y MARÍA SOL ZUCCOLILLO DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA MAGISTRADA OLGA TALAVERA TORRES DIJO: El representante convencional de la actora solicita la nulidad de la sentencia recurrida fundado en que el a-quo se apartó del procedimiento previsto para el proceso de ejecución, Libro II, Título I del Código Procesal Civil, al no establecer los fundamentos que lo llevaron a dictar la sentencia recurrida conforme a las facultades que le otorga la ley procesal. Sigue manifestando que el único momento en que el juez puede decidir el rechazo de oficio de la ejecución, está prevista en el código de forma en el art. 450, y en la etapa en que el juez inferior examino al documento ya se encontraba preclusa, es decir al momento del dictado de la sentencia definitiva en autos, debiendo haberlo realizado al inicio del proceso ejecutivo. Según el apelante, el *Aquo* al estudiar de oficio el instrumento ejecutivo en una etapa posterior a lo previsto en el código de forma, y más aún cuando la accionada no opuso excepción; violenta el debido proceso y sus derechos consagrados en nuestra carta magna.

Es oportuno recordar que el recurso de nulidad está previsto para los casos en que la resolución dictada en primera instancia posea vicios importantes que la invaliden como acto jurisdiccional, cuando ha sido pronunciada sin observar las formas y solemnidades que prescriben las leyes. De acuerdo a lo expuesto corresponde estudiar si existió violación de las formas como así también si se produjeron irregularidades procesales antes del dictado de la resolución que ameriten su nulidad.

Que, el Art. 404 del Cód. Proc. Civ nos dice: “...CASOS EN QUE PROCEDE. El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes...”.

En el caso de autos, el Juez inferior dictó sentencia rechazando de oficio la presente ejecución de sentencia promovida por HIDROPUERTO SRL., alegando que el consorcio no es una persona jurídica creada por ley, y por tanto no puede ser incluida como tal en el carácter de parte demandada.

Que en el caso de autos, no se vislumbran vicios que ameriten la nulidad del proceso, en vista que el Juez se encuentra facultado a rechazar la ejecución planteada en virtud al art. 470 del C.P.C. que dice: “...*La sentencia de remate sólo podrá resolver: a) la nulidad del procedimiento; b) el rechazo de la ejecución, o c) llevarla adelante, en todo o en parte...*”. A la luz de la normativa citada se desprende que la oportunidad para rechazar la ejecución no se encuentra preclusa puesto que al haber admitido la presente ejecución el *a quo* procedió al análisis preliminar de las formas extrínsecas del título ejecutivo que no constituye ningún óbice para un nuevo reexamen en esta etapa. Ahora bien, nuestro derecho positivo permite al juez rechazar *ex officio* las ejecuciones presentadas, en virtud al art. 470 precedentemente citado, por tanto en ningún momento a mi criterio el *a quo* se apartó del procedimiento establecido en el código de marras obrando así conforme a derecho.

Por todo lo expuesto, entendemos que los argumentos dados por el nulicidente no poseen la fortaleza requerida como para anular la sentencia cuestionada, máxime cuando dicho acto jurisdiccional como hemos observado posee vicios en cuanto a su forma extrínseca. Consecuentemente, no procede ser anulada la sentencia recurrida debiendo desestimarse éste recurso, por improcedente. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LAS MAGISTRADAS MIRTHA OZUNA DE CAZAL y MARÍA SOL ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, manifestaron: que se adhieren a los fundamentos expuestos por la preopinante y votan en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA OLGA NINFA TALAVERA DIJO: La apelante ante este Tribunal presentó su escrito de expresión de agravios manifestando entre otras cosas que: “... *el A quo luego de realizar en la sentencia apelada, unas extensas consideraciones sobre la inexistencia de la calidad de “...personas jurídicas de un consorcio...” , llega a la conclusión que el Consorcio no es una persona jurídica y en virtud de ello no puede ser parte en un juicio , por no ser persona física o jurídica y por ende no está legitimada para estar en juicio. En otras palabras el juez consideró que un CONSORCIO en ninguna de sus formas, está facultado para estar en juicio como parte, y analiza su falta de regulación en nuestra legislación, su falta de inclusión en la legislación civil, así como la invalidez de los actos jurídicos por él realizados...*”.

Que, corresponde en consecuencia analizar la procedencia o no de esta acción, y al respecto es de destacar que nos encontramos ante un Juicio Ejecu-

tivo instrumentado por los cheques Nro. 747.058 y 747.062 con cargo BBVA, por la suma de GUARANÍES CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS (GS. 139.452.500), firmado por el CONSORCIO DIFERENCIAL TAPE a favor del actor HIDRO PUERTOS SRL.

Que la parte demandada a través de sus representantes convencionales Abg. SERGIO VARGAS y RICARDO LOUP, se presentaron a contestar el traslado corréndole, y plantear excepción de Inhabilidad de Título manifestando que el Consorcio Diferencial Tape no es una persona jurídica y por ende no puede ser objeto de una ejecución, y que la forma correcta de demandar a empresas consorciadas es planteando las pretensiones contra una de ellas.

Que en fecha 6 de Agosto del 2012, se presentó el Abg. RAMÓN SÁNCHEZ GUERRERO, a oponer recurso de reposición contra el proveído de fecha 31 de Julio del 2012, en el cual el Juzgado tuvo por presentado a los recurrente y opuesta la excepción de Inhabilidad de Título corriendo traslado del escrito a la adversa para que lo conteste en el término de ley.

Que asimismo a fs. 50 de autos obra el A.I. Nro. 15 de Octubre de 2012, en el cual el Juzgado resolvió hacer lugar al recurso de reposición y llamó autos para sentencia.

Que por S.D. de fecha 15 de octubre del 2012, el Juzgado resolvió: Rechazar de oficio, con costas la presente ejecución de sentencia con expresa imposición de costas.

El agravio principal se centra en determinar la calidad de persona jurídica del CONSORCIO, determinar su naturaleza y si nuestro derecho positivo lo admite y le da legitimidad para ser demandados en autos.

Ahora bien nuestra ley de fondo no define al consorcio expresamente, esta situación nos obliga a recurrir a los antecedentes de este instituto y a la doctrina. Asimismo notamos que el Codicio Civil Italiano de 1942 reglamentó la figura del consorcio en sus artículos 2601 a 2620, con un esquema que fue considerado con aptitud suficiente para la colaboración empresaria. Se entendía que hay consorcio cuando varias empresas, de una actividad común o conexas, conciertan ordenar uno o varios aspectos de sus actividades mediante una actividad común, se lo clasificaba en la siguiente forma: a) Consorcios con actividad interna, en los que se trata de establecer una organización para la regulación de la competencia. b) Consorcios con actividad externa, que se proyectan en una

actividad común en la que actúan frente a terceros, tiene un fondo social formado por aportes y bienes que le asigna un patrimonio propio y personalidad jurídica distinta de sus integrantes. c-) Consorcios que usan la forma societaria: se trata del llamado fenómeno de la sociedad forma que su utiliza hacia el exterior, pero las relaciones internas de sus integrantes funcionan en el plano consorcial. La ley 377 de 1976 modificó el inc 1 del art. 2615 del Código Italiano, estableciendo que para las obligaciones asumidas en nombre del consorcio los terceros pueden hacer valer sus derechos exclusivamente sobre los fondos de éste, dejando sin efecto la responsabilidad ilimitada de sus miembros. (LAUREANO ARTURO MOREIRA. *Contrato sobre Departamentos en construcción Tomo II Pag. 588 Editorial Abaco de Rodolfo Depalma año 1988*).

Que la doctrina especializada en las palabras de JULIO OTAEGUI señala que: “... *el contrato de unión transitoria de empresas cubre el tipo de concentración empresarial, consistente en una coparticipación accidental, o sea transitoria y no permanente, ajeno al grupo de sociedades, en cuanto éste implica una dirección común de actividades extraña a la coparticipación accidental. (Los contratos de colaboración empresarial Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Diciembre 1983 N° 96 pag. 861)*.”

A este mismo criterio se adhiere el Dr. Jorge Escobar que dice: “...*Se trata de la creación de una organización común con fines de promover el crecimiento y racionalización de la producción y de la comercialización de los productos de empresas del sector industrial, comercial y artesanal. En definitiva dice Ferri, se trata de una estructura organizativa creada para la prestación de servicios, o para el fortalecimiento de la posición contractual de los consorciados...*” (Jorge Escobar. *El consorcio en la legislación contemporánea* Pág. 106, Paraguay, 2003, La ley Paraguaya.).

En primer lugar estoy de acuerdo con el *a quo* cuando establece que la figura del consorcio no se encuentra regulado en nuestro Código Civil puesto que el art. 1 de la ley N° 388/94 modificatoria del art. 91 del C.C. dice: “...*Son personas jurídicas: a) El Estado; b) Los Gobiernos Departamentales y las Municipalidades; c) Las iglesias y las confesiones religiosas; d) Los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de derecho público, que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse; e) Las universidades; f) Las asociaciones que tengan por objeto el bien común; g) Las asociaciones inscriptas con capacidad restringida; h) Las fundaciones; Las*

sociedades anónimas; j) Las cooperativas; y, k) Las demás sociedades reguladas en el Libro III de este Código...”. A la luz de esta norma pareciera ampliar el ámbito de aplicación a cualquier sociedad establecida en el Código Civil; según el último inciso up supra citado, pareciera cerrar definitivamente la interpretación extensiva que pudiera hacerse sobre la sociedades ya que dicha disposición se refiere únicamente a la sociedad simple, sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, sociedades regulas en el Código Civil sin hacer expresa mención sobre el consorcio.

Que la persona jurídica en doctrina se define como: “...*Aptitud reconocida a una agrupación o establecimiento creado por el Estado o por un particular para tener en esa calidad existencia jurídica propia y ser sujeto de derechos...*” (CAPITANT, Vocabulario Jurídico). En este mismo sentido DÍEZ PICAZO nos dice: “...*Por todo lo expuesto podemos afirmar que son personas jurídicas las realidades sociales a las que el Estado reconoce y atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes...*” (citado en el CÓDIGO CIVIL COMENTADO José Antonio Moreno Ruffinelli, Libro Primero. La ley Paraguaya. Año 2009. Pág. 171).

Si bien reconocemos la utilidad del consorcio dentro de nuestro ámbito comercial y su practicidad en las relaciones donde embebe ciertos emprendimientos de tal envergadura, concordamos plenamente con el *A quo* en negar la personalidad jurídica en el consorcio puesto que dicha calidad debe ser atribuida por el Estado a través del poder legislativo y por tanto no pueden ser parte en un proceso ni como actor ni como demandado, aun habiendo sido inscripto en el Registro respectivo.

Esta unión transitoria a mi criterio no configura una fusión de las empresas que figuran en la escritura constitutiva, pues cada asociación conserva su individualidad y en tal sentido no se presume la solidaridad por los actos y operaciones que realizan en forma personal cada una de las empresas que forman el consorcio. Es decir el consorcio se crea solo para un actividad específica, que en el caso de autos el negocio común es el de realizar obras y servicios de ingeniería a entidades públicas y privadas.

Que el DR. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO ya nos adelanta una conclusión similar en su bien lograda obra Código Civil Comentado: “...*La enumera-*

ción que ordena el art. 91 es taxativa y de fácil comprensión. Solo las individualizadas en esa norma y las del art. 92 deben ser consideradas como personas jurídicas...” (Código Civil Paraguayo Comentado, Libro Primero. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. Pág. 274)

Ahora bien en relación a la legitimación procesal nos dice ALVARADO VELOSO: “...*Son partes, en efecto, quienes de hecho intervienen o figuran en aquél como sujetos activos o pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia de que revistan o no el carácter de sujetos legitimados para obrar o para contradecir en el concreto proceso de que se trate, o sea independientemente de la titularidad de la relación sustancial controvertida. De manera que la ausencia de legitimación puede determinar el rechazo de la pretensión en virtud de no concurrir, respecto de ésta, uno de los requisitos que condicionan su admisibilidad; pero no afecta la calidad de parte de quien ha deducido o frente a quien se ha deducido esa pretensión...*” (CÓDIGO PROCESAL CIVIL Comentado, RUBINZAL-CULZONI).

Que en vista a las citas doctrinarias y legales llegamos a la conclusión que el consorcio no es una persona jurídica y por tanto no tiene la capacidad procesal para estar en juicio, por lo que a mi criterio no queda otro remedio que la confirmación de la sentencia apelada.

En base a las aseveraciones realizadas líneas arriba, corresponde confirmar en todas sus partes la S.D. N° 681 de fecha 15 de Octubre del 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Noveno Turno, por ajustarse la misma a derecho, con imposición de costas a la perdidosa.

A SU TURNO, LAS MAGISTRADAS MIRTHA OZUNA DE CAZAL Y MARÍA SOL ZUCCOLILLO DE VOUGA DIJERON: Que se adhieren a los argumentos esgrimidos por la Conjuez preopinante y votan en igual sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, SEXTA SALA

RESUELVE:

I. DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

II. CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 681 de fecha 15 de Octubre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, de conformidad a los fundamentos dados en el exordio del presente fallo.

JURISPRUDENCIA

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

MAGISTRADOS: TALAVERA TORRES, OZUNA DE CAZAL, ZUCCOLILLO GARAY.

Ante mí: HEINRICH VON LUCKEN, Actuario.

TRIBUNAL DE CUENTAS

ACUERDO Y SENTENCIA N° 210

Cuestión debatida: *El contencioso suscitado respecto del aumento patrimonial que se produce en el ámbito de empresas que poseen participación accionaria en otra empresa donde, esta última procedió a la capitalización de las "Reservas de Revalúo", lo que ha motivado como contrapartida en las empresas accionistas, la registración del aumento de la participación accionaria que estas tienen; circunstancia que necesariamente percute en el cuadro de "Resultados" de las empresas accionistas, quedando por determinar, si dichos resultados, se encuentran gravados o no por el IRACIS.*

RENDA DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS (IRACIS). Hecho Imponible.

Los peritos designados han sido categóricos respecto al origen de las acciones, las mismas provienen de los revalúos en la empresa TAPE PORA S.A.E., resultado del ajuste anual por el IPC, por lo que en definitiva el incremento patrimonial resulta apenas en un ajuste contable por inflación, a fin de mantener de manera constante el valor de las inversiones realizadas en el rubro participación en otras empresas. En otras palabras, si en la empresa principal el revalúo y la capitalización es ajuste por inflación, la misma suerte corre dicho ajuste en las empresas accionistas, por lo que no estamos en presencia de verdadero incremento patrimonial, por lo que ello no es revelador de un hecho imponible alcanzado por el IRACIS.

RENDA DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS (IRACIS). Doble imposición.

En concordancia con el Art. 247° de la Ley 125/92, al presente caso se le debe atribuir una significación acorde a los hechos; y los hechos demuestran que si

bien TAPE PORA S.A.E., ha capitalizado las reservas de revalúo, y por ello, ha entregado a sus accionistas las acciones que representan la porción aumentada, en definitiva, este hecho no es de trascendencia tributaria, ya que la verdadera riqueza se generará a partir del momento en que estas acciones se constituyan en vehículos generadores de nuevas riquezas, la cual se verificará cuando perciban los dividendos como consecuencia de la participación accionaria, naciendo en este momento la obligación de imponer o gravar con el IRACIS en los términos del Art. 2º inciso g). Por lo dicho, se deben gravar los dividendos que se perciban y que cumplan con los requisitos establecidos en el Art. 2º inciso g), en concordancia con el Art. 14º, de la Ley 125/92, modificado por la Ley 2421/04; y no gravar el simple aumento patrimonial a los efectos de evitar la doble imposición, expresamente rechazada por la Constitución Nacional que en su Artículo 180 establece: “DE LA DOBLE IMPOSICIÓN: No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación Tributaria. ...”.

Trib. Ctas. Primera Sala. 23/12/13. “Tape Pora S.A.E. y Otras c/ Resoluciones del 20 de diciembre de 2001 y Res. fictas dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. 210).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de la ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍN AVALOS VALDEZ, RODRIGO A. ESCOBAR E., Y AMADO VERÓN DUARTE.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, A. MARTÍN ÁVALOS VALDEZ, DIJO: Que, en fecha 12 de marzo de 2012 (fs. 23/32 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, el Sr. DIEGO ZAVALA SERRATI, en nombre y representación de las siguientes empresas (a): TAPE PORA S.A.E. RUC N° 80018781-4, conforme al poder que se acompaña, (b) CONEMPAS.A RUC N° 800008084-0, conforme al poder a que se acompaña, (c) TECNOEDIL S.A., RUC N° 80005531-4, conforme al poder que se acompaña, (d) EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A., RUC N° 80057715-9, (e) CANTERAACARAY S.A., RUC N° 800006730-4 conforme al poder que se acompaña, a instaurar demanda contencioso administrativa contra la Resoluciones del 20 de diciembre de 2001 y res. fictas dictadas por la SUBSECRETARÍA DE

ESTADO DE TRIBUTACIÓN. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que ejerzo el mandato de las empresas anteriormente mencionadas, conforme lo acredito con el texto de los poderes que se acompaña, cuya devolución solicito previa certificación por el Actuario de la copia adjunta; salvo las empresas CONENPA S.A. y CANTERA ACARAY S.A., por quienes comparezco sin los respectivos poderes, que están en trámite de ser otorgados, y serán presentados dentro del plazo y en la formalidad que señala el Art. 60 del CPC. Que mis mandatos promueven demanda contencioso administrativa contra las Resoluciones de la Subsecretaría de Estado de Tributación (SET) dictadas en fecha 20 de diciembre de 2011 y que fuera notificada a mi mandante mediante la Nota SET/CC N° 01, de fecha 4 de Enero de 2012 y que fuera entregada en fecha 5 de Enero de 2012, conforme a la copia que se acompaña. Mis mandatos contra dicha resolución interpusieron Recurso de Reconsideración en fecha 19 de Enero de 2012, bajo Expediente N° 20123002230, conforme se acredita con el recibo expedido por la SET, sobre el que hasta la fecha no ha existido pronunciamiento expreso. Por tanto la presente demanda se promueve contra la resolución ficta dado que a la fecha la SET no se ha pronunciado en dicho recurso habiendo transcurrido el plazo legal para resolver el recurso interpuesto. Dejo expresamente aclarado que mi mandante no ha recibido hasta la fecha notificación como lo requiere el Art. 200 de la Ley N° 125/91, conforme al texto modificado por la Ley N° 2421/04 respecto de la resolución. No obstante y para evitar mayores dilaciones, mi parte ha decidido iniciar la presente acción contencioso-administrativa.

I. ANTECEDENTES. Mis mandatos a través del Expediente N° 20113035296 , de fecha 20/10/2011 han formulado Consulta Vinculante amparados en lo dispuesto por el Art. 241 de la Ley N° 125/9, respecto del tratamiento impositivo a la cuenta Reserva de Revalúo, a su capitalización y distribución de acciones resultante de dicha cuenta. La Subsecretaria de Estado de Tributación, se ha expedido sobre dicha Consulta en la resolución expresa que por esta vía se recurre. Lo ha hecho basada a lo dispuesto por el Art. 7, inciso i), y el Art. 12 de la Ley N° 125/91, así como lo contemplado en el Art. 22, Anexo al Decreto Reglamentario N° 6359/05, arribando a las siguientes conclusiones: La Primera Conclusión: *“el incremento patrimonial producido en una empresa por la revaluación de su activo dentro de los parámetros establecido en el citado artículo 12 de la Ley N° 125 / 91, NO SE ENCUENTRA GRAVADO por el Impuesto a la*

Renta a las Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios (IRACIS). (Las mayúsculas son nuestras) La Segunda Conclusión. «*la firma recurrente pretende extender la no incidencia del IRACIS prevista en la legislación sobre dicha operación (revaluación de bienes) al incremento patrimonial producido en las empresas accionistas de la misma, como consecuencia de incorporar en sus respectivos activos LAS ACCIONES RECIBIDAS O A RECIBIR, PROVENIENTES DE LA CAPITALIZACIÓN DEL SALDO CONTABLE, ACUMULADO EN SU CUENTA “RESERVA DE REVALÚO” invocando el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.* (Las mayúsculas son nuestras). Agrega: “*dentro de este contexto, surge que la no incidencia del Impuesto a la Renta sobre la revaluación de activos abarca solo a la empresa que lo efectúa y no a sus accionistas, pues la ley no menciona en forma expresa, entrando en juego en este sentido el principio de legalidad que rige en materia tributaria*”. Luego de otras consideraciones, la SET concluye: “*este Consejo Consultivo sostiene que los respectivos incrementos proporcionales de las empresas accionistas de la firma Tape Pora S.A.E. constituyen ingresos gravados por el Impuesto a la Renta (IRACIS).*”

II. CUESTIÓN DE DERECHO. Como podrán VV.EE. apreciar la controversia con el Fisco se trata de una cuestión de derecho. En tal sentido debemos mencionar que la SET en abono de sus conclusiones ha sostenido también lo siguiente: «*cabe señalar que doctrinariamente, los Sistemas Tributarios utilizan para conciliar la tributación sobre las UTILIDADES de las empresas con los sistemas unitarios de impuestos a la renta o no, la aplicación de varios criterios, una de ellas es el del Ente Separado, este criterio sostiene que la sociedad o empresa constituye un ente o persona distinta independiente de sus acciones dueño o dueños (La mayúscula es nuestra).* En apretada síntesis los argumentos de la SET son:

- a) Que para la empresa en la que se efectúa el revalúo no es incremento patrimonial gravado.
- b) Que para el o los accionista de la empresa la distribución de acciones con motivo de la capitalización de dichas reservas de revalúo constituye un incremento patrimonial gravado.
- c) Que se debe respetar el principio de legalidad.
- d) Que el tratamiento impositivo es tratar al accionista como una persona distinta de la sociedad, en tratándose de utilidades.

LOS ERRORES DE LA SET. La SET comete varios errores. Pero antes de analizarlos debemos detenernos en la médula de la cuestión, la que está contenida en el Art. 12, de la Ley N° 125/91, que convendrá transcribir: *Art. 12. Activo fijo. Constituyen activos fijos los bienes de uso, tanto los aplicados a la actividad como los locados a terceros, salvo los destinados a la venta. Será obligatoria a los efectos del presente impuesto, la revaluación anual de los valores del activo fijo y su depreciación. El valor revaluado será el que resulte de la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios al consumo producido entre los meses de cierre del ejercicio anterior y el que se liquida, de acuerdo con lo que establezca en tal sentido el Banco Central del Paraguay o el organismo oficial competente*. Lo primero que se puede afirmar, a la luz de la disposición transcrita, es que el revalúo contemplado en nuestra legislación es: Anual - Obligatorio - Gratuito. “Gratuito” en el sentido que el “aumento patrimonial” resultante del «mayor valor» que tendrán los bienes del activo fijo, resultante del revalúo, no está gravado por el impuesto a la renta, conforme lo dispone de manera expresa el Art. 7, inciso i) de la Ley N° 125/91.

LAGENEROSIDAD DE LA LEY. Es pertinente preguntarse: ¿Por qué una ley tributaria de impuesto a la renta decide no gravar el aumento patrimonial resultante del revalúo? ¿Es resultado de un error del legislador? ¿Estaba el legislador obligado a establecer esta “gratuidad”? Es sabido que lo único que puede constreñir al legislador, al sancionar una ley, es la Constitución Nacional o los tratados internacionales, ratificados y canjeados, conforme lo dispone terminante el Art. 137 de nuestra Carta Magna veremos que es justamente la Constitución Nacional la que dispone que el aumento patrimonial producto del revalúo de los bienes del activo fijo no es renta gravada.

EL VALOR REVALUADO. *“El valor revaluado será el que resulte de la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios al consumo producido entre los meses de cierre del ejercicio anterior y el que se liquida...”*, dispone el tercer párrafo del artículo 12 arriba transcrito. Es fácil advertir que el revalúo anual, obligatorio y gratuito al que nos estamos refiriendo no es otra cosa que un AJUSTE POR INFLACIÓN. No estamos ante un «incremento o aumento patrimonial» real. Es apenas ajustar ese patrimonio a su valor anterior, a su valor anterior a la inflación anual ocurrida.

LA INFLACIÓN. Se define a la inflación como un “aumento del nivel general de precios”. Los ejemplos siempre ayudan. Si el año pasado una persona

necesitaba, por ejemplo Gs. 1.000.000 para pagar su consumo de agua, luz, teléfono, alimentos, vestimenta, medicamentos, educación, etc., y para hacer esas mismas compras hoy necesita Gs. 1.200.000, la inflación en ese año —el aumento general de los precios— ha sido del 20%. Si esa persona del ejemplo, el año pasado tenía un ingreso de Gs. 1.000.000 y hoy de Gs. 1.200.000, en términos nominales estaría “ganando más”, pero dado que la inflación en nuestro sencillo ejemplo es del 20%, esa persona está ganando, en términos reales, de su capacidad de compra, una suma exactamente igual.

LOS ACTIVOS FIJOS. Los activos fijos de las empresas también están expuestos a los efectos de la inflación. Por ejemplo, si una máquina, el año pasado costaba 100 cuando fue adquirida y este año (manteniéndose todo sin ninguna variación) la inflación es del 20%, el aumento nominal de 20 debe registrarse en la contabilidad de la empresa y en consecuencia, esa maquina aparecerá ahora en la contabilidad de la empresa con un valor de 120 (menos su depreciación). Ese “aumento o incremento” patrimonial —20— no es una ganancia, no es un mayor ingreso real, es apenas un asiento contable, que reconoce que la inflación de ese año ha sido del 20%. Este incremento nominal, este aumento nominal, este ajuste contable por inflación, no está ni puede estar gravado por el impuesto a la renta, ya que su único propósito es “poner al día”, en términos nominales, el valor de esa inversión.

LA SET ESTA TOTALMENTE DE ACUERDO. Lo anteriormente explicado es plenamente compartido por la Subsecretaría de Estado de Tributación. En efecto, en la respuesta a una Consulta Vinculante, de fecha 16 de Diciembre de 2005, hizo suya la opinión contenida en el Informe C.C./N° 228 de su Consejo Consultivo. Como se podrá apreciar, de manera técnica y elegante la SET ha dicho cuanto sigue: *“la revaluación de los bienes del activo fijo tiene por finalidad la adaptación del valor de los bienes poseídos contablemente, al nivel de precios vigente en el momento del revalúo y el costo probable de sustitución de dichos bienes. En el caso particular de los bienes amortizables, las amortizaciones ordinarias que, en el curso del proceso productivo se practican están referidos sólo a la reconstitución de un valor de origen determinado, correspondiente a un nivel de precios distinto al que ha de regir en la oportunidad en que se complete la vida útil de tales bienes, o se haga necesario su remplazo por razones económicas o técnicas. De ahí que, de no adoptar medidas de corrección de tales valores originales, el contribuyente se podría encontrar con sorpresas de que su*

requisamiento o su sustitución parcial de bienes de la explotación, le exija un desembolso de dinero muy superior a la suma total de las amortizaciones ordinarias practicadas. Para evitar tales inconvenientes, derivado de un proceso de constante desvalorización monetaria que correlativamente motiva un aumento progresivo de precios, es que se recurre a distintos procedimientos de actualización de los valores poseídos. Entre ellos se encuentra la revaluación de bienes, adoptada por nuestra legislación impositiva en su artículo 12° el cual establece como norma general la revaluación obligatoria de los bienes del activo fijo del contribuyente del Impuesto a la Renta empresarial”.

EL TRIBUNAL DE CUENTAS TAMBIÉN SOSTUVO ESA INTERPRETACION. En el Acuerdo y Sentencia N° 61 del año 2007, la Segunda Sala del Honorable Tribunal de Cuentas, sostuvo lo siguiente: “*A partir de la sanción de la lo, 125 que establece el nuevo régimen tributario, la revaluación del inmueble que forma parte del activo fijo de la empresa no debe tributar porque consiste en una simple actualización de valores, el revalúo de los bienes debe llevarse a adelante, a fin de que el valor de los mismos reflejen su costo probable de sustitución y así adaptarse al nivel de precios del mercado, por lo que no podría gravarse el aumento patrimonial, puesto que el mismo no es producto de ninguna actividad gravada. La norma tributaria no grava, y menos aun no prohíbe. Esta revaluación constituye una renta no gravada. No es ganancia imponible. La ganancia imponible surgirá el día en que la empresa venda el bien inmueble a un tercero el bien revaluado, porque ese bien revaluado no está en el giro comercial de la empresa, no es «mercadería», en consecuencia, si se vende y cuando se venda el precio deberá ser declarado como ingreso bruto deviniente de la venta ocasional y no habitual del bien del activo fijo” (Las negritas son nuestras).*

EL TRATAMIENTO CONTABLE. Resulta importante tener presente cual es el tratamiento contable al valor revaluado de los bienes del Activo Fijo. En el antes mencionado Acuerdo y Sentencia, se consigna lo siguiente: “*Calificada doctrina nacional afirma que “el revalúo del bien lo que nos permite es conocer en teoría cuantos guaraníes nos cuesta reponer el bien, sabiendo cuanto ha perdido el dinero en su poder adquisitivo en el periodo de un año. Por cuanto no se reconoce como UNA UTILIDAD, sino la ACTUALIZACIÓN DEL CAPITAL pero contablemente no se imputa directamente a la cuenta capital, sino en una cuenta de reserva, que no es mas que una extensión del capital. La reserva de*

revalúo puede capitalizarse, mas no puede distribirse como dividendo». Ver Tratamiento contable de los bienes del activo fijo. Primera parte. Andrés Hermosilla. Análisis profesional. La ley Paraguaya. Octubre 2002” (Las negritas son nuestras).

LA CAPITALIZACIÓN DE LAS RESERVAS. Como bien explica el Prof. Hermosilla las reservas pueden capitalizarse. Este proceso está claramente explicado por los autores uruguayos Nuri Rodriziez Olivera y Carlos E. López Rodrigues Esma, en su monografía el «Aumento del capital integrados de las sociedades anónimas», que por su sencillez, nos permitimos transcribir: “... **2. Proceso de la capitalización de los reajustes de valores del activo.** Una sociedad anónima puede resolver actualizar los valores del activo en los estados contables. Al hacerlo, en el activo aparecerán determinados bienes con el valor que tenían a la fecha de su ingreso al patrimonio social y el aumento del valor que han tenido a la fecha de la actualización. En el pasivo figurará el aumento del valor como un rubro patrimonial. En otras palabras, en los rubros del activo el bien revaluado figurará con su mayor valor y se balancea en el pasivo, en un rubro patrimonial. Al revaluar bienes del activo, los valores contables se acercan a los valores **reales** y esa revaluación se refleja en los estados contables del ejercicio en que se realiza. Las plusvalías del activo no son distribuibles porque sólo lo son las ganancias realmente obtenidas por la actividad social. Las plusvalías, si bien constituyen un incremento, no son una ganancia resultante de la actividad social. Por ello es que se llevan a una cuenta patrimonial. En un momento ulterior, la sociedad podrá resolver capitalizar el rubro de actualización. **La capitalización de la revaluación se efectúa mediante una mera operación contable en los rubros patrimoniales. Se debita el rubro de revalúo de bienes del activo y se acredita el rubro capital integrado.** En este caso, no hay un aumento del patrimonio, en sentido jurídico, pues no ingresan bienes al patrimonio social y no se reducen pasivos. Sucede, en este caso, que meramente se da nuevo valor a los bienes ya existentes. Las acciones que se emiten por esa capitalización se distribuyen entre los accionistas como **acciones liberadas** por cuanto la revaluación del activo supone que existe un plus al cual tienen derecho los accionistas, derecho ideal y eventual, según ya hemos analizado respecto al rubro capital integrado”.

UN PRIMER RESUMEN. A modo de resumen se puede arribar a estas conclusiones.

a) La ley dispone que la revalorización de los bienes del activo fijo no constituyen ingresos gravados.

b) La ley dispone que esa revalorización es anual, obligatoria y sin costo impositivo.

c) La ley dispone que esa revalorización se realiza aplicando la variación anual del Índice de Precios al Consumo.

d) La SET tiene opinión vinculante emitida reconociendo que dicha revalorización o revalúo es apenas un modo de reponer contablemente el valor contable de los bienes del activo por razón de la inflación.

e) La Segunda Sala del Honorable Tribunal de Cuentas, ha arriba en un caso concreto a las mismas conclusiones.

f) El valor resultante del revalúo no es un cuenta de resultado.

g) El valor resultante del revalúo no es utilidades.

h) El valor resultante del revalúo es una cuenta denominada «reserva de revalúo.

i) La cuenta reserva de revalúo es una cuenta patrimonial.

j) La cuenta patrimonial reserva de revalúo es una extensión del capital.

k) La cuenta patrimonial reserva de revalúo siendo una extensión del capital es una cuenta capitalizable.

l. La cuenta reserva de revalúo al capitalizarse tiene como consecuencia la emisión de acciones por igual valor al valor de la reserva.

m) Las acciones emitidas contra la cuenta de revalúo son entregadas a los accionistas en proporción a sus acciones.

n) Las acciones entregadas son sin costo para el accionista.

o) Las acciones así emitidas no producen un aumento real del capital social sino solamente un aumento contable.

LA DISPUTA. Todo lo antes expresado no aparece cuestionado. Entonces, ¿dónde está la disputa? La misma está en que la SET considera que las acciones que reciben los accionistas, las que fueron emitidas al capitalizarse la reserva de revalúo, constituyen INGRESOS GRAVADOS para dichos accionistas, ya que entiende que en la contabilidad de los accionistas, recibir y registrar esas acciones constituye un incremento patrimonial gravado. Hemos realizado una, quizás muy larga explicación, para exponer que el revalúo de los bienes del activo fijo es un AJUSTE POR INFLACIÓN. Las acciones que se entregan libres de costo a los accionistas, no son utilidades, es la “extensión” del capital

aportado ajustado parcialmente por la inflación. Al sostener la SET, sin ningún fundamento legal o contable, que dichas acciones son ingresos gravados, lo que la SET pretende es CREAR UN IMPUESTO A LA INFLACION, por la vía interpretativa. En esta pretensión verdaderamente sorprendente la SET tropieza con vallas infranqueables de orden constitucional, a saber:

a) La primera, *“nadie está obligado al pago de tributos ... que no hayan sido establecidos por la ley”* (Art. 44).

b) La segunda, los impuestos solo pueden ser creados por una ley del Honorable Congreso Nacional a tenor de lo dispuesto por el Art. 178.

c) La tercera, la inflación es un perjuicio patrimonial que no puede estar sujeto a impuesto. La Constitución Nacional establece que **los impuestos deben responder** a *“principios económicos y sociales justos, así como a políticas favorables a desarrollo nacional”*, por lo que cualquier intento de gravar con impuestos al ajuste de la inflación será un desacierto al quebrantar elementales principios económicos y desalentar toda posibilidad del desarrollo nacional.

d) La cuarta, la confiscación de bienes está proscripta conforme lo preceptúa el Art. 109.

Pero la SET también tropieza con impedimentos legales. En efecto:

a) El Impuesto a la renta llamado IRACIS, grava las *“rentas de fuente paraguaya provenientes de la realización de actividades de comerciales, industriales o de servicios que no sean de carácter personal”* (Art. 1 y 2 de la Ley N° 125/91). El ajuste contable por inflación (reserva de revalúo) no constituye ninguna actividad comercial, industrial o de servicios. Es apenas el registro contable de que devuelve el valor de los bienes del activo fijo deteriorados por la inflación, conforme al índice de Inflación establecido por el Estado.

b) En igual sentido Art. 7 de la misma ley, al definir el concepto de renta bruta lo hace definiendo como *“la diferencia entre el ingreso total proveniente de las operaciones comerciales, industriales o de servicios y el costo de los mismos”*. El revalúo no es un ingreso, es un registro contable que refleja el monto de la pérdida de valor de los bienes del activo fijo por inflación.

c) La misma ley, en el mismo Art. 7, inciso i) dispone que no será gravado el aumento patrimonial, el que resulte de la revaluación de los bienes del activo fijo, como el que provenga de *“actividades no gravadas o exentas de este impuesto”*. Es decir, que no todo aumento patrimonial está gravado.

LOS ERRORES DE LA SET. La SET incurre en varios errores.

a) El primero, entiende que la entrega de las acciones emitidas como resultado de la capitalización de la cuenta «reserva de revalúo» es una distribución de Utilidades. Más arriba al referirnos a “Cuestión de Derecho”, hemos transcritto el fundamento de la SET y resaltado en mayúsculas UTILIDADES que utiliza en aras de sostener la gravabilidad de las acciones distribuidas. Aún, en hipótesis absurda que la distribución de acciones resultado de la capitalización de la reserva de revalúo, fuese una distribución de utilidades, habrá de tenerse presente que por el Art. 14 de la Ley 125/91, texto actualizado por la Ley N° 2421/04, se encuentran expresamente exentas. El Art. 20, numeral 2) textualmente dispone: *“Las utilidades destinadas a la atenta de reserva legal, o a reservas facultativas o a capitalización no estarán sujetas al impuesto establecido en este numeral”*. Este artículo grava la “distribución de utilidades”. Expresamente considera que no hay distribución de utilidades, cuando se trata de la capitalización de las reservas. Por tanto, la capitalización de la reserva de revalúo no está sujeta al impuesto a la renta. El Art. 20, numeral 4), inciso b), última parte dispone: *“la distribución al dueño, socio o accionista DEL EXCESO de la reserva legal, de las reservas facultativas o DEL CAPITAL POR REDUCCIÓN DEL CAPITAL QUE FUERA INTEGRADO POR CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES NO DISTRIBUIDAS, constituyen actos gravados en concepto de distribución de utilidades sujetas al impuesto establecido en los numerales 2)y 3) del presente artículo, según el caso, en la fecha en que se dispuso su distribución. Se presume que la reducción del capital proviene de la capitalización de utilidades no distribuidas, salvo los casos de cierre o clausura de la empresa, o por reducción del capital por debajo del capital integrado con aportes de los socios distintos de la capitalización de utilidades”*. (Las mayúsculas son nuestras). Esta disposición lo que claramente establece es que la devolución del capital aportado, incluyendo el capital ajustado por inflación, en ningún caso, será considerado como distribución de utilidades.

b) El segundo lugar, la SET sostiene que la exoneración o exclusión de la renta bruta dispuesta por el Art. 7, inciso i) de la ley tributaria, respecto de las «reservas de revalúo», no benefician a los accionistas ya que conforme a la moderna ciencia tributaria, se le debe dar un tratamiento fiscal distinto. Este punto no está en discusión. En verdad en los mismos orígenes del derecho está establecida la separación de la sociedad y sus dueños. En nuestro Código Civil, su Art. 94 dispone: “Las personas jurídicas son sujetos de derecho distinto de sus

miembros y sus patrimonios son independientes”. El capital social es por ese motivo un PASIVO de la sociedad, ya que la sociedad reconoce al dueño, accionista en nuestro caso, como el titular de ese capital aportado. Como llevamos expuesto, la reserva de revalúo es una cuenta patrimonial que busca corregir parcialmente la pérdida del valor nominal del capital social. Pero ese capital social tiene un dueño, un titular, un propietario. En nuestro caso, son los accionistas de la sociedad TAPE PORAS.A.E. Cualquier ajuste de inflación del valor del capital aportado, no significa un incremento real del patrimonio de los accionistas, es apenas un incremento contable o incremento nominal del valor monetario ajustado) por el índice de inflación. Un sencillísimo ejemplo ilustra lo anterior. Capital aportado: Gs. 100. Valor de cada acción: Gs. 1. Cantidad de acciones: 100. Cantidad de accionistas: 2. Accionista 1: 50 acciones. Accionista 2: 50 acciones. Cada accionista tiene derechos sociales sobre el 50% del patrimonio neto. Reserva de revalúo capitalizada: Gs. 100. Acciones liberadas emitidas: 100. Total del capital aportado + capital incrementado por inflación: Gs. 200. Cada accionista tiene 100 acciones, pero mantiene derechos sociales sobre el 50% del patrimonio neto. Ningún accionista es más “rico”. Lo único que ha aumentado es la cantidad de acciones por aumento del nominal del capital parcialmente ajustado por inflación. El “aumento” nominal es parte de la inflación registrada.

III. CONCLUSIÓN. La reserva de revalúo es un ajuste parcial por inflación contemplado en nuestra legislación impositiva, es anual y obligatorio y sin que pueda estar sometido a tributación alguna. La capitalización de dicha reserva trae como resultado la emisión de acciones liberadas, las que pertenecen a los accionistas, y que apenas reflejan la variación nominal del capital aportado resultante de la inflación reconocida en los registros contables de la sociedad. Dado que la sociedad en que se realiza el ajuste por inflación reconoce al capital como un pasivo, cuyos titulares son los accionistas de la misma, el incremento nominal del pasivo capital social, no constituye ningún ingreso gravado para los accionistas. Por tanto, la resolución expresa y la ficta de la SET que por esta vía mis mandantes recurren, debe ser revocada en su totalidad.”

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, en fecha 20 de julio de 2012 (fs. 137 a 146 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, HUGO A. CAMPOS LOZANO, Abogado Fiscal del

Ministerio de Hacienda, bajo patrocinio del Abogado del Tesoro, Hernán W. Martínez Sánchez, a contestar la presente demanda contencioso administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos:

“(1) NEGACIÓN CATEGÓRICA: QUE, NIEGO CATEGÓRICAMENTE TODOS Y CADA UNO DE LOS HECHOS Y DERECHOS EN QUE PRETENDE FUNDARSE LA PARTE ACTORA EN EL TRASLADO QUE SE RESPONDE, SALVO AQUELLOS QUE FUESEN EXPRESAMENTE RECONOCIDOS POR MI PARTE EN ESTA PRESENTACIÓN, LO QUE PETICIONO, SE TENGA EN CUENTA AL MOMENTO DE DICTARSE RESOLUCIÓN DEFINITIVA.

(2) FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA Y CORRESPONDIENTE CONTESTACIÓN: Por Nota presentada en fecha 15 de septiembre de 2011 (Expte. SET20113035296), la firmas contribuyentes ut supra mencionadas, han realizado una «consulta vinculante», a tenor del derecho que les asiste en virtud del art. 241 de la Ley N° 125/91, en los siguientes términos: ... 1) *LA SOCIEDAD. La empresa Tapé Porá S.A.E. es una Sociedad Anónima Emisora, inscrita en la Comisión Nacional de Valores (CNV), bajo el N° 541/00, cuya finalidad y objetivo primordiales se exponen en sus estatutos sociales y que consisten en la ampliación, recuperación, adecuación, conservación y explotación bajo condiciones de CONCESIÓN de la Ruta V “Doctor José Gaspar Rodríguez de Francia” otorgada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MO.P.C.). Esta sociedad fue constituida según escritura N° 413 pasada ante el Escribano y Notario Público Ramón Zubizarreta Zaputovich a los 25 días del mes de noviembre de 1998. La sociedad fue constituida para dar continuación a las operaciones del Consorcio Tapé Porá, beneficiario original del Contrato de Concesión. Ello fue reconocido por el MO.P.C. en fecha 9 de setiembre de 1999 y por el Poder Ejecutivo según Decreto N° 8.263 de fecha 10 de abril de 2000. La composición de los Accionistas y por ende la conformación de TAPE PORA S.A.E., quedó a partir del 04 de Diciembre del 2009 de la siguiente forma: Conempa S.A, Cantera Acaray S.A, Emprendimientos & Concesiones S.A. y Tecnoedil S.A. La Sociedad explotará el cobro de peajes por 25 años. 2) SITUACIÓN DE HECHO. OPINIÓN FUNDADA. Tape Pora S.A.E., desde el inicio de sus operaciones comerciales ha venido revaluando anualmente los valores de sus bienes de uso (Activo Fijo), y estimadas sus depreciaciones. Dichos ajustes contables obligatorios son realizados sistemáticamente en cada ejercicio fiscal, de acuerdo a lo*

establecido en el artículo 12°. Activo Fijo de la Ley N° 125/91 (Actualizada). Es decir, el revalúo se cuantifica y registra en la contabilidad aplicando el porcentaje de variación del índice de precios de consumo (IPC), de acuerdo con lo establecido en tal sentido el Banco Central del Paraguay (BCP) y publicado por la Sub Secretaría de Tributación (SET). En tal sentido, los mayores valores originados por la aplicación del IPC, con adicionados a los Bienes de Uso e imputados con abono a la cuenta Patrimonial «Reserva de Revalúo». Por su parte la Ley 125/91 –Actualizada– en su artículo N° 7 -Renta Bruta- inciso i), exceptúa expresamente al incremento patrimonial producido por la revaluación de los bienes del activo fijo. Es decir, que en realidad no estamos ante una utilidad, ni un aumento genuino del Patrimonio Neto, o ganancia de capital, el mayor valor reconocido en la cuenta contable “Reserva de Revalúo”, no es más que una restitución del valor del bien, lo que el dinero perdió en su poder adquisitivo. Y por consiguiente, si el ajuste se practica dentro de los límites admitidos por la reglamentación emitida por la Administración Tributaria (SET) no está gravado por el Impuesto a la Renta. Esta actualización del capital imputada contablemente como una Reserva, no es más que una extensión del capital aportado por los accionistas. Por lo tanto, las Reservas de Revalúo, solo pueden capitalizarse y no distribuirse como dividendos, por carecer de las características de estos. Es así que, estas reservas, al no ser utilidad, ni un aumento genuino del patrimonio neto, y menos una ganancia de capital, no constituye un hecho gravado, por el IRACIS (10%) ni por la tasa adicional para la distribución de dividendos (5%), establecida en el artículo N° 20 –tasas– inc. 2) .de la Ley N° 125/91 (actualizada). Así también, el mismo artículo N° 20, expresa que la capitalización de las reservas, no están sujetos a la tasa adicional mencionada. Por su parte, la última parte del citado artículo N° 20 de la Ley N° 125/91 (actualizada), prevé que la reducción de capital (rescate de acciones) provenientes de integraciones accionarias distintas a la capitalización de utilidades, como son las Reservas de Revalúo, constituyen actos NO GRAVADOS por el Impuesto a la Renta (IRACIS). Así también la Ley 1284/98 –Mercado de Valores– en su artículo 126°, incorpora el ajuste del Patrimonio por efecto de la inflación, a fin de preservar el valor patrimonial de las empresas, contemplando incluso la retasación del activo y pasará a una reserva especial que debe ser capitalizada, indicando expresamente que el monto del ajuste es deducible del impuesto a la Renta. Abundando en normativa que contribuye, aún más, con el argumento

fundamentado en esta consulta, mencionamos el Decreto N° 6.359/05 artículo 18 –Integración y Recates– expresa que las integraciones de capital accionario no generan Impuesto a la Renta, como tampoco las reducciones del mismo, a su vez determina un orden de prelación en casos de reducción de capital que incluye reservas y el propio capital efectivamente aportado. La Constitución Nacional en su Artículo 44° contempla expresamente, que no hay tributo si no está previsto en la Ley. La utilización de los principios generales del derecho es una fuente jurídica reconocida en la Doctrina Paraguaya y sirven para solucionar controversias judiciales, en este caso aplicable al Derecho Tributario, utilizado en muchos casos hasta inclusive como norma supletoria de la propia Ley. Al efecto, mencionamos para el caso que nos ocupa «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». “No hay tributo, sino está previsto en la Ley”. En cuanto a las normas técnicas de aceptación generalizada en el País (NIC 16-Propiedades, Planta y equipo), reconoce las revaluaciones periódicas de los Activos Fijos como un mecanismo para reflejar el valor actualizado de estos bienes, y precautelar la integridad del Patrimonio Societario. Consistentemente con este criterio técnico, la normativa fiscal ha incorporado en el Decreto N° 6.359/05 –Art. 110°– a las NIC dentro del ordenamiento jurídico, como una norma técnica aplicable en las empresas para la correcta valuación y medición en los Estados Contables. Hasta acá se ha demostrado con absoluta claridad jurídica lo siguiente: 1) Que los revalúos de los Bienes de uso (Activo Fijo) obligatorios por la Ley N° 125/91 (actualizada) son rentas NO GRAVADAS, siempre que estén dentro de los límites reglamentarios, que la técnica contable los computa en una cuenta patrimonial denominada «Reserva de Revalúo». 2) Que no existe impedimento legal ni reglamentario para proceder a la capitalización e integración del saldo contable acumulado en la cuenta reserva de Revalúo, que fuera calculado según la Ley N° 125/91 (actualizada) y su reglamentación, y su posterior registro contable en la cuenta “Capital Social” de TAPE PORA S.A.E. Todo conforme a los lineamientos dispuestos en el Código Civil Paraguayo y la Ley N° 1284/98 del Mercado de Valores. 3) Que la emisión e integración correspondiente a las nuevas acciones provienen de integración de acciones originadas en la capitalización de las Reservas de Revalúo obligados por Ley, es decir de rentas NO GRAVADAS, por la Ley 125/91 (actualizada), y la Ley N° 1.284 por lo tanto libre de todo gravamen impositivo, siguiendo el principio jurídico de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a su vez, el incremento patrimonial experimentado en las empresas accionistas

constituyen rentas no gravadas por el IRACIS. Dicho de una manera más sencilla, los accionistas de TAPE PORA S.A.E. recibirán, en la respectiva proporción accionaria, las Reservas de Revalúos legales que le corresponden, que por motivos reglamentarios fueron capitalizadas y documentadas en nuevas acciones, de manera a compensar el poder adquisitivo perdido con sus inversiones originales en la empresa TAPE PORA S.A.E. Explicado estos antecedentes y los derechos en los cuales se basa este escrito corresponde plantear la situación concreta que es el motivo de la Consulta: Según lo expuesto, los accionistas: CONEMPA S.A., TECNOEDIL S.A., EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A., y CANTERA ACARAY S.A., recibirán proporcionalmente a sus aportes accionarios nuevas acciones de TAPE PORA S.A.E., con motivo de la capitalización de las Reservas de Revalúo. A su vez, los accionistas mencionados deben registrar en sus respectivas empresas, en el rubro del Activo dichas inversiones, práctica contable que incrementará sus patrimonios fiscales proporcionalmente. Ahora bien, la pregunta es: ¿Dicho incremento patrimonial reflejado en el aumento de los Activos (Inversiones), de las empresas CONEMPA S.A., TECNOEDIL S.A., EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A., y CANTERA ACARAY S.A. derivado de las nuevas acciones recibidas de TAPE PORA S.A.E., con motivo de la capitalización del revalúo legal, constituye renta gravada por la Ley 125/91 -texto actualizado-. En nuestra opinión los incrementos patrimoniales por la incorporación en el activo de las empresas accionistas de TAPE PORA S.A.E., de las nuevas acciones provenientes de una actividad o hecho no gravado, en este caso el saldo contable de la cuenta "Reserva de Revalúo", están expresamente contemplados en la Ley N° 125/91 (actualizada), específicamente en el Artículo 7° - inc. i) "Renta Bruta", que menciona claramente tres excepciones que no están alcanzadas por el Impuesto a la Renta y son: 1) El incremento proveniente de la revaluación de los bienes del Activo Fijo, con la limitación establecida en el Decreto N° 6359/08 - artículo 22° - última parte. 2) Los aportes de capital; y 3) Aquel que proviene de actividades no gravadas o exentas del Impuesto a la Renta (IRACIS). En este sentido y a la luz de los hechos y derechos mencionados precedentemente se colige con meridiana claridad que las empresas CONEMPA S.A., TECNOEDIL S.A., EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A., y CANTERA ACARAY S.A., deben tratar impositivamente y en sus contabilidades, a las acciones recibidas de TAPE PORA S.A.E., integradas con saldos contables de Revalúo Legal, como un incremento patrimonial NO

GRAVADO, libre de impuestos (porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal), y así debe considerarse en las declaraciones juradas fiscales, imputándolas en una cuenta de "Ingresos No Gravadas", en el estado de resultados, o la creación de una "Reserva Facultativa" componente del Patrimonio Neto; a opción de sus administraciones. Porque se refiere a incrementos no originados en utilidades o ganancias genuinas de capital, sino que representan una extensión del capital aportado originariamente por los accionistas con motivo de la aplicación de índices de corrección monetaria..." (subrayado es nuestro). En su Nota SET/CC N° 01 de fecha 04 de enero de 2.012, la Administración Tributaria ha dado respuesta a dicha consulta, en los términos siguientes: *"Con relación a la consulta planteada, cabe señalar el artículo 7 de la Ley N° 125/91 que establece que constituye renta bruta entre otras; "i) Todo aumento producido en el ejercicio, con excepción del que resulte de la revaluación de bienes del activo fijo y los aportes de capital, o los provenientes de actividades no gravadas o exentas de este impuesto»* (las negritas son nuestras). Por su parte, el artículo 12 del mismo cuerpo legal establece en su parte pertinente que: *"Sera obligatoria a los efectos del presente impuesto, la revaluación anual de los valores del activo fijo y su depreciación. El valor revaluado será el que resulte de la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios de consumo producido entre los meses de cierre del ejercicio anterior y el que se liquida, de acuerdo con lo que establezca en tal sentido el Banco Central del Paraguay o el organismo oficial competente". En ese sentido, es apropiado mencionar el artículo 22° del Reglamento Anexo al Decreto N° 6359/05 "POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO A LA RENTA DE LAS ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES O DE SERVICIOS" el cual establece lo siguiente: AUMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS. Los aumentos patrimoniales que no estén respaldados documentalmente, incrementados con el importe de dinero o bienes que hubiere dispuesto o consumido en el año, se consideran ganancias del ejercicio en que se produzcan. En ese sentido, se entiende que la revaluación de los bienes del activo fijo, se refiere únicamente al valor revaluado que resulte de la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios al consumo producido entre los meses de cierre del ejercicio anterior y el que se liquida, de acuerdo a lo que establezca en tal sentido el Banco Central del Paraguay, como se dispone en el último párrafo de Art. 12° de la Ley. (las negritas son nuestras). -C so e puede observar, el incremento patrimonial producido en una empresa por la revaluación de su activo dentro*

de los parámetros establecidos en el citado artículo 12 de la Ley N° 125/91 no se encuentra gravado por el Impuesto a la Renta a las Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios (IRACIS).-Ahora bien, la firma recurrente (TAPE PORA SAE) pretende extender la no incidencia del IRACIS prevista en la legislación sobre dicha operación [revaluación de bienes), al incremento patrimonial producido en las empresas accionistas de la misma, como consecuencia de incorporar en sus respectivos activos las acciones recibidas o a recibir, provenientes de la capitalización del saldo contable acumulado en su cuenta “Reserva de Revalúo”, invocando el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Dentro de ese contexto, surge que la no incidencia del impuesto a la renta sobre la revaluación de activos, abarca solo a la empresa que lo efectúa y no a sus accionistas, pues la Ley no lo menciona en forma expresa, entrando en juego en este sentido el principio de legalidad que rige en materia tributaria. Es así, que apoyamos lo dicho en el argumento de contradicción «a contrario sensu» utilizable en esta rama, que se formula en el aforismo «incluida una cosa se entienden excluidas las demás», es decir, que la voluntad expresada en el caso previsto por el legislador supone en todos los otros casos no incluidos una voluntad contraria.-Las leyes tributarias deben ser interpretadas de forma declarativa o estricta, es decir, que debe limitarse a comprobar que el texto literal de la Ley corresponde adecuadamente al pensamiento del legislador y ser aplicado exacta y únicamente a todos los casos y situaciones que expresan sus términos. -Por otra parte, cabe señalar que doctrinariamente, los Sistemas Tributarios utilizan para conciliar la tributación sobre las utilidades de las empresas con los sistemas unitarios de impuestos a la renta o no, la aplicación de varios criterios, una de ellas el del “Ente Separado”; este criterio sostiene que la sociedad o empresa constituye un ente o persona distinta e independiente de sus accionistas, dueño o dueños. -Sustentado en la doctrina mencionada, la Ley N° 125/91 en su Artículo 8° inciso e) –Renta Neta–, admite como gastos deducibles las remuneraciones asignadas al dueño y su cónyuge, socio, directores, gerentes y personal superior. De esta forma queda clara, la separación del Ente Económico generador de la renta, de quien o quienes lo constituyen. Asimismo, señalamos que el hecho de que por disposición legal expresa, para TAPE PORA SAE, el incremento por revalúo de sus bienes de activo fijo no estén gravados por el IRACIS de acuerdo al artículo 7° de la Ley N° 125/9 precedentemente transcrito, antes que servir de elemento para pretender no gravar los aumentos proporcionales en las respec-

tivas empresas accionistas de ésta, podríamos decir que dicha circunstancia refuerza la teoría de gravar. Pues si para TAPE PORA SAE, hubiera sido un incremento patrimonial gravado por el IRACIS, sí podríamos entender la pretensión de no volver a gravar el mismo hecho en las sociedades inversionistas de ésta. POR TANTO, en base a las consideraciones expuestas precedentemente, este Consejo Consultivo sostiene que los respectivos incrementos proporcionales de las empresas accionistas de la firma TAPE PORA SAE, constituyen ingresos gravados por el Impuesto a la Renta (IRACIS) y consecuentemente admitir la deducción al momento de su enajenación, como costo o gasto deducible”(subrayado es nuestro).

Al analizar el ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE DEMANDA, la parte actora ataca la posición de la Administración, argumentando que: “...la SET considera que las acciones que reciben los accionistas, las que fueron emitidas al capitalizarse enerva de revalúo, constituyen INGRESOS GRAVADOS para dichos accionistas, ya que entiende que en la contabilidad de los accionistas, recibir y registrar esas acciones constituye un incremento patrimonial gravado. -Hemos realizado una, quizás muy larga explicación, para exponer que el revalúo de los bienes del activo ,fljo es un AJUSTE POR INFLACIÓN. Las acciones que se entregan libres de costo a los accionistas, no son utilidades, es la «extensión» del capital aportado ajustado parcialmente por la inflación. -Al sostener la SET, sin ningún fundamento legal o contable, que dichas acciones son ingresos gravados, lo que la SET pretende es CREAR UN IMPUESTO A LA INFLACIÓN, por la vía interpretativa...” (sic). Finalmente, y en su parte medular, sostiene que “...La reserva de revalúo es un ajuste parcial por inflación contemplado en nuestra legislación impositiva, es anual y obligatorio y sin que pueda estar sometido a tributación alguna. La capitalización de dicha reserva trae como resultado la emisión de acciones liberadas, las que pertenecen a los accionistas, y que apenas reflejan la variación nominal del capital aportado resultante de la inflación reconocida en los registros contables de la sociedad. -Dado que la sociedad en que se realiza el ajuste por inflación reconoce al capital como un pasivo, cuyos titulares son los accionistas de la misma, el incremento nominal del pasivo capital social, no constituye ningún ingreso gravado para los accionistas”(sic). En tal sentido, esta Representación Fiscal, al tiempo de hacer nuestras las consideraciones y conclusiones vertidas en la Nota SET/CC N° 01 de fecha 04 de enero de 2.012 (transcriptas in extenso a fs. 4/5), que compartimos

por hallarse ajustadas a derecho, y a fin de evitar innecesarias repeticiones, nos permitimos referirnos al escrito de demanda, a fin de hacer notar cuanto sigue: El argumento central de la parte actora es que *«Las acciones que se entregan libres de costo a los accionistas, no son utilidades, es la “extensión” del capital aportado ajustado parcialmente por la inflación»* (sic), y en tal sentido, apoya este razonamiento en el principio jurídico «lo accesorio sigue la suerte de lo principal», que por ser genérico, resulta aplicable a todas las ramas jurídicas. Sin embargo, debemos señalar que en la rama del derecho tributario — que nos ocupa en la especie-, este principio coexiste y en algunas ocasiones se halla subordinado a otros de rango superior —dada la especialidad— como el “PRINCIPIO DE LEGALIDAD”, ya que la creación de tributos -y lo concerniente a exoneraciones y exenciones-, así como todo lo relacionado al mismo debe estar expresamente previsto en la Ley. Es la propia Constitución Nacional, que en su art. 179, establece sobre la “CREACIÓN DE TRIBUTOS” que *“Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos, así como a políticas favorables al desarrollo nacional. Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario»* (subrayados son nuestros). Al respecto, es prudente consignar que EN MATERIA DE TRIBUTOS, SU CREACIÓN ASÍ COMO TODA EVENTUAL EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN FISCAL ESTABLECIDO DEBE ESTAR EXPRESAMENTE ESTABLECIDA EN LA LEY, y que la ejecución de las normas legales en cuanto se refiera a exoneraciones fiscales, debe ser estricta y únicamente de conformidad al texto legal.

El Dr. Carlos A. Mersán, en su libro “Derecho Tributario”, Pag. 282, dice que *“...existen dos maneras de legislar acerca de las llamadas exoneraciones fiscales: una determinando por la vía de las excepciones, los casos y situaciones que el legislador considera conveniente no gravar aunque coinciden con el hecho imponible, y otra, la de establecer expresamente los hechos y situaciones no alcanzados por los hechos imposables previstos en la ley. En la primera de las formas la materia imponible enuncia positivamente y las excepciones sirven para firmar la regla. En la segunda de ellas la mención de las situaciones no alcanzadas ayuda a precisar las gravadas...”* (el subrayado y negritas son nuestras). Ambos procedimientos de “exenciones”, aceptados por la legislación y la doctrina, tienen en común que toda interpretación o ejecución de la Ley para su correcta

aplicación a los casos particulares debe ser de forma rigurosa, estricta y taxativa, entendiéndose esta como ejecución directa ajustada al texto de la Ley, sin posibilidad de ampliación alguna. Por ello recurrimos a la norma aplicable, cual es el inciso i) del artículo 7° “Renta Bruta” de la Ley N° 125/91, que establece el concepto de **“Renta Bruta”** dentro del Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales Industriales y de Servicios (IRACIS), y entre otras ejemplifica a *“Todo aumento de patrimonio producido en el ejercicio, con excepción del que resulte de la revaluación de los bienes del activo fijo y los aportes de capital, o los provenientes de actividades no gravadas o exentas de este impuesto”* (subrayado y negritas son nuestras). Reglamentando este punto, el Decreto N° 6.359/05 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO A LA RENTA DE LAS ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES O DE SERVICIOS PREVISTO EN EL CAPÍTULO I DEL LIBRO I DE LA LEY 125/91, ADECUÁNDOLO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 2421 DEL 5 DE JULIO DE 2004”, en su art. 22°, dice: *“AUMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS: Los aumentos patrimoniales que no estén respaldados documentalmen- te, incrementados con el importe del dinero o bienes que hubiere dispuesto o consumido en el año, se consideran ganancias del ejercicio fiscal en que se produzcan. En este sentido, se entiende que la revaluación de los bienes del activo fijo, que se menciona en el inc. i) del Art. 7° de la Ley, se refiere únicamente al valor revaluado que resulte de la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios al consumo producido entre los meses de cierre del ejercicio anterior y el que se liquida, de acuerdo con lo que establezca en tal sentido el Banco Central del Paraguay, como se dispone en el último párrafo del Art. 12 de la Ley”* (negritas y subrayado son nuestros). Tanto la norma legal, como su reglamentación, son claras al expresar que COMO REGLA DE APLICACIÓN GENERAL, ESTÁ GRAVADO POR EL CITADO IMPUESTO, TODO AUMENTO PATRIMONIAL PRODUCIDO EN EL EJERCICIO. Ello no da lugar a dudas. Con relación al caso que nos ocupa, no está por demás decir que el derecho a participar en los beneficios de una «Sociedad» es el derecho primordial entre los que se contemplan como socio de’ la misma, y así, más que una parte alícuota del capital social o que un medio de expresión de la calidad de socio o un título valor, la «acción» (documento) es un «bien» (a tenor de la definición inserta en el art. 1873 del Código Civil Paraguayo), por ser susceptible de valor y apreciación pecuniaria. Es dable en tal sentido recordar que el «Patrimonio» es “...El

conjunto de bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan...” (Código Civil Paraguayo, art. 1873, in fine). Así, las acciones emitidas por TAPE PORA S.A.E. otorgan a los socios que la conforman –distintos de ella– “...una parte proporcional de las utilidades netas y del patrimonio resultante de la liquidación...” (Código Civil Paraguayo, art. 1065). Así pues, el concepto de “Aumento patrimonial”, con relación a la nuestra legislación ha sido acuñado en atención, no solo a la teoría de la “Renta Producto” (para la cual el “capital” es toda fuente de riqueza susceptible de producir beneficios en forma periódica, que constituyen la “renta”), sino también a la teoría de la Renta Incremento Patrimonial (más amplio que el anterior), y que abarca no solo los beneficios periódicos que emanan del capital, sino también aquellos que incrementan un patrimonio, aunque sean de carácter ocasional y/o excepcional. Del mismo modo, SE DESPRENDE DE LA NORMA Y SU REGLAMENTACIÓN, QUE ESTÁN EXENTOS LOS AUMENTOS PATRIMONIALES (QUE SÍ ESTÁN GRAVADOS POR REGLA GENERAL), PROVENIENTES DE:

- 1) LA REVALUACIÓN DE LOS BIENES DEL ACTIVO FIJO;
- 2) LOS APORTES DE CAPITAL; Y,
- 3) ACTIVIDADES NO GRAVADAS O EXENTAS DE ESTE IMPUESTO.

Como puede verse, esta enumeración es taxativa, y dada la técnica legislativa utilizada, LA MATERIA IMPONIBLE ENUNCIA POSITIVAMENTE Y LAS EXCEPCIONES SIRVEN PARA AFIRMAR LA REGLA. Queda claro que según la consulta planteada, y la demanda que hoy se contesta, LAS EMPRESAS ACCIONISTAS DE TAPE PORA S.A. EXPERIMENTARÁN UN INCREMENTO PATRIMONIAL QUE NO ES RESULTANTE DE LA REVALUACIÓN DE LOS BIENES DE SU “PROPIO” ACTIVO FIJO SINO DEL DE LA EMPRESA DE LA QUE SON ACCIONISTAS (PERSONA DISTINTA), POR LO QUE NO PUEDEN ALEGAR LA EXCEPCIÓN INDIVIDUALIZADA EN EL NUMERAL 1).

En otras palabras, el aumento patrimonial que experimentará Tape Porá S.A. como producto del revalúo de sus bienes está exento del IRACIS. El aumento patrimonial de sus asociados, producto de la incorporación de nuevas acciones, no se halla exonerado. Ello es así, porque los Sistemas Tributarios utilizan para conciliar la tributación sobre las utilidades de las empresas, sea en sistemas universales de impuestos a la renta o sistemas cedulares, la aplicación de varios criterios, entre ellos el del “Ente Separado”, que determina que la Socie-

dad o Empresa constituye un Ente o Persona “distinta” e “independiente” de sus accionistas, dueño o dueños. Se establece así, el tratamiento separado de la Sociedad Anónima con relación a sus Socios, y se considera el rédito neto como criterio adecuado para la imposición, independientemente del impuesto sobre los dividendos, abonado por los accionistas. De esta forma, la Sociedad es considerada como un “Ente separado” para propósitos impositivos, independiente de los individuos que son sus propietarios, ajustándose sus impuestos en función de las características especiales propias. El argumento fundamental para este punto de vista es que la Sociedad, por su carácter especial, es distinta de sus propietarios, con una identidad propia. Un argumento más para el tratamiento por separado es que de esta manera pueden obtenerse mayores ingresos fiscales, como función primordial del Estado, en busca de fuentes de financiamiento para el gasto público. Plasmado este criterio en la Ley N° 125/91, el Artículo 8° inciso e) (concepto de Renta Neta), admite como gastos deducibles las remuneraciones asignadas al dueño y su cónyuge, socio, directores, gerentes y personal superior. De esta forma queda clara, la separación del Ente Económico Generador de la Renta, de quien o quienes lo constituyen. POR OTRO LADO, ESTE INCREMENTO TAMPOCO CONSTITUYE APOORTE DE CAPITAL, Y POR ELLO NO SE ENCUADRAN EN LA EXCEPCIÓN DEL NUMERAL 2).

Finalmente, tampoco su incremento patrimonial tendrá origen en una actividad “no gravada” o “exenta” del IRACIS, porque DICHAS EMPRESAS TIENEN UNA INVERSIÓN EN LA EMPRESA EMISORA, Y ESTA ÚLTIMA SÍ REALIZA ACTIVIDADES GRAVADAS, POR LO QUE TAMPOCO PUEDEN ALEGAR LA EXCEPCIÓN MENCIONADA COMO NUMERAL 3).

En este escenario, no es posible concluir de manera diferente de la que ha hecho la Administración Tributaria, ya que el incremento patrimonial de las empresas accionistas (CONEMPAS.A., TECNOEDIL S.A., EMPRENDIMIEN-TOS & CONCESIONES y CANTERAACARAY S.A.) se encuentra gravado por el IRACIS, no por la revalorización de los activos de la empresa emisora (TAPE PORA S.A.E.), sino por el incremento patrimonial resultante de la emisión de las «nuevas» acciones por la capitalización de sus resultados. Es por lo expuesto, que sana crítica impone a VV.SS. desestimar la acción incoada y confirmar las Resoluciones recurridas en todas sus partes”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencio-sa administrativa con costas.

Que, a fs. 147 de autos obra el A.I. N° 681 de fecha 31 de julio de 2012, por el cual se resolvió declarar la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar se recibió la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, por providencia de fecha 18 de noviembre de 2013, obrante a fs. 224 vlto. de autos, se llamó **Autos para Sentencia**.

Y EL MIEMBRO MAGISTRADO MARTÍN ÁVALOS VALDEZ PROSIGUIÓ DICIENDO: Que, la cuestión planteada, es de naturaleza interpretativa, con la finalidad de resolver el contencioso suscitado respecto la cuestión que guarda relación con el aumento patrimonial que se produce en el ámbito de las empresas CONEMPAS.A., TECNOEDIL S.A., EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A., CANTERAACARAY S.A., que poseen participación accionaria en la empresa TAPE PORA S.A; en donde esta última procedió a la capitalización de las “Reservas de Revalúo” por Gs. 100.395.678.989, que ha motivado como contrapartida en las empresas accionistas, la registración del aumento de la participación accionaria que estas tienen en la empresa TAPE PORA S.A.; circunstancia que necesariamente percute en el cuadro de “Resultados” de las empresas accionistas, quedando por determinar, si dichos resultados, se encuentran gravados o no por el IRACIS.

Que, no está en discusión que la capitalización por Revalúo realizado por TAPE PORA S.A., no se encuentra alcanzado por el IRACIS, en virtud de la exceptuación expresa establecida por el Art. 7° inc. I) de la Ley 125/92.

Que, como consecuencia del aumento de Capital proveniente de la capitalización de las reservas de revalúo, realizada por TAPE PORAS.A., los accionistas de esta, deberán recibir acciones, proporcional a su participación en el capital social, lo que necesariamente obliga a reconocer en la contabilidad mayor “Participación accionaria”, que en estricto rigor constituye un aumento de capital.

En términos estrictamente contables, las empresas accionistas realizarán el siguiente asiento contable:

En donde la cuenta “PARTICIPACIÓN EN OTRAS EMPRESAS”, es una cuenta Patrimonial “ACTIVA”, representativa de derechos; y en cambio su contrapartida es una cuenta de Resultados de naturaleza acreedora, o sea representativa de utilidad; quedando por determinar si esta cuenta revela efectivamente la verificación de una circunstancia prevista como hecho generador del IRACIS; y por tanto gravado por este impuesto.

Que para dilucidar la cuestión, debemos analizar las disposiciones constitucionales en materia tributaria: Art. 44 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA) "Nadie estará obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos por la ley. ..." y el Art. 179. "DE LA CREACIÓN DE TRIBUTOS. Todo tributo cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley...". Al respecto, corresponde analizar el "thema decidendum" en el marco de la interpretación tributaria consagrado en el Artículo 248 de la Ley N° 125/92: "Interpretación analógica. ..., **en caso de duda** se estará a la interpretación *más favorable al contribuyente*". Este método de interpretación se basa en el Principio "IN DUBIO CONTRA FISCUM" O "IN DUBIO PRO CONTRIBUYENTE" del que existe cierto consenso doctrinario y jurisprudencial en considerarlo originado en una cita de Modestino: "non puto delinquere eum qui in dubis quaestionibus contra fiscum facile responderit" (Libro 10, De jure fisci, XLIX, 14) que significa: "No puedo apreciar que delinca aquel que, en caso de duda, adopta una interpretación que sea favorable al contribuyente. Las interpretaciones originadas en ese párrafo entendían ya que en caso de duda en cuanto al alcance e interpretación de las normas tributarias debía de decidirse en contra del Fisco. En tal sentido, el Fisco debe aportar la prueba cierta de sus derechos y el no hacerlo lo perjudica. Además es el autor y redactor de las leyes tributarias, y si no son claras ello no puede afectar al contribuyente. En cuanto a la carga de la prueba: para poder cobrar un impuesto el Fisco debe demostrar la existencia del hecho imponible o hecho generador que en el caso de marras no se da en el IRACIS, pudiendo estar alcanzado o gravado en un Impuesto al Capital o en un Impuesto al Patrimonio que si grava la capitalización, y éstos no se hallan previstos en nuestra legislación tributaria.

Que, resulta innegable que los accionistas de TAPE PORA S.A., han modificado su patrimonio con la incorporación de nuevas acciones; y que esto supuso un crecimiento o aumento patrimonial, que se subsume al concepto de Renta Bruta previsto en el Art. 7° inciso i); que por otro lado también se debe destacar que el Art. 2° inciso g) de la Ley 125/92, modificada por la Ley 2421/04, grava "*los dividendos y utilidades que se obtengan en carácter de accionistas o de socios de entidades que realicen actividades comprendidas en el IRACIS,*"; donde de la contrastación de estas normas podemos inferir que las empresas con participación accionaria en la empresa TAPE PORA S.A., estarían pagando impuesto

a la renta por: a) por la recepción de las acciones que les hace entrega TAPE PORA S.A. (aumento patrimonial) ; b) por los dividendos que generan esas acciones (utilidades por participación en otras empresas).

Que los peritos designados han sido categóricos respecto al origen de estas acciones, ya que las mismas provienen de los revaluos en la empresa TAPE PORA S.A.E. resultado del ajuste anual por el IPC, por lo que en definitiva el incremento patrimonial resulta en apenas en un ajuste contable por inflación, a fin de mantener de manera constante el valor de las inversiones realizadas en el rubro participación en otras empresas. En otras palabras, si en la empresa principal el revalúo y la capitalización es ajuste por inflación, la misma suerte corre dicho ajuste en las empresas accionistas, por lo que no estamos en presencia de verdadero incremento patrimonial, por lo que ello no es revelador de un hecho imponible alcanzado por el IRACIS.

Que, este hecho constituye un sacrificio económico desmedido en contra del contribuyente, circunstancia que se desapega de los principios y normas de la imposición, específicamente respecto de la prohibición constitucional de la doble imposición respecto del mismo hecho generador, previsto en el Art. 180 de la C.N.

Por otro lado, y en concordancia con el Art. 247° de la Ley 125/92, al presente caso se le debe atribuir una significación acorde a los hechos; y los hechos demuestran que si bien TAPE PORAS.A., ha capitalizado las reservas de revalúo, y por ello, ha entregado a sus accionistas las acciones que representan la porción aumentada, en definitiva, este hecho no es de trascendencia tributaria, ya que la verdadera riqueza se generará a partir del momento en que estas acciones se constituyan en vehículos generadores de nuevas riquezas, la cual se verificará cuando perciban los dividendos como consecuencia de la participación accionaria, naciendo en este momento la obligación de imponer o gravar con el IRACIS en los términos del Art. 2° inciso g).

Por lo dicho soy de la opinión, de gravar los dividendos que se perciban y que cumplan con los requisitos establecidos en el Art. 2° inciso g), en concordancia con el Art. 14°, de la Ley 125/92, modificado por la Ley 2421/04; y no gravar el simple aumento patrimonial a los efectos de evitar la doble imposición, expresamente rechazada por la Constitución Nacional que en su Artículo 180 establece: “DE LA DOBLE IMPOSICIÓN: No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación Tributaria. ...” .

Por los argumentos expuestos, mi voto es por la procedencia de la presente acción, y en consecuencia por la revocación del acto, y por tratarse de una actividad interpretativa compleja, imponer las costas en el orden causado en virtud a los Arts. 193 y 195 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO LOS MIEMBROS MAGISTRADOS RODRIGO A. ESCOBAR Y AMADO VERON DUARTE DIJERON: Que se adhieren al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas Primera Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos,
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE

1. HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso administrativa instaurada en estos autos por el abogado DIEGO ZAVALASERRATI en nombre y representación de las siguientes empresas (a): TAPE PORA S.A.E., (b) CONEMPAS.A., (c) TECNOEDIL S.A., (d) EMPRENDIMIENTOS & CONCESIONES S.A. , (e) CANTERA ACARAY S.A contra las RESOLUCIONES DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2001 Y RESOLUCIONES FICTAS DICTADAS POR LA SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN.

2. REVOCAR, los citados actos administrativos, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución.

3. IMPONER, las costas en el orden causado en virtud a lo dispuesto en los Arts. 193 y 195 del C.P.C.

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

Magistrados: Amado Verón Duarte, Martín Ávalos, Rodrigo Escobar.

Actuario: Miguel Colmán (Actuario Judicial).

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO

ACUERDO Y SENTENCIA N° 134

Cuestión debatida: *Se estudia en autos la procedencia de una demanda laboral promovida por despido injustificado en forma conjunta contra personas físicas y una entidad jurídica.*

RESPONSABILIDAD. Responsabilidad Solidaria

La constitución de la sociedad, es apenas una formalización de las actividades que venían desarrollando sus directivos, primeramente como personas jurídicas, luego bajo el nombre de fantasía. Es más, siempre la actividad de los mismos fue la atención bucodental, ubicada la firma en la misma dirección. Por esta circunstancia es procedente la solicitud del apelante de hacer extensiva la responsabilidad por la terminación de la relación laboral a las personas físicas demandadas, así como a la persona jurídica.

TApel. Lab. 11/12/12 “PASTOR DANIEL AREVALOS C/ LABORATORIO DE ALTA ESTETICA DENTAL S.R.L. S/ REINTEGRO Y COBRO DE GUARANIES”. (Ac. y Sent. N° 134)

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente,

CUESTIÓN:

Están ajustadas a derecho las resoluciones apeladas?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, CONCEPCIÓN SÁNCHEZ, MIRYAM PEÑA y ALMA MÉNDEZ DE BUONGERMINI.

A SU TURNO LA CONJUEZ CONCEPCIÓN SÁNCHEZ, DIJO: Por la resolución apelada, la Juez resolvió: “... NO HACER LUGAR, a la demanda promovida por el Ar. PASTOR DANIEL ARÉVALOS, contra SIXTO ARÉVALOS JARA, BRAULIO ARÉVALOS JARA y CLARA MARILÍN GÓMEZ, de

conformidad con los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; NO HACER LUGAR, a la demanda promovida por el Sr. PASTOR DANIEL ARÉVALOS, contra LABORATORIO DENTAL ARÉVALOS de conformidad con los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; NO HACER LUGAR, a la demanda promovida por el Sr. PASTOR DANIEL ARÉVALOS, por reposición en el empleo; de conformidad con los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; HACER LUGAR, a la demanda promovida por el Sr. PASTOR DANIEL ARÉVALOS, contra la firma LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL S.R.L., por cobro de guaraníes en diversos conceptos y en consecuencia condenar a la misma a que en el perentorio término de 48 hs. de quedar ejecutoriada la presente sentencia abone al actor la suma global de Guaraníes 16.364.423, de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; COSTAS, en el orden causado; ANOTAR,..."

Esta resolución fue apelada por el abogado Andrés López Godoy, representante convencional del actor quien en oportunidad de fundamentar el recurso interpuesto arguyó: *"...Que su representado PASTOR DANIEL ARÉVALOS demandó a BRAULIO ARÉVALOS JARA; SIXTO ARÉVALOS JARA; MARYLYN DE ARÉVALOS; LABORATORIO ARÉVALOS HNOS. y LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL S.R.L.. contestaron la demanda todas las personas físicas nombradas precedentemente quienes reconocieron antigüedad, tareas y salario del actor pero cuestionaron la forma de terminación de la relación laboral ya que alegaron que el Sr. PASTOR DANIEL ARÉVALOS fue despedido con justa causa. Aclara igualmente al Tribunal que la empresa denominada ARÉVALOS HNOS. era apenas un nombre de fantasía por lo que mal podría presentarse a contestar la demanda, tampoco lo hizo la otra codemandada ALTA ESTÉTICA DENTAL S.R.L. empresa esta que en forma totalmente extemporánea se presentó acompañando la escritura pública agregada a fs. 159 y sgtes. que relacionada la constitución de la referida sociedad. El juzgado por providencia de fecha 03/11/2010 de fs. rechazó por extemporánea la agregación de la referida instrumental. Sigue diciendo que los codemandados personas físicas y también la S.R.L. no produjeron ni una sola prueba en prueba de sus pretensiones y habiendo reconocido como lo tiene dicho la antigüedad, tarea y salario del actor mal podría el Juzgado excluirlo y relevarlo de toda responsabilidad con respecto a sus obligaciones laborales para con su representado. Sor-*

prendentemente el Juzgado concluyó rechazando la demanda promovida contra las personas físicas citadas y solo condenó a la empresa o la persona jurídica ALTA ESTÉTICA DENTAL S.R.L. en base a la escritura pública cuya agregación había rechazado por extemporáneo. Basado en esta instrumental concluyó que habiéndose esta constituido en el año 2008 mal podría el actor haber trabajado desde el año 1995 como afirmó en su demanda; consecuentemente rechazó la reposición solicitada y condenó al pago de indemnizaciones conforme a la antigüedad de 1 año y 7 meses. Reitera al Tribunal el error incurrido por la Juzgadora al obviar el expreso reconocimiento realizado por las personas físicas respecto a la antigüedad, salario y tareas de su representado. Hace notar al Tribunal que los codemandados personas físicas citadas y la persona jurídica condenada finalmente son todos hermanos y cuñados, vale decir es una empresa familiar ya que ARÉVALOS HNOS. posteriormente se convirtió LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL S.R.L. en el año 2008, pero la relación laboral de su representado se inició en el año 1995. Este extremo quedó demostrado por propio reconocimiento de las personas físicas nombradas más antes por lo que corresponde y así lo solicita el Tribunal la revocatoria de la sentencia apelada haciendo extensiva la condena a las personas físicas nombradas, haciendo lugar a la Reposición de su representado, teniendo en cuenta que el mismo cuenta con estabilidad adquirida por los años de servicio a favor de los codemandados y en el caso de que los codemandados se nieguen a la reposición, salarios caídos y demás beneficios legales los demandados deberán abonar al trabajador además de los salarios caídos la indemnización por despido conforme a su salario y antigüedad demostrado en estos autos. Teniendo en cuenta que los codemandados no demostraron las causales de despido alegadas en la contestación, con expresa imposición de costas a la perdidosa. En este sentido forma parte de su agravio las costas impuestas en el orden causado en primera instancia que solicita igualmente sean impuestas a la perdidosa”.

Los demandados consintieron la decisión de la a-quo, al no haber planteado recurso alguno contra la referida sentencia. Tampoco se presentaron a contestar los agravios expuestos por la parte actora, según constancia de f.237 de la Actuaría, por lo que corresponde dar por decaído el derecho que tenían para hacerlo.

De lo trascripto se colige que el apelante centra sus agravios en: 1. La exclusión de los codemandados señores Braulio Arévalos Jara, Sixto Arévalos

Jara, Marilin de Arévalos como responsables de las consecuencias de la relación laboral con su representado el señor Pastor Daniel Arévalos. 2. La condena únicamente a la persona jurídica ALTA ESTÉTICA DENTAL SRL, fundada en la escritura pública de constitución de la sociedad, agregada en forma totalmente extemporánea, en perjuicio directo de los derechos de su representado.

Analizadas las constancias de autos, es importante señalar, que el señor PASTOR DANIEL ARÉVALOS demandó a las personas físicas BRAULIO AREVALOS JARA, SIXTO ARÉVALOS JARA y MARILÍN DE ARÉVALOS, al LABORATORIO DENTAL ARÉVALOS HNOS., así como a la empresa LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL SRL, afirmando haber trabajado con los nombrados por más de 14 años, por lo mismo amparado por la estabilidad especial, solicitando su reintegro en el empleo con el pago de salarios caídos y en caso de oposición de los demandados, el pago de la doble indemnización conforme a su antigüedad.

La demanda fue contestada por los codemandados Braulio Arévalos Jara, Sixto Arévalos Jara y Marilín Gómez de Arévalos, quienes reconocieron la antigüedad del actor, el monto del salario y las tareas desempeñadas por el mismo, controvirtiendo únicamente la forma de terminación de la relación laboral, que dijeron fue por despido justificado, como consecuencia de las reiteradas ausencias del trabajador a sus tareas, sin permiso del empleador (art.81 p) del CT).

Desde el momento en que los demandados, reconocieron que el actor contaba con la antigüedad alegada, el mismo se halla amparado con la garantía de la estabilidad en el empleo, de conformidad a lo dispuesto por el art.94 CT. En estas condiciones, para proceder a la terminación de la relación laboral, necesariamente debieron ajustar su proceder a lo dispuesto por el art.95 del CT que reza: *“El trabajador que hubiese adquirido estabilidad y a quien se imputasen los hechos previstos en la Ley, como causales de despido, quedará suspendido en el empleo durante la sustanciación del juicio, y solo podrá ser despedido después de comprobarse la imputación ante el juez del Trabajo”*.

Este solo incumplimiento justifica dar por acreditado el despido injustificado alegado por el trabajador. Pero además hay que señalar que los citados codemandados no plantearon demanda reconventional, simplemente decidieron el despido del actor a quien atribuyeron la justa causa de despido, prevista en el art. 81 p) del CT causal ésta que no fue probada, ya que ni siquiera comparecieron a la audiencia de discusión de la causa y recepción de pruebas, según se desprende del acta de f.130 y A.I. N° 394/2010 (f.132).

Por lo demás, las instrumentales acompañadas por los demandados, con las que pretendieron demostrar la justa causa atribuida al actor, fueron presentadas en forma totalmente extemporánea, en consecuencia fueron correctamente rechazadas por la juez, por providencia de fecha 03 de noviembre de 2010 de f.181 vltto.

Tampoco tiene relevancia alguna la escritura pública de constitución de la firma ALTA ESTETICA DENTRAL SRL, cuya agregación fue igualmente desestimada por la referida providencia, por su presentación totalmente extemporánea. Por esto, llama la atención que la juzgadora haya reconocido la antigüedad del actor recién a partir de la constitución de la sociedad. Y peor aún, cuando de la lectura de esta escritura, es posible colegir que sus directivos son las mismas personas, para quienes el actor laboró por varios años, extremo admitido al contestar la demanda. La constitución de la sociedad, es apenas una formalización de las actividades que venían desarrollando sus directivos, primeramente como personas físicas, luego bajo el nombre de fantasía de LABORATORIO DENTAL ARÉVALOS HNOS., y finalmente como LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL SRL. Es más, siempre la actividad de los mismos fue la atención bucodental, ubicada la firma en la misma dirección, Eligio Ayala N° 1180. Por esta circunstancia es procedente la solicitud del apelante de hacer extensiva la responsabilidad por la terminación de la relación laboral a las personas físicas, señores BRAULIO ARÉVALOS JARA, SIXTO ARÉVALOS JARA, MARILÍN DE ARÉVALOS, así como a la persona jurídica LABORATORIO DE ALTA ESTÉTICA DENTAL SRL.

En conclusión, corresponde tener por probada la antigüedad alegada por el actor, admitir el despido injustificado, ordenar su reintegro al empleo, con el pago de salarios caídos y demás beneficios legales, desde la fecha de la terminación del vínculo laboral con sus citados empleadores, hasta su efectivo reintegro, cuya liquidación deberá practicarse por Secretaría (art.337 C.P.T.). Conforme a lo señalado corresponde condenar en forma solidaria a los codemandados señores BRAULIO ARÉVALOS JARA, SIXTO ARÉVALOS JARA, MARILIN GOMEZ DE ARÉVALOS, juntamente con la persona jurídica LABORATORIO DE ALTA ESTETICA DENTAL SRL. Costas, a la perdidosa. Es mi voto.

A SU TURNO LA CONJUEZ MIRYAM PEÑA, DIJO: En este juicio Pastor Daniel Arévalos promueve la demanda contra varias personas: la firma “Labo-

ratorio de Alta Estética Dental S.R.L.”, Sixto Arévalos Jara, Braulio Arévalos Jara y Marilyn de Arévalos, reclamando su reincorporación al empleo de acuerdo con la antigüedad alegada (14 años, 9 meses). La sentencia desestima la demanda respecto a las personas físicas nombradas y condena a la sociedad al pago de las indemnizaciones por despido desestimando la solicitud de reintegro del actor, porque la A-quo computó su antigüedad desde la fecha de la constitución de la sociedad (22.02.08), y de ese modo la determinó en 1 año y 7 meses. Esto motiva la apelación del actor que en la expresión de agravios por medio de su abogado, Andrés López Godoy, solicita que se haga extensiva la condena a las personas físicas y que haga lugar a la reposición del actor en su empleo. De los argumentos del apelante se desprende que son dos las cuestiones que deben ser dilucidadas por este Tribunal: Uno, si quién fue el empleador del actor y dos, la antigüedad del mismo.

En cuanto a la determinación del empleador, el actor explica que la demanda se promueve contra las nombradas personas físicas porque “...se conducen como patrones particulares en algunos casos, y en otras como representantes de la firma, dando órdenes e instrucciones de trabajo, pagan los sueldos, fiscalizan el trabajo...confundiendo de esa manera al actor....para determinar con exactitud al verdadero patrón...” (f. 11). En primer lugar, no está demostrado en autos que las personas físicas actuaron como patrones particulares y en todo caso los comportamientos de dichas personas respecto de la relación laboral del actor son los propios de las personas físicas que se encuentran al frente de una sociedad, ya sea como miembros del directorio de la empresa, gerentes o administradores, no debiendo confundirse con éstos la persona jurídica en cuya representación actúan (Art. 94 C.C.). Por otra parte, es cierto que las tres personas físicas contestaron conjuntamente la demanda admitiendo la relación laboral y la antigüedad del actor, pero no precisamente con ellos en forma personal sino con la empresa, pues dijeron que lo cierto y concreto es que el actor trabajó “...en la empresa mencionada...”, que es cierto que prestaba servicios “...dentro de la empresa a nuestro cargo, desde enero del año 1995, hasta 6 de setiembre del año 2009...”. Además presentaron con la contestación las Planillas de entrada y salida de personal, todas pertenecientes a la firma “Laboratorio de Alta Estética Dental” correspondientes al año 2009, en los que figura el nombre del actor (25/93). En definitiva no hay dudas que el actor trabajó en la empresa de las nombradas personas físicas, y si bien nada dijeron respecto de la conforma-

ción jurídica de la misma, es el propio apelante quien en sus agravios afirma que se trata de una empresa familiar que posteriormente se convirtió en Laboratorio de Alta Estética Dental S.R.L. en el año 2008 (f. 236), aceptando de esa manera que en los últimos tiempos de la relación laboral del actor, la empleadora era la citada persona jurídica, en lo que evidentemente se convirtió la empresa personal de los demás demandados, dándose con ello la sustitución del empleador, que en nada puede afectar el contrato laboral del actor (Art. 28 C.T.), iniciado con las personas físicas mencionadas en enero de 1995, según la propia manifestación de los anteriores empleadores, entonces, al tiempo de su desvinculación (06.01.09), contaba con 14 años, 9 meses de antigüedad. Corresponde, pues, que se admita la pretensión del actor de ser reintegrado en su empleo, de acuerdo con su calidad de trabajador estable, debiendo sustituirse en ese sentido la condena de pago de indemnizaciones por despido injustificado.

En cuanto a la otra pretensión del apelante de que la condena incluya a las personas físicas demandadas considero que no debe prosperar. No hay lugar a la solidaridad establecida en el Art. 28 del C.T., ya que la sustitución del empleador se realizó en el año 2008, según la propia manifestación del apelante y el despido ocurrió en setiembre de 2009, o sea, dentro del periodo de la responsabilidad plena de la empleadora sustituyente, “Laboratorio de Alta Estética Dental S.R.L.”. Tampoco es aplicable la responsabilidad solidaria de los directivos de la sociedad prevista en el Art. 1111 del C.C., ya que de las constancias de autos no surgen las circunstancias establecidas en dicha disposición legal ni ninguna otra que pueda comprometer personalmente a los socios de la sociedad como para desconocer la personalidad de la sociedad empleadora. Por todo ello, estimo que no corresponde incluir en la condena a las personas físicas.

En conclusión, propongo: 1) la confirmación de la sentencias en los puntos que desestima la demanda en relación a las personas físicas demandadas; 2) la admisión de la demanda contra la firma “Laboratorio de Alta Estética Dental S.R.L.”, disponiendo el reintegro del actor en su empleo con el pago de los salarios caídos y las demás remuneraciones correspondientes durante la substanciación del juicio, de conformidad con los Arts. 94, 96 del C.T.. La liquidación respectiva debe hacerse sobre el salario afirmado por el actor, Gs. 2.300.000 mensual, que es el establecido en la sentencia que fue consentida por la firma condenada. ES MI VOTO.

ASU TURNO LA CONJUEZALMAMÉNDEZ DE BUONGERMINI, DIJO:
Que adhiere al voto de la colega MIRYAM PEÑA, por sus mismos fundamentos.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores miembros todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO; los méritos que ofrece el acuerdo en mayoría, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE:

1) CONFIRMAR, las sentencias apeladas en los puntos que desestima la demanda en relación a las personas físicas demandadas.

2) ADMITIR, la demanda promovida por el señor PASTOR DANIEL ARÉVALOS contra la firma “Laboratorio de Alta Estética Dental S.R.L.” y en consecuencia, disponer que la demandada reintegre al mismo en su empleo en el plazo de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, con el pago de los salarios caídos y las demás remuneraciones correspondientes durante la substanciación del juicio, de conformidad con los Arts. 94, 96 del C.T. La liquidación respectiva se practicará por Secretaría y sobre el salario afirmado por el actor, G.2.300.000 mensual, desde la fecha de su despido hasta su efectivo reintegro.

3) IMPONER las costas, en ambas instancias, a la perdidosa.

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

FDO: MIEMBROS, MIRYAM PEÑA, CONCEPCIÓN SÁNCHEZ Y ALMA MENDEZ DE BUONGERMINI.

Ante mí: Abog. María de la Cruz Rodríguez. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 137

Cuestión Debatida: *Se estudia en autos la procedencia de establecer la responsabilidad solidaria de los gerentes de una Sociedad.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad.

En primer término debe recordarse que las sociedades son personas jurídicas (Art. 91 C.C., incs. i), j) y como tales son sujetos distintos de sus miembros

y sus patrimonios son independientes, y consecuentemente, éstos no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en el Código Civil. Entre esas excepciones se encuentra la disposición del Art. 1111 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Exoneración de la Responsabilidad.

Regularmente los gerentes no son responsables personalmente de los actos que realizan en representación de la sociedad, salvo los supuestos previstos en la disposición legal transcrita, los que naturalmente deben ser acreditados por quien afirma la irregularidad de la conducta del gerente.

TApel.Lab. 17/12/13 “FRANCISCO J. MENDIETA C/ CASA GUARANÍ S.R.L. Y OTROS S/ COBRO DE GUARANÍES”. (Ac. y Sent. N° 137)

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente,

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, MIRYAM PEÑA, CONCEPCIÓN SÁNCHEZ y ALMA MÉNDEZ DE BUONGERMINI.

A SU TURNO LA MAGISTRADA MIRYAM PEÑA, DIJO: La sentencia apelada resolvió: “...HACER LUGAR, a la Excepción de Falta de Acción opuesta por los señores SIXTO RAMÓN CARDOZO GONZÁLEZ, CELIANO CARDOZO y LUISA JORGELINA MARTÍNEZ VIUDA DE FERNÁNDEZ PROPIETARIA DE LA FIRMA “EFECTIVO GUARANÍ”, por las consideraciones expuestas en la presente resolución; HACER EFECTIVO, el apercibimiento establecido en el artículo 114 y 115 del C.P.T. y en consecuencia tener por ciertas las afirmaciones del actor en cuanto a la existencia de la relación laboral, el salario y el despido injustificado entre el actor y Casa Guaraní S.R.L., de conformidad con los fundamentos expuestos en el considerando que antecede; HACER EFECTIVO, el apercibimiento dispuesto en el Art. 146 y 153 del C.P.T. y en consecuencia TENER POR CONFESO en sentido afirmativo al Representante de la empresa Casa Guaraní S.R.L. (fs. 77), a tenor del pliego de posiciones obrante a fs. 76 de autos, al señor Celiano Cardozo. (fs. 79), a tenor del pliego de posiciones obrante a fs. 78 de autos y al señor Sixto Ramón Cardozo González (fs. 81), a tenor del pliego de posiciones obrante a fs. 80 de autos; HACER EFECTIVO, el apercibimiento dispuesto en el art. 158 del C.P.T. y en conse-

cuencia tener por reconocidas las firmas estampadas en los documentos obrantes a fs. 8 y 9 de autos que se atribuye al señor Celiano Cardozo; HACER LUGAR, a la demanda promovida por el señor FRANCISCO JAVIER MENDIETA MACIEL contra la empresa CASA GUARANÍ S.R.L. y en consecuencia: condenar al mismo, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, pague al actor la suma de CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL VEINTE Y SEIS GUARANIES (Gs.48.549.026), conforme a la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente sentencia; COSTAS, a cargo de la perdidosa; ANOTAR,..."

Esta resolución fue apelada únicamente por el abogado del actor señor FRANCISCO MENDIETA, quien expuso sus agravios oralmente en la audiencia señalada por este Tribunal a tal efecto, oportunidad en la que dijo: *"La sentencia apelada le agravia específicamente en su primer apartado, que admite la falta de acción opuesta por Celiano Cardozo, pues a f.27 reconoce ser socio gerente de la empresa CASA GUARANÍ S.R.L.. Es por ello que el A-quo, al dictar resolución, tuvo que condenar a esta persona en forma solidaria e ilimitadamente, conjuntamente con la condena impuesta a CASA GUARANÍ S.R.L., en razón de lo que estatuye el Cód. Civil en el Art. 1111, en concordancia con el Art.1174 del mismo cuerpo legal, los que claramente establecen la responsabilidad solidaria e ilimitada de los gerentes de la sociedad cuando éstos causen un daño a terceros, en este caso, el trabajador. Y como lo he manifestado, a f.27 el Sr. Celiano Cardozo admitió ser socio de la S.R.L. demanda. Asimismo solicito que a tiempo del cumplimiento de sentencia, de identificarse otro socio gerentes de la S.R.L. referida, que ejercían el cargo al producirse el despido de mi mandante, deberán también responder en forma solidaria e ilimitadamente por la suma condenada en autos. También invoca en favor de su posición el Ac. y Sent. N° 149 del 26/08/11, dictado por este Tribunal, cuya copia simple acompaña. Por todo ello, solicita la modificación de la sentencia apelada en el sentido expresado, con costas".* (f. 114).

Según informe de la Actuaría de f.115 la demandada y condenada CASA GUARANÍ SRL, no contestó estos agravios, por lo que este Tribunal, luego de agotar el procedimiento, llamó autos para sentencia por providencia de fecha 29 de octubre del año en curso.

Debe señalarse que en este juicio el trabajador Francisco J. Mendieta demanda en forma conjunta y confusa a varias personas (Casa Guaraní SRL, la

empresa Efectivo Guaraní S.R.L, Celiano Cardozo y Sixto R. Cardozo) sin explicar las razones por la que demanda a cada uno de ellos. La sentencia admite la demanda solo respecto de Casa Guaraní SRL y libera a los demás demandados haciendo lugar a la excepción de falta de acción deducida por los mismos.

La parte actora apela la sentencia siendo el único punto de su queja la exclusión de la condena del codemandado Celiano Cardozo. Sostiene que esta persona debió ser condenada en forma solidaria conjuntamente con la firma Casa Guaraní SRL por ser socio gerente de la misma, invocando como fundamento legal el Art.1111 con el 1174 del Código Civil, de los que se desprende que los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada son responsables en forma solidaria e ilimitada cuando causen un daño a terceros, en este caso, el trabajador, alega.

En primer término debe recordarse que las sociedades son personas jurídicas (Art.91 C.C., incs. i), j) y como tales son sujetos distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes, y consecuentemente, éstos no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en el Código Civil (Art.94 C.C.). Entre esas excepciones se encuentra la disposición del Art.1111 del C.C., que dice: “*Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave*” (lo subrayado es mío).

De acuerdo con las disposiciones legales citadas, regularmente los gerentes no son responsables personalmente de los actos que realizan en representación de la sociedad, salvo los supuestos previstos en la disposición legal arriba transcrita, los que naturalmente deben ser acreditados por quien afirma la irregularidad de la conducta del gerente.

En la especie, es un hecho reconocido y acreditado que el codemandado Celiano Cardozo es socio gerente de la firma Casa Guaraní SRL., sin embargo ni siquiera se alegó en la demanda, mucho menos está demostrada en autos conducta irregular alguna del mismo que pueda ajustarse a las previstas en el Art.1111 del C.C., razón por la cual no es aplicable en el caso del gerente Celiano Cardozo la responsabilidad solidaria establecida en dicha disposición legal, por todo lo cual es manifiestamente infundada la pretensión del apelante.

Cabe acotar que el Ac. y S. 149/11, dictada por este Tribunal, invocada por el apelante como antecedente en apoyo de su posición, fundado en los Arts.372

y 1111 del C.C., condenó a los gerentes de la sociedad demandada a responder solidariamente de la condena dictada, en razón de se ha constatado clara y palmariamente que los mismos han infringido la ley y cometido otros actos que hacían sospechosamente dolosa sus conductas, que por lo menos constituían abuso del derecho (o culpa grave). Circunstancias éstas que manifiestamente no se dan en el caso de autos.

Por todo lo anterior, resulta totalmente infundada la presente apelación, por consiguiente corresponde, a mi juicio, la confirmación, con costas de la sentencia recurrida. Es mi voto.

A SU TURNO, LAS MAGISTRADAS CONCEPCIÓN SÁNCHEZ Y ALMA MÉNDEZ DE BUONGERMINI, DIJERON: Que adhieren al voto de la colega MIRYAM PEÑA por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firman el acta las Señoras miembros todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO; los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE:

- 1) CONFIRMAR, con costas la sentencia apelada.
- 2) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: MIRYAM PEÑA, CONCEPCIÓN SÁNCHEZ Y ALMA MÉNDEZ DE BUONGERMINI.

Ante mí: Abog. María de la Cruz Rodríguez, Actuaría Judicial.