

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CIVIL

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

Director
Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro

Año 2019 – Número 4

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
E D I T O R A**

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, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 4/2019
Primera edición 2019: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJJ)
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO ENCARGADO
ABG. CARMEN MONTAÑA CIBILS, DIRECTORA

COORDINACIÓN
ABG. ERIKA SCHLICHTING GARCETE
ABG. SIRA GREEN DA RE

EQUIPO DE ELABORACIÓN
ABG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO, INVESTIGADOR
ABG. CÁNDIDA MARÍA SANTACRUZ SOSA, INVESTIGADORA
LIC. PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE

Contactos: gacetajudicialcsj@gmail.com – Tel.: (021) 420 570, interno 2790

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.**
Caballero 270. *Teléfonos:* 496 991 - 449 738
Fax: (+595 21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98

ISBN: 978-99967-12-40-1

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	11
Índice por Tribunales	15

DOCTRINA

CAUSALES DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO	17
---	-----------

Por Hugo Manuel Garcete

JURISPRUDENCIA

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Daño Moral. C.S.J. Sala Civil. 11/02/2019 (Ac. y Sent. N° 2).	39
CONTRATO. CONTRATO DE CORRETAJE. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia de la acción de daños y perjuicios. Contrato innominado. Analogía. C.S.J. Sala Civil. 12/03/2018 (Ac. y Sent. N° 22).....	51
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia. RECURSOS. Declarar desiertos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la Acción Penal. Responsabilidad extracontractual. PREJUDICIALIDAD. Acto ilícito civil. Culpa. Imputación de culpabilidad. Accidente de tránsito. Transporte benévolo u oneroso. Acción de repetición. Culpa concurrente. Perdida de chance. C.S.J. Sala Civil. 20/03/2019 (Ac. y Sent. N° 14).....	65

CONTENIDO

RECURSOS. Fundamentación. CONTRATO. Contrato bilateral. Efectos. DEMANDA. Contestación de la demanda. COM- PARAVENTA. Cláusulas especiales en la compraventa. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019 (Ac. y Sent. N° 24).	86
COSTAS. Exención. Razón probable o fundada para litigar. Exen- ción. DEMANDA. ESCRIBANO. Funciones del Escribano. C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019 (Ac. y Sent. N° 34).....	96
DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Dolo. Antijuridicidad. Factores de Atri- bución. Ejercicio de la Acción Penal. Responsabilidad extracontractual. C.S.J. Sala Civil. 25/07/2019 (Ac. y Sent. N° 46).	104
DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚ- BLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA. C.S.J. Sala Ci- vil. 16/08/2019 (Ac. y Sent. N° 51).....	122
RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia de- finitiva. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Contrac- tual. Procedencia de la acción de daños y perjuicios. Prueba de daños y perjuicios. Carga de la Prueba. Teoría del daño des- proporcionado. Pericia. Daño Emergente. Daño Moral. Res- ponsabilidad extracontractual. C.S.J. Sala Civil. 20/08/2019 (Ac. y Sent. N° 53).	148
DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Dolo. Ejercicio de la Acción Penal. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción. T. Apel. Tercera Sala. 14/07/2017 (Ac. y Sent. N° 67).	207
SENTENCIA. Nulidad de la Sentencia. LEY. Reglamento General de Tránsito. Aplicación de la Ley 1.183/85. Código Civil. De los Seguros de daños de la indemnización. T. Apel. Segunda Sala. 04/09/2018 (Ac. y Sent. N° 67).	225

CONTENIDO

SEGURO. Subrogación en el contrato de seguro. DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Prueba de daños y perjuicios. T. Apel. Primera Sala. 15/02/2019 (Ac. y Sent. N° 9).	234
DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia. Prueba de daños y perjuicios. Principio de Congruencia. T. Apel. Primera Sala. 05/03/2019 (Ac. y Sent. N° 15).	241



Índice Temático

COMPRAVENTA, 87, 88, 125, 126

Cláusulas especiales en la compraventa, 87, 88

CONTRATO, 51, 52, 86, 87, 88, 125, 126

Analogía, 51

Contrato bilateral, 86, 87, 88

Contrato innominado, 51

Efectos, 86, 87

CONTRATO DE CORRETAJE, 51, 52

COSTAS, 96, 97

Exención, 96, 97

Razón probable o fundada para litigar, 96, 97

DAÑOS Y PERJUICIOS, 39, 40, 51, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 104, 105, 106, 107, 123, 124, 125, 126, 149, 153, 156, 157, 159, 162, 166, 168, 171, 207, 208, 234, 241, 242

Accidente de tránsito, 68, 69, 70, 234

Acción de repetición, 68

Acto ilícito civil, 67

Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios, 104, 207

Antijuridicidad, 105, 106

Carga de la Prueba, 156

Culpa, 67

Culpa concurrente, 69, 70, 71

Daño Emergente, 162

ÍNDICE TEMÁTICO

- Daño Moral, 40, 166, 171
- Dolo, 105, 106, 207
- Ejercicio de la Acción Penal, 66, 67, 107, 208
- Factores de Atribución, 106
- Imputación de culpabilidad, 67
- Perdida de chance, 69, 70
- Pericia, 159
- Principio de Congruencia, 241
- Procedencia, 241, 242
- Procedencia de la acción de daños y perjuicios, 51, 153
- Prueba de daños y perjuicios, 156, 157, 159, 234, 241, 242
- Responsabilidad Civil, 123, 124, 125, 126
- Responsabilidad contractual, 51, 149, 241, 242
- Responsabilidad extracontractual, 39, 66, 67, 68, 69, 70, 107, 168
- Responsabilidad objetiva, 123, 124, 125, 126
- Responsabilidad por hecho propio, 123, 124, 125, 126
- Teoría del daño desproporcionado, 157
- Transporte benévolo u oneroso, 68

- DEMANDA, 87, 97
 - Contestación de la demanda, 87
 - Exención, 96

- DOMINIO, 123, 124, 125, 126
 - Prueba del dominio, 123, 124, 125, 126

- ESCRIBANO, 97
 - Funciones del Escribano, 97

- ESCRITURA PÚBLICA, 123, 124, 125, 126
 - Valor probatorio de la escritura, 123, 124, 125, 126

- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 209
 - Procedencia de la excepción de falta de acción, 209

ÍNDICE TEMÁTICO

LEY, 225, 226

Aplicación de la Ley, 225, 226

Reglamento General de Tránsito, 225, 226

Ley 1.183/85, 227

Código Civil, 227

De los Seguros de daños de la indemnización, 227

PREJUDICIALIDAD, 66, 67

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, 88

RECURSO DE NULIDAD, 66, 148, 149

Procedencia, 66

Recurso de nulidad contra sentencia definitiva, 148, 149

RECURSOS, 66, 86

Declarar desiertos, 66

Fundamentación, 86

SEGURO, 234

Subrogación en el contrato de seguro, 234

SENTENCIA, 225

Nulidad de la Sentencia, 225



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

C.S.J. Sala Civil. 11/02/2019. “Alicia Villar c/ Administración Nacional de Electricidad (ANDE) s/ Indemnización extracontractual” (Ac. y Sent. N° 2).	39
C.S.J. Sala Civil. 12/03/2018. “Osvaldo Pastor Luces Rolón c/ Zady Liz Anciaux s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 22).	51
C.S.J. Sala Civil. 20/03/2019. “Juan Carlos Jara Ruíz Díaz y otros c/ Empresa de Transporte San Isidro S.R.L. y/o Juan Andrés González Vera y/o quienes resulten responsables s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 14).	65
C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019. “Julio Rolando Alcaraz Yanho c/ Tokyo Motors S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y repetición de lo pagado” (Ac. y Sent. N° 24).	86
C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019. “Nicodemus Ortigoza Gómez c/ Moacir Paredes Gill s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 34).	96

ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Civil. 25/07/2019. “Ramón Sanabria Vázquez c/ Guardián S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y otros” (Ac. y Sent. N° 46).	104
C.S.J. Sala Civil. 16/08/2019. “Jorge Alfredo Casco Gómez c/ Miguel Ángel Paiva Krouse s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 51).....	122
C.S.J. Sala Civil. 20/08/2019. “Isidora Contreras c/ Ana María Macchi y otros s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53).....	148

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

T. Apel. Tercera Sala. 14/07/2017. “Santiago Aristóbulo Lovera Velázquez c/ Ubaldo Enrique Clari Fisher y otros s/ Reivindicación” (Ac. y Sent. N° 67).	207
T. Apel. Segunda Sala. 04/09/2018. “Eduardo José Couto Ojeda c/ Cenit S.A. de Seguros s/ Cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 67).....	225
T. Apel. Primera Sala. 15/02/2019. “Mapfre Paraguay S.A. Cia. de Seguros c/ Felipe Nery Alvarenga H. s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 9).	234
T. Apel. Primera Sala. 05/03/2019. “Emigdio Daniel Cantero Balbuena c/ Silvino Esteban Ruiz Lezcano s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 15).....	241



Doctrina

CAUSALES DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO*

*Por Hugo Manuel Garcete*¹

Toda controversia en materia contractual, gira comúnmente en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas, o de aquellas que se encuentran expresamente establecidas en la ley y conforme a la naturaleza de cada contrato en particular, interesando principalmente en tal sentido su ejecución forzada o su extinción. Este artículo tiene por objeto distinguir las principales causales legales previstas en nuestra legislación de fondo, de uno de los medios anormales de disolución o extinción de los contratos, como es el caso de la resolución.

La particularidad de este medio de extinción de los contratos, es que sus causales son absolutamente distintas e independientes unas de otras, diseminadas a lo largo del libro tercero del código civil, tanto en la parte general, como en la de los contratos en particular, constituyendo precisa-

* Esta doctrina es el Volumen I relacionado a figuras jurídicas del Derecho Civil.

¹ Profesor de la Cátedra de Derecho Civil Contratos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, así como también profesor de postgrados en materia de Derecho Civil y Procesal Civil (Escuela Judicial y Derecho de la UNA). Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital.

mente la finalidad del presente artículo, poder ubicar y diferenciar las mismas, habiendo recurrido como fuente bibliográfica principalmente a autores nacionales, en homenaje a algunos de los pocos juristas paraguayos que han realizado trabajos doctrinarios, en relación a la materia de Contratos, y en particular al tema en cuestión.

Los contratos se extinguen por causales normales, como ser el cumplimiento de su objeto, es decir el cumplimiento de la o las obligaciones pactadas; y el vencimiento del plazo en contratos a plazo determinado; sin embargo, se pueden dar igualmente extinciones anticipadas ocurridas por causales o circunstancias sobrevinientes, que pueden originarse en la voluntad de una o de ambas partes, o ser ajenas a dicha voluntad. La resolución constituye uno de estos medios anormales de extinción de los contratos, normalmente confundido con otros, como la rescisión y la revocación, y hasta en algunos casos más extremos, con la nulidad. Tanto con la rescisión como con la revocación, tiene en común que las causales son sobrevinientes, es decir posteriores a la celebración del contrato, pero de un contrato válido originalmente; en tanto, con la nulidad se distingue inicialmente en el sentido que el contrato ya en su origen se trata de un acto jurídico viciado, y por lo tanto inválido, el cual como consecuencia no produce efectos, salvo que la causa de nulidad no aparezca en el acto, en cuyo caso deberá comprobarse judicialmente, con su consecuente efecto retroactivo, imponiendo a las partes la obligación de restitución de lo que hubieren recibido en virtud del contrato declarado nulo. En el caso de la resolución, la extinción se da por causales legales sobrevinientes, o causales previstas por las partes, pero que igualmente se hallan reguladas en la ley, como cuando las partes subordinan los efectos del contrato a plazos o condiciones resolutorias, es decir elementos accidentales que introducen al contrato como producto de un pacto o acuerdo de voluntades.

El término resolución, en ocasiones, se pretende utilizar como sinónimo de rescisión, sin embargo, existe una diferencia sustancial con este medio también anormal de disolución de los contratos, y es que la rescisión se da como producto del acuerdo de voluntades, ya que, así como por acuerdo se pueden crear contratos, también por acuerdo se pueden extinguir los mismos. Igualmente se puede extinguir el contrato por voluntad de una sola de las partes, ya sea en virtud de una cláusula o pacto acordado al momento de celebración por acuerdo de ambas partes, en virtud del cual una o cual-

quiera de ellas podrían por su sola voluntad y sin expresión de causa, extinguir el contrato, bastando en la mayoría de los casos un aviso previo, lo cual no deja de constituir un acuerdo de voluntades. Sin dudas, la rescisión, solo podría darse en contratos de ejecución sucesiva, aquellos en los cuales las obligaciones se van cumpliendo a través del tiempo, o en las de ejecución diferida, cuando el cumplimiento de una o ambas obligaciones se difiere para el futuro, en un momento determinado, ya que la o las obligaciones deben estar aún pendientes de su cumplimiento total, y los efectos de la rescisión son del presente para el futuro *—ex nunc—*, ya que una extinción por acuerdo de voluntades no podría tener efecto retroactivo, salvo que fuese ese el acuerdo de las partes en cuanto a sus efectos, pero en ningún caso podría afectar derechos de terceros.

También se puede dar la posibilidad de rescisión unilateral por disposición legal, en los casos en que la ley autoriza que una de las partes pueda dejar sin efecto el contrato, como ser en el caso del contrato de obra, Art. 862 del CC, que dispone que el que encomienda la obra puede desistir de su ejecución aún después de comenzada, indemnizando a la otra parte todos sus gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener por el contrato.

Por su lado, la revocación constituye otro medio anormal de disolución de los contratos, figura unida a la idea de liberalidad, es decir, la revocación se da preferentemente en los contratos a título gratuito, importando un acto de voluntad del donante por el cual se deja sin efecto la liberalidad antes de su aceptación por el beneficiario, como es en el caso del contrato de donación, y posterior a la aceptación del donatario, solo a petición del donante pero por causales expresamente establecidas en la ley, como en el caso de las causales de ingratitud del donatario, Art. 1.236 del CC, e incumplimiento de los cargos en las donaciones con cargo, Art. 1.233 del CC. En cuanto al efecto de la revocación, es retroactivo únicamente entre las partes, como en el caso de la causal de ingratitud, y en otras incluso puede afectar derechos terceros, como en el de la causal de incumplimiento de los cargos en las donaciones con cargo, ya que debemos recordar que las mismas deben ser otorgadas por escritura pública, por lo que tratándose de bienes registrables objetos del contrato de donación con cargo, el tercero que adquiera algún derecho sobre dichos bienes, lo hace en conocimiento de la cláusula del cargo, teniendo en cuenta la publicidad registral que genera la escritura pública. Si bien, el mismo Código Civil refiere la revocación del Poder como

medio de extinción del contrato de mandato, en rigor se trata de una rescisión unilateral, teniendo en cuenta que no produce efecto retroactivo, y que el efecto se produce a partir del momento en que el poder fue revocado, es decir para el futuro, sin embargo, varios autores sostienen que tan utilizada es dicha expresión que es aceptada por la mayoría de las legislaciones, no pudiendo prescindirse de la misma.

Por último, cabe retomar cuanto se dijera respecto a que la revocación se halla “generalmente” unida a una liberalidad y no “necesariamente” (como ocurría antes), por la simple razón de que, con el advenimiento del derecho del consumidor, nuestra ley permite la revocación en el marco del contrato de consumo. Así, la revocación será factible en caso que el consumidor contratara fuera del local comercial, ya sea que lo haya por teléfono, en su domicilio, o por internet. Dicha facultad deberá ejercer dentro de los siete días desde la firma del contrato o la recepción del producto o servicio, y siempre y cuando el servicio o producto no fuere utilizado o sufre deterioro. Esta facultad igualmente ha sido denominada como “derecho de reflexión”. JUAN CARLOS CORINA ORUÉ. 2015, p. 180.

El Art. 26 de la ley del consumidor dispone cuanto sigue:

El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que el servicio o producto no hubiese sido utilizado o sufrido deterioro.

La resolución implica la extinción del contrato como consecuencia de un hecho posterior a la celebración, a veces atribuible a las partes, y otras a circunstancias ajenas a la voluntad de las mismas, como en el caso de la imprevisión. En cuanto a los efectos de la resolución, los mismos son retroactivos al momento de su formación (*ex tunc*), lo que implica la vuelta de las cosas al estado de origen, y estas a su vez las mutuas devoluciones en cuanto a las prestaciones ya cumplidas. Este efecto retroactivo se asemeja al de la nulidad, pero se distingue de la misma en que la causal de resolución es siempre posterior a la celebración del contrato, en tanto que la nulidad se da por vicios anteriores o concomitantes con la celebración. Esta retroactividad se da siempre entre partes, y en algunos casos muy particulares puede afectar derechos de terceros, como en el caso de una cláusula condicional

resolutoria consignada en escritura pública sobre un bien registrable cuya transferencia a tercero fuera formalizada por este medio.

Las causales legales a las que nos referiremos seguidamente son las siguientes:

- i. Incumplimiento de la obligación – pacto comisorio tácito;
- ii. Pacto comisorio expreso;
- iii. Imposibilidad de cumplimiento de la prestación;
- iv. Imposibilidad de cumplimiento por culpa de una de las partes;
- v. La imprevisión;
- vi. Pacto de mejor comprador en los contratos de compraventa;
- vii. Cláusula condicional resolutoria; y
- viii. Vicios redhibitorios.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PACTO COMISORIO TÁCITO

La causal de incumplimiento de la obligación, constituye tal vez la más conocida e identificada de las diferentes causales previstas en la ley, a tal punto que muchas veces se tiende a considerarla como única causal de resolución de los contratos.

El incumplimiento de la obligación o pacto comisorio tácito se encuentra expresamente previsto como causal legal en el Artículo 725 del Código Civil, que dice:

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.

Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

Según la misma, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la otra que no sea responsable de él, a pedir el cumplimiento del contrato, o su resolución con los daños e intereses. Sin lugar a dudas solo puede darse en los contratos bilaterales, y la norma legal citada faculta al que cumplió su prestación a solicitar la ejecución si pretende continuar hasta el final con el contrato o en caso contrario, si ya no es de su interés continuar con el mismo ante el perjuicio ya ocasionado por el incumplimiento de la otra parte, la resolución de dicho contrato, y en el caso que la obligación pen-

diente de cumplimiento fuese inherente a la persona obligada, el cumplimiento forzado no es posible correspondiendo únicamente la resolución del contrato.

El mencionado Artículo 725 del CC, prevé el pacto comisorio tácito, ya que el pacto comisorio propiamente constituye la cláusula que faculta a las partes a resolver el contrato bilateral si una obligación no se cumple en la forma estipulada.

PACTO COMISORIO EXPRESO

El pacto comisorio expreso se encuentra legislado expresamente en el Artículo 726 del CC, el cual establece que el contrato quedará extinguido desde que el interesado haga saber al moroso su decisión de resolverlo, otorgándole a este pacto el efecto “ipso iure”.

Artículo 726 del Código Civil:

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.

De la lectura de ambas normas legales, surge en forma inmediata la pregunta de cuál sería la diferencia entre acordar o no en forma expresa el pacto comisorio tácito, desde el momento que el Art. 725 del Código Civil dispone la facultad de una parte de solicitar la resolución en caso de incumplimiento de la otra, y por otro lado el Art. 726 dispone la posibilidad de pactar en forma expresa dicha facultad. La respuesta se encuentra vinculando el Art. 725, con el Artículo 728 del CC, que dispone:

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 quince 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 manifestado su decisión de no cumplir el contrato.

Es decir, se otorga al contratante la opción de resolver el contrato, intimando a la otra parte a ejecutar su obligación dentro de un plazo no inferior a quince días, a cuyo vencimiento podrá dar por resuelto el contrato con la sola comunicación fehaciente hecha al moroso de haber optado por la resolución del contrato, y en tal sentido, corresponde destacar que recién

luego de esta intimación en este plazo, se equipará esta figura al pacto comisorio tácito, en el sentido que bastara la comunicación fehaciente hecha al moroso para que el contrato quede extinguido, es decir, la resolución extrajudicial, por lo que en el caso del pacto comisorio tácito, lo esencial es el requerimiento al moroso a que cumpla sus obligaciones dentro del plazo señalado no inferior a quince días, para que luego de vencido este la parte pueda optar por la resolución extrajudicial, ya de pleno derecho, y a través de la comunicación mencionada.

Respecto a ese punto, no corresponde interpretar que en el caso del pacto comisorio tácito no se pueda demandar judicialmente si no se ha realizado la intimación previa mencionada en el Art. 728, ya que la misma contiene la palabra “podrá”, por lo que es optativo y no imperativo, siendo sí necesaria dicha intimación para llegar a una resolución extrajudicial, claro que si la parte a quien se ha comunicado la resolución del contrato no la acepta, la otra parte deberá accionar judicialmente para la restitución correspondiente, lo que implica el efecto retroactivo de la resolución. En ambos casos, la resolución se da recién a partir de la comunicación, y esto resulta obvio porque el acreedor puede tener interés en exigir el cumplimiento.

En el anteproyecto de nuestro Código Civil, ambas figuras se encontraban reguladas en el Art. 1.066, que disponía lo siguiente “Si en el contrato se hubiera estipulado un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservare la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliera, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda. Esta facultad se entiende implícita en los contratos bilaterales, aunque no se hubiera estipulado expresamente”.

“En esta hipótesis, el pacto comisorio, por oposición a la condición resolutoria expresa, no produce ipso iure sus efectos, razón por la cual, debe la parte no culpada interpelar previamente a la otra y constituirle en mora para demandar la resolución del contrato, con los daños y perjuicios” (LUIS DE GÁSPERI, 196, p. 311).

La diferencia con el pacto comisorio tácito es, pues, importante. Si el pacto no hubiese sido previsto en el contrato, el contrato igualmente puede resolverse, pero la parte interesada en la resolución debe darle al deudor una última oportunidad de cumplir; si el pacto fuere expreso, el cumplidor

se limita a comunicar al incumplidor su voluntad de resolver (BORDA, 2008, p. 153).

Los objetivos buscados con la incorporación del pacto comisorio tácito en la regulación del Código Civil son básicamente dos; suplir el silencio o la omisión de las partes, facilitando una “salida” al contratante cumplidor; y, a la vez, simplificar los procedimientos resolutorios, evitando tener que ir a una demanda (MORENO RODRÍGUEZ, 2015, p. 348).

“Es procedente revocar la sentencia impugnada, rechazar la demanda de resolución de contrato y hacer lugar a la demanda reconventional de resolución de contrato cuando, si bien las partes no lo pactaron, el incumplimiento de las obligaciones recíprocas acarrea la resolución del contrato — Art. 725 del CC—, y la confesión durante la absolución de posiciones prueba que el accionante no ha cumplido con su parte, dado que reconoció que retiró de la escribanía el plano georreferenciado para el pago del impuesto inmobiliario, por lo que al tiempo que remitió el telegrama colacionado no había cumplido con su obligación de acercar la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura y ha confirmado que fue ella la que no firmó la escritura porque no estaba individualizada la fracción que debía transferir el banco, causal que no fue alegada en la demanda ni acreditada en juicio (del voto del Dr. Garay)” (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civil y Com., S., D. C. c. Banco Regional S.A. s/ Resolución de contrato (Ac. y Sent. Nº 37). Publicado en: LLP setiembre 2019.

En cuanto al efecto de la resolución por incumplimiento, tendrá efecto retroactivo sólo entre partes, pero en los contratos de tracto sucesivo las prestaciones ya cumplidas y las cuotas vencidas quedarán firmes, conforme lo dispone el Art. 729 del CC.

El problema radica en saber si los efectos retroactivos afectan derechos de terceros subadquirientes de cada una de las partes. El problema es complejo y necesita sus distinciones debidas que nuestro Código, a diferencia del italiano, nada dispone al respecto. En primer lugar, cuando se trata de cosas muebles en poder del adquirente de buena fe, la revocación no produce los efectos retroactivos puesto que no hay persecución de estos bienes (Art. 2.058). La cuestión cobra fundamental importancia cuando se trata de inmuebles o cosas muebles registrables: operada la resolución, el contratante propietario del inmueble o cosa mueble registrable puede ejercer contra el tercero adquirente una acción de reivindicación, sin que ese

tercero pueda contestar tal derecho haciendo valer el principio “*res inter alios acta*” (Art. 2.163). (MARTYNIUK BARÁN, 2008, p. 165).

PARTICULARIDADES DE LA CAUSAL DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS DE COMPRA VENTA Y ONEROSO DE RENTA VITALICIA

En relación a la causal de incumplimiento de la obligación, tanto en el contrato de compraventa, como en el contrato oneroso de renta vitalicia se dan particulares excepciones, en el sentido de que los incumplimientos del deudor en ciertas condiciones no otorgan al acreedor el derecho a solicitar la resolución del contrato, pudiendo este exigir solo el cumplimiento de las obligaciones pendientes.

En el caso de la compraventa, el Artículo 782 del Código Civil dispone que no procede la resolución del contrato, en ningún caso en que el comprador haya abonado el 25% del precio cuando el pago deba efectuarse por cuotas, o haya efectuado mejoras por un valor que alcance dicho porcentaje, y este no pueda retirarse sin disminución apreciable de su valor, no pudiendo tampoco resolverse el contrato si lo abonado y las mejoras efectuadas sumasen en conjunto el porcentaje mencionado.

Artículo 782 del Código Civil:

Cuando el pago del precio debe efectuarse por cuotas, no procederá la resolución del contrato, en ningún caso, toda vez que el comprador haya abonado el veinte y cinco por ciento del precio, o haya efectuado mejoras por un valor que alcance dicho porcentaje, y que no puedan retirarse sin disminución apreciable de su valor.

Tampoco podrá resolverse si lo abonado y las mejoras efectuadas suman en conjunto dicho porcentaje.

La norma citada constituye un límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que un pacto comisorio en tal sentido de la falta de pago de las cuotas adeudadas, confrontaría con dicha norma, siendo aplicable la misma tanto a la compraventa en cuotas de inmuebles como de muebles, incorporándose como parte de las prescripciones de la compraventa en general, realizando esta aclaración en atención a la tendencia de interpretar la norma como aplicable solo a la compraventa de inmuebles.

Conforme a la norma precedente, la deuda del 75% del precio pactado, no reviste gravedad suficiente que amerite la resolución del contrato, y el vendedor solo puede exigir el cumplimiento de las cuotas adeudadas. Si la resolución del contrato tiene lugar por incumplimiento del comprador, en el caso de que no haya abonado aún el 25% de las cuotas, el vendedor debe restituir las cuotas cobradas, salvo el derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, además del resarcimiento de todo daño.

“Resulta entonces patente el incumplimiento alegado por la demandante, de modo que, la única labor que resta por efectuar, es determinar la entidad que dicho incumplimiento proyecta en el presente caso. Como hemos dicho, la cláusula cuarta establecía el pago de Gs. 10.000.000 en concepto de precio por la cesión de derechos. Luego, tenemos que cuatro cuotas de Gs. 500.000 no han sido abonadas, lo cual se traduce en un total de Gs. 2.000.000. Al trasladar tales cifras al plano porcentual, tenemos que el incumplimiento representa un 20 % del precio total convenido. Hecha la aclaración pertinente, no podemos sino predicar la esencialidad del incumplimiento en cuestión. En efecto, el 20 % de las prestaciones acordadas no puede en modo alguno ser reputado como insignificante o de menor entidad, sino que, por el contrario, priva a la parte acreedora de una sustancial porción de la prestación que ésta espera, amén de generar la razonable expectativa de no percibir las prestaciones aún pendientes” (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civil y Com., R. G., V. c. B. D., R. W. s/ Rescisión de contrato. Ac. y Sent. N° 84). Publicado en: LLP noviembre 2019.

“Al hacer referencia a contrato de compraventa de vehículo en cuotas, rige el Art. 782 del CC, que regula el comportamiento de las partes que han acordado el precio en cuotas, estableciendo que la resolución del contrato no procederá en ningún caso toda vez que el comprador haya abonado por lo menos el 25% del precio estipulado, independientemente que, luego de alcanzar dicho porcentaje, el comprador haya incurrido en mora por falta de pago en algunas cuotas, en cuyo caso el vendedor solo tiene derecho a perseguir el cobro de las cuotas restantes por otra vía (del voto el Dr. Garay)” (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civil y Com., HAGO S.A. c. C., B. s/ Resolución de contrato. Ac. y Sent. N° 12). Publicado en: LLP 2019.

En relación al contrato oneroso de renta vitalicia, que es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a entregar una suma de dinero o cosa apreciable en dinero, y la otra se obliga a pagar una renta periódica a uno o más beneficiarios durante la vida del suministrador del capital, o de

otras personas determinadas, la falta de pago de dos o más cuotas de renta vencida no autoriza al acreedor, aunque sea el que proporcionó el capital, a demandar la resolución del contrato, pudiendo en este caso solo exigir el cumplimiento de las cuotas adeudadas, y las garantías para cuotas futuras. Para el caso que el deudor de la renta vitalicia no otorgue todas las seguridades que hubiere prometido, o disminuyesen por su culpa las que hubiere otorgado, el acreedor podrá demandar la resolución del contrato, dándose en este caso la particularidad de no poder demandarse la resolución del contrato por el incumplimiento del pago de las cuotas, pero si puede demandarse la resolución del contrato, por la falta de otorgamiento por parte del deudor de garantías suficientes de cumplimiento, conforme a las prescripciones de los Arts. 1437 y 1438 CC.

“Es una regla lamentable. Quizás en pocos casos como en este se justifica el pacto comisorio *ex lege*; es de toda evidencia la necesidad de dotar al acreedor de la renta de medios de protección enérgicos; pues una renta que no se paga puntualmente, no satisface las necesidades económicas del acreedor; la ejecución judicial de las cuotas atrasadas, aunque sea coronada por el éxito, será siempre un recurso tardío”. GUILLERMO A. BORDA. 1962, p. 604.

IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

Constituye igualmente una causal de resolución de los contratos, la imposibilidad de cumplimiento de una prestación sin culpa de ninguna de las partes, incluso aunque se haya cumplido una de las prestaciones en forma total o parcial, debiendo esa imposibilidad sobrevenir con posterioridad a la celebración del contrato.

En ese sentido, el Artículo 721 del Código Civil, establece:

Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciera imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto.

Si la contraprestación hubiere sido efectuada en todo o en parte, se la restituirá según las reglas generales de este Código.

Conforme a la norma legal citada, constituyen presupuestos de resolución por esta causal legal: a) la imposibilidad absoluta de cumplimiento de la prestación, es decir que no sea exclusiva de la parte obligada en un contrato en particular, sino extensiva a cualquier otro deudor. Al respecto es importante destacar que precisamente la gran diferencia entre el caso

fortuito y la imprevisión, es que en el primero la prestación es de cumplimiento imposible por causas imputables a la naturaleza, y en el segundo la prestación se ha tornado excesivamente onerosa pero posible, en ambos por circunstancias futuras y posteriores a la celebración del contrato; b) que el hecho sea posterior a la celebración del contrato, como mencionáramos más arriba; y c) que ese hecho no sea imputable a las partes, que no haya el deudor podido prever el mismo, que sea inevitable aun cuando haya habido una posibilidad de previsión, y que sea anterior a la constitución en mora del mismo.

En cuanto al efecto de la resolución por esta causa, el Art. 721 prevé la restitución de la contraprestación que fuera efectuada en todo o en parte, es decir el efecto retroactivo propio de la resolución.

IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR CULPA DE UNA DE LAS PARTES

Al respecto de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por culpa de una de las partes, el Artículo 722 del Código Civil, dice:

Si la prestación a cargo de una de las partes se hace imposible por su culpa, la otra podrá cumplir su obligación, exigiendo daños e intereses, o resolver el contrato resarcándose de aquéllos.

Es decir, se establece igualmente como causal de resolución, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, pero por culpa de una de las partes, la cual finalmente constituirá un incumplimiento de la obligación. La parte no culpable puede optar entre cumplir su parte o resolver el contrato, pudiendo en ambos casos requerir daños y perjuicios.

El caso que plantea la disposición transcrita, constituye una causal legal de resolución del contrato y tiene como fuente al anteproyecto de Reforma del Código Argentino de Bibolini, el que sugirió el siguiente texto: Cuando la imposibilidad, total o parcial, de cumplir la prestación, posterior al contrato, fuere de cargo de uno de los contratantes, según lo prevenido en los Artículos 506, 511, y 513, el otro podrá optar entre cumplir el contrato o resolverlo, con derecho a indemnización por los daños e intereses de la inejecución, en ambos casos. (CENTURIÓN, 1997, p. 65).

LA IMPREVISIÓN

La Teoría de la imprevisión ha dejado de ser teoría doctrinaria desde el momento que el Art. 672 del Código Civil la ha convertido en norma positiva, constituyéndola en causal de resolución de los contratos, o de modificación equitativa de los efectos pendientes de cumplimiento, en los contratos de ejecución sucesiva o diferida, y se da precisamente cuando en estos contratos sobrevinieren circunstancias imprevistas y extraordinarias que hicieren que la obligación del deudor se vuelva excesivamente onerosa, posible pero excesivamente onerosa, pudiendo el deudor ante dichas circunstancias, solicitar la resolución o la modificación equitativa de su obligación pendiente de cumplimiento. El demandado en dicho caso, podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo la modificación equitativa.

El Artículo 672 del Código Civil establece:

En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

Es importante destacar en este punto, que las circunstancias no deben afectar únicamente a los contratantes, ni deben tratarse de circunstancias propias o personales de los mismos, en particular del deudor, sino deben afectar a toda la sociedad o comunidad en la que se desenvuelven los contratantes. La doctrina en forma uniforme refiere como ejemplos de dichas causales, guerra internacional, conmoción o revolución interna en un país, grave crisis inflacionaria, recesión económica, crisis de los mercados de producción y consumo, que modifiquen o alteren sustancialmente las condiciones económicas, sociales y financieras en relación al momento de celebración del contrato. Asimismo, la norma legal citada refiere igualmente que la resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o cuando el deudor fuera culpable. Los contra-

tos aleatorios, son aquellos en los cuales las partes pactan expresa o tácitamente la posibilidad de una ganancia o una pérdida, según sea el resultado de un acontecimiento futuro e incierto. El contrato aleatorio es a riesgo de ganar o perder, y ese resultado dependerá de ese acontecimiento futuro e incierto. Lógicamente si estamos ante un contrato aleatorio por su naturaleza, o como producto de una convención aleatoria, y la excesiva onerosidad sobrevino como consecuencia de ese acontecimiento futuro e incierto que decide el cumplimiento y el monto de las obligaciones, la desproporción de las prestaciones no autoriza al deudor a solicitar la resolución del contrato o su modificación equitativa.

La imprevisión no solo es aplicable a los contratos bilaterales, sino también a los unilaterales, con la salvedad que en estos últimos el deudor solo podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo, en atención a que solo una de las partes se encuentra obligada a cumplir una prestación, que se ha tornado excesivamente onerosa.

Los presupuestos de configuración de esta causal exigidos por el Art. 672 del Código Civil son los siguientes: a) que se trate de circunstancias sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarias; b) que no deben ser conocidas por el deudor ni debe estar en posibilidades de conocerlas al momento de la celebración del contrato; c) deben ser de tal envergadura que influyan decisivamente en el aumento de onerosidad, y d) que esta se haya vuelta excesiva, caracterizada por una reducción significativa del valor de la prestación recibida por una parte. La prestación del deudor debe estar pendiente de cumplimiento en su totalidad, si la misma se ha cumplido y el contrato ha cumplido su objeto, no corresponde la resolución del contrato.

Constituye la finalidad principal de esta figura jurídica permitir a los jueces intervenir en los contratos, revisar los acuerdos privados a los efectos de restablecer la equidad que se ve alterada por las circunstancias imprevistas y extraordinarias que afectan en forma perjudicial al deudor en cuanto al cumplimiento de su obligación pendiente.

Cuando los contratos se conciertan para ser cumplidos en el futuro en un lapso más o menos prolongado, las condiciones imperantes al tiempo del acuerdo pueden haber variado- de hecho, varían constantemente- en forma sustancial. El contrato, instrumento de justicia conmutativa, se convierte en herramienta de injusticia, en arma mortal puesta en manos de uno de

los contratantes en contra del otro (MORENO RODRÍGUEZ, 2015, pág. 966).

“Para que resulte aplicable la figura de la lesión, es necesario que la desproporción entre las prestaciones ocurra al momento de perfeccionarse el contrato, ya que de ocurrir ello en algún momento posterior, se presentaría un supuesto de imprevisión. (del voto en disidencia del doctor Castiglioni)”. (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 5, A., J. c. B. Vda. de L., D. H.) Publicado en: LLP 2006.

PACTO DE MEJOR COMPRADOR EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA

Es la cláusula en virtud de la cual en un contrato de compra venta, el vendedor se encuentra facultado a resolver el contrato si el comprador en el plazo máximo de tres meses recibe una oferta más ventajosa de parte de un interesado en la compra del inmueble objeto del contrato ya perfeccionado, que le permita enajenar dicho inmueble a un precio más ventajoso. Este pacto se encuentra expresamente previsto en el Art. 774 del Código Civil, e igualmente el Art. 775 del mismo cuerpo legal, dispone la obligación del vendedor de hacer saber al comprador quien sea el mejor comprador y que ventajas le ofrece, pudiendo el comprador evitar la resolución del contrato ofreciendo iguales ventajas, contando en ese caso a su favor con un derecho de preferencia respecto al nuevo ofertante, caso contrario de que no iguale la nueva oferta, se resolverá el contrato, lo que implica la restitución de las prestaciones, el inmueble al vendedor que podrá disponer libremente del mismo a favor del mejor ofertante o nuevo comprador, y la restitución del precio al comprador.

Por otro lado, la referida norma dispone que el pacto de mejor comprador solo es aplicable cuando el nuevo comprador pretenda adquirir el inmueble por compra o recibirlo en pago, no siendo en consecuencia aplicable a otro medio contractual de adquisición del inmueble.

Lo particular de este pacto es que el contrato se ha perfeccionado, las prestaciones se han cumplido, y en el futuro si se cumple la condición pactada de una mejor oferta inigualada por el comprador, el vendedor podrá resolver el contrato, y el efecto retroactivo que desencadene puede afectar derechos de terceros que hubiesen adquirido la cosa, ya que recordemos que la misma necesariamente debe tratarse de inmuebles, que son bienes registrables, y si la adquisición se realizó por escritura pública que es la forma

establecida en el Art. 700 del Código Civil para que el comprador adquiriera la propiedad de bienes registrables, este no puede alegar buena fe en el sentido de desconocimiento de la cláusula de mejor comprador, por lo que la adquisición se realizó asumiendo el riesgo de la resolución del contrato, operando finalmente como una cláusula condicional resolutoria.

CLÁUSULA CONDICIONAL RESOLUTORIA

En nuestro sistema legal en materia contractual, rige el de la autonomía de la voluntad, pero limitado a lo que dispone la ley, en particular a las disposiciones previstas en el Título de los Contratos, y en el de los actos jurídicos. En tal sentido, el Artículo 766 del Código Civil previene la posibilidad que tienen las partes mediante cláusulas especiales, subordinar a condiciones los efectos legales del contrato, previendo expresamente en los Artículos 776 y 777 del Código Civil la compraventa condicional suspensiva, y la compraventa condicional resolutoria, respectivamente.

Artículo 776 del Código Civil:

La compraventa condicional tendrá los efectos siguientes, cuando la condición fuere suspensiva:

a) mientras pendiere la condición, el vendedor no tiene obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador la de pagar su precio; sólo tendrá derecho para pedir las medidas conservatorias;

b) si antes de cumplida la condición, el vendedor hubiere entregado la cosa vendida al comprador, éste será considerado como administrador de cosa ajena; y

c) si el comprador hubiere pagado el precio, y la condición no se cumpliere, se hará restitución recíproca de la cosa y del precio, compensándose los intereses de éste con los frutos de aquélla si se los hubiere percibido.

Artículo 777 del Código Civil:

Cuando la condición fuere resolutoria, la compraventa tendrá los efectos siguientes:

a) el vendedor y el comprador quedarán obligados como si no hubiere condición; y

b) si la condición se cumpliere, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños. Los intereses se compensarán con los frutos, como está dispuesto en el artículo anterior.

En el caso de la condición suspensiva, el contrato no produce sus efectos hasta tanto se cumpla la condición que acordaron las partes, como

sería el caso de que “A” acuerda con “B” venderle su vehículo con la condición de que en el plazo máximo de una semana “A” no reciba una mejor oferta en relación al precio convenido con “B”. En ese plazo de una semana el vendedor “A”, no tiene la obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador la de pagar su precio, es decir las prestaciones propias del contrato de compraventa no son aún exigibles hasta tanto se cumpla la condición, pudiendo las partes solicitar solamente medidas conservatorias, en caso de haberse entregado la cosa vendida al comprador, este será considerado administrador de la cosa ajena.

Cuando las partes subordinan los efectos del contrato a una condición resolutoria, el contrato se perfecciona y produce sus efectos hasta tanto se cumpla la condición, en cuyo caso el contrato se resuelve, y si la condición no se cumple el contrato cumple su objeto como si la condición no se hubiera pactado. Al momento de celebración del contrato, las partes quedan obligadas como si no hubiera condición, es decir las prestaciones son exigibles, y si la condición se cumple se deben las mutuas restituciones, es decir produce el efecto retroactivo entre las partes, propio de la resolución, lo cual implica la vuelta de las cosas al estado de origen, debiendo compensarse los intereses con los frutos.

Así, por ejemplo, habrá venta bajo condición resolutoria, si “A” vende a “B” el vehículo de su esposa, con la condición resolutoria de que, si en el plazo de treinta días no consigue comprar otro vehículo más nuevo y de las mismas características al de su cónyuge, la venta quedará sin efecto, y por lo tanto el contrato resuelto, debiendo “B” restituir el vehículo a “A”, y este último, restituir a “B” el precio recibido.

En cuanto a los efectos de la resolución de los contratos por aplicación de la cláusula condicional resolutoria, la misma será extensiva en relación a terceros en el caso de haberse pactado con respecto a bienes registrables, con la consecuente consignación de la cláusula en escritura pública debidamente inscrita en los registros públicos. En el caso mencionado, los terceros no podrán ampararse en las reglas de la buena fe, en virtud a la publicidad de la cláusula en cuestión, por lo que, de ocurrir la condición, la resolución del contrato podrá afectar los derechos adquiridos por esos terceros, correspondiendo igualmente la restitución del bien al vendedor y la devolución de los precios tanto al comprador como al tercero adquirente.

En caso de duda sobre si la venta condicional es suspensiva o resolutoria, se reputará subordinada a una condición resolutoria, conforme a la

presunción “iuris tantum” establecida en el Artículo 778 del Código Civil, la cual puede controvertirse y probarse que la venta en realidad se encontraba sujeta a condición suspensiva.

VICIOS REDHIBITORIOS

Son vicios ocultos, existentes en una cosa al tiempo de su transferencia a título oneroso, de dominio, uso o goce de la misma, que la vuelven impropia para su destino, y que disminuyen su uso de tal modo que el adquirente de haberlos conocido no hubiera adquirido o hubiera pagado menor precio por ella.

Sobre el tema, el Artículo 1.789 del Código Civil, dice:

Si el dominio, uso o goce de una cosa se transmitió a título oneroso, y al tiempo de la transferencia existieron vicios ocultos que la tornaban impropia para su destino, éstos se juzgarán redhibitorios cuando disminuyan de tal modo el uso de la misma que el adquirente, de haberlos conocido, no hubiere tenido interés en adquirirla, o habría dado menos precio por ella.

La garantía por vicios redhibitorios, es un elemento natural de los contratos a título oneroso, en virtud de los cuales hay transmisión de derecho de la propiedad, uso o goce de una cosa, a través de la cual el enajenante garantiza al adquirente que la cosa adquirida es apta para cumplir el objeto para el cual fue contratado. Los vicios ocultos, para ser considerados redhibitorios deben ser de tal gravedad o importancia que, de haberse conocido, el contrato no se hubiera perfeccionado, o se hubiera concretado por menor precio.

Conforme al Art. 1.789 del Código Civil, los presupuestos para que un vicio pueda ser considerado redhibitorio son los siguientes:

a) Ocultos; en el sentido que el adquirente no podía estar en condiciones de conocer, con el primer examen, la primera prueba, a simple vista. Si el vicio es conocido, o el adquirente se encuentra en condiciones o en posición de conocerlos, su existencia no genera responsabilidad alguna;

b) Grave; en el sentido de la trascendencia del mismo en cuanto a las consecuencias que pudiera generar en relación a su destino, vinculándose dicho presupuesto con las acciones que pudiera promover el adquirente, estableciendo el Art. 1.790 del Código Civil, que no procederá la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa, cuando la disminución en el valor o en la calidad fuera de poca monta, y en caso de vicios aparentes;

c) Existentes al tiempo de la transferencia; el enajenante responde por los vicios ocultos existentes con anterioridad o al tiempo de la transferencia o adquisición de la cosa; si su existencia es posterior a la transferencia ya es responsabilidad del adquirente. El Art. 1.791 dispone que es carga del adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la transmisión, caso contrario se juzgara que sobrevino después; y

d) La adquisición debe ser a título oneroso, ya que en los contratos gratuitos no hay responsabilidad ni garantía por vicios redhibitorios, salvo en las donaciones especiales, como el caso de las donaciones remuneratorias, y las donaciones con cargos, a las cuales se aplican las reglas de los actos a título oneroso en lo pertinente.

El Art. 1790 del Código Civil, establece los casos en que no procede la responsabilidad por vicios redhibitorios, y en primer lugar dispone que los vicios sean de tal importancia que tornen a la cosa impropia para su destino, es decir que sufra una disminución importante de su valor o calidad. La norma igualmente dispone que los vicios aparentes no dan lugar a la responsabilidad. Los vicios aparentes se distinguen de los ocultos en el sentido que son de fácil constatación por el adquirente, quien está en situación o posición de conocerlo con el primer examen, no requiriendo de conocimientos técnicos para el efecto. Sería el caso de la adquisición de un inmueble, que tuviese problemas de cimientos, de estructura, los cuales en principio el adquirente no podría estar en condiciones de conocerlo sino posteriormente a través del uso, y con una revisión realizada seguramente por un profesional en la construcción. En cambio, si el mismo inmueble tuviera problemas de humedad existentes y visibles al tiempo de la adquisición, cualquier persona de normal experiencia conoce las dificultades e incomodidades que ocasiona la misma, a no ser que se encuentren disimuladas con una pintura reciente, y de mala fe del enajenante que no pone a conocimiento del adquirente el problema, por ello cada caso deber ser analizado en particular.

También previene el mismo artículo que no procederá la responsabilidad por vicios ocultos, si el adquirente conocía su existencia o debía conocerlo, ya que en ese caso deja de considerarse oculto, y se presume que adquirió aceptando la existencia de esos vicios, haciéndose cargo de los mismos, presuponiendo igualmente un acuerdo de voluntades al respecto.

“Resulta inconcebible que la adquirente ignore las cualidades del camino que adquirió en permuta dado que la actividad de su esposo, presente

en el acto (repetimos), era precisamente la conducción de esos automotores y el camión fue verificado por aquel y otro chofer antes de la compra. Ergo, ella conocía o debía conocer, porque su ignorancia, en tales casos, sería inexcusable. Compartimos lo explicitado por Stiglitz al ilustrar: “El enajenante de un bien está liberado de responsabilidad de los vicios redhibitorios cuando el comprador los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio. El fundamento específico de los vicios redhibitorios radica en el error y el art. 2170 del CC, exige la ignorancia excusable por parte del comprador, acorde con el recaudo de la excusabilidad del error y la sanción de la culpa en el desconocimiento del verdadero estado de las cosas” (Contratos Civil y Comerciales, Parte General, T. II, editorial Abeledo-Perrot, p. 209)” (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civil y Com., S. de S., N. S. c. C. S., R. s/ Resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Ac. y Sent. N° 58), publicado en: La Ley Online.

Por último, la norma citada señala que cuando fue comprada en remate o adjudicaciones no procede la responsabilidad, claro está que debe tratarse ejecuciones judiciales, situación diferente se da en los remates y adjudicaciones privadas, en las que el adquirente tiene el derecho de reclamar la acción redhibitoria en virtud a la existencia de vicios redhibitorios.

La garantía por vicio redhibitorio como lo habíamos mencionado, es un elemento natural de ciertos contratos, lo que implica que su existencia no depende de la voluntad de las partes, por el contrario, lo que sí depende de la voluntad de los contratantes es su no procedencia. El Art. 1792 del Código Civil establece la posibilidad que mediante acuerdo de voluntades las partes podrán renunciar, restringir o ampliar su responsabilidad por vicios redhibitorios. La condición para la efectividad de dichas cláusulas es que no exista dolo por parte del enajenante, lo cual se manifestaría a través de ocultamiento del vicio al adquirente, en conocimiento de su existencia.

La renuncia puede ser expresa (haciendo constar en el contrato) o tácita (el adquirente recibe la cosa, descubre el vicio, pero deja que prescriba la acción). La restricción o disminución de la garantía, tiene lugar –por ejemplo– cuando las partes establecen que la garantía estaría limitada sólo a determinados defectos de la cosa. La renuncia o la restricción carecen de valor cuando el enajenante conocía el vicio de la cosa y no lo declaró al enajenante. La ampliación de la garantía consiste en agravar o aumentar las obligaciones que surgen de la garantía. Ejemplo; se conviene que el vendedor responderá por cualquier vicio de la cosa, aunque no sea grave y aunque

no se trate realmente de un vicio redhibitorio (MARTIYNIUK BARÁN, 2008, p. 177).

Las acciones previstas en el Código Civil Paraguayo, en virtud a la existencia de vicios redhibitorios en la Compraventa son las siguientes:

Acción Redhibitoria; es la que tiene por objeto extinguir el contrato con efecto retroactivo a través de las mutuas devoluciones de las prestaciones cumplidas; el vendedor devuelve el precio y el comprador la cosa, Es una acción que pretende la resolución del contrato, con los efectos propios de este medio de extinción de los mismos. Conforme al Art. 1791, es carga del adquirente probar que el vicio existía al tiempo de transmisión, caso contrario se juzgará que sobrevino después.

Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios; El vendedor está obligado a sanear la cosa de los vicios o defectos ocultos, aunque los haya ignorado, y si los conocía o debía conocerlos, y los oculto o callo respecto al comprador, este podrá exigir daño y perjuicios siempre que no optare por la resolución del contrato, conforme a lo dispuesto en el Art. 1795.

Acción de Reducción de Precio; conocida también desde la época del derecho romano como “Acción Quanti Minoris”, es ejercida cuando pese a la existencia del vicio, el comprador no pretende la resolución o extinción del contrato, pero si pretende pagar menor precio en compensación al vicio existente.

Conforme al Art. 1798, la acción redhibitoria prevista para la compra venta, será también aplicable a otros contratos en los cuales existan también transmisión de dominio, uso o goce de una cosa a título oneroso, derivadas de los actos siguientes: dación en pago, contratos innominados, remates o adjudicaciones, siempre que no provengan de un procedimiento de cumplimiento de sentencia, permutas, donaciones especiales a las cuales se aplican las reglas de los actos a título oneroso, como en el caso de las donaciones remuneratorias y las donaciones con cargo, y aportes en las sociedades, siempre que por tal causa se origine la disolución, o pudiere excluirse al socio que hizo el aporte.

REFERENCIAS

Borda, Guillermo, *Manual de Derecho Civil*, 21ª Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

JURISPRUDENCIA

Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos*, Edición Editorial Perrot, 1961

Centurión, Francisco, *De los Contratos en General*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Libertad, 1997.

Corina Orué, Juan Carlos, *Contratos, Parte General*, Edición Intercontinental, 2015.

De Gásperi, Luis, *Anteproyecto del Código Civil*, Edición El Gráfico, 1964.

Martínez Simón, Alberto J., *Esbozo de las Obligaciones Civiles*, Edición a cargo del Autor, 2016.

Martyniuk, Barán, Sergio, *Lecciones de Contratos*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2008.

Moreno Rodríguez, José Antonio, *Curso de Contratos*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2015.



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CIVIL Y COMERCIAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 2

***Cuestión debatida:** El caso de autos trata sobre la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual promovida contra la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), por la señora Alicia Villar Díaz, en nombre propio y en representación de su menor hijo Richar Fabián Villar, como consecuencia del fallecimiento por electrocución de su padre, la discusión del caso es sobre el monto de la condena de daño moral a favor del hijo.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Pues bien, resumidos así los términos del debate mantenido en esta instancia y el resultado de los pronunciamientos de los juzgadores inferiores, interesa recordar que en autos se trata de una demanda indemnizatoria promovida contra la Administración Nacional de Electricidad (Ande) por la señora Alicia Villar Díaz, en nombre propio y en representación de su menor hijo Richar Fabián Villar, como consecuencia del fallecimiento por electrocución del señor Leandro Marcos Paz Domingos Chavez. Como ya se vio, de las pretensiones principales, aquí únicamente se encuentra en discusión el monto de la condena por daño moral a favor del menor Richar Fabián Villar, hijo de la víctima directa. Lo primero que debe decirse es que, ciertamente, dicho quantum fijado por el inferior en G. 800.000.000 puede empobrecerse, tal como lo requiere la apelante, a la suma de G. 400.000.000, monto otorgado por el a quo en concepto de daño moral. Que la condena pronunciada

en primera instancia haya alcanzado en total la suma de G. 614.500.000, no debe hacernos perder de vista que tal condena comprendía otros rubros, luego rechazados por el ad quem y que no fueron objeto de recurso por el actor. De esta suerte, como es obvio, el límite inferior del quantum del daño moral no lo representa la condena total fijada por el a quo, sino únicamente lo otorgado por él en relación con el daño moral.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Seguidamente, hemos de señalar que, a la hora de ponderar las diferencias en condenas por daño moral, debe tenerse muy en cuenta que incide no sólo la variedad de casuística, sino también muy especialmente el principio de congruencia que nos limita a lo pretendido por las partes y a los topes fijados por los juzgamientos de grado inferior. Que los demandantes sean excesivamente comedidos en sus reclamos por daño moral o que los jueces de instancia baja tengan un criterio más restringido de cuantificación, son cuestiones que sólo pueden ser limitantes para esta Corte cuando dichas vallas se hagan presentes y que no pueden entrar a tallar jamás en la cuantificación que en los demás casos se haga. Por otro lado, acerca de la diferencia del crédito indemnizatorio reconocido a cada uno de los demandantes, debe decirse que aquí se encuentra en juzgamiento únicamente el monto que corresponde al menor Richar Fabián Villar, habiendo pasado a autoridad de cosa juzgada lo decidido en relación con la señora Alicia Villar. Por ende, son las exclusivas condiciones y circunstancias de dicho damnificado las que se tendrán en cuenta al tiempo de traducir a numerario su menoscabo, con total independencia del quantum otorgado a un damnificado distinto, aunque de posición análoga en relación con el fallecido.

C.S.J. Sala Civil. 11/02/2019. “Alicia Villar c/ Administración Nacional de Electricidad (ANDE) s/ Indemnización extracontractual” (Ac. y Sent. N° 2).

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 caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: Las representantes convencionales de la Administración Nacional de Electricidad no han fundado el recurso de nulidad y, toda vez que no se advierten vicios que hagan necesaria una declaración oficiosa en los términos del art. 113 del rito civil, debe tenerse al recurso por desistido.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: Adhiero opinión al voto del señor Ministro preopinante, por idénticas motivaciones. Así es mi voto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: Me adhiero al criterio del Ministro preopinante, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER PROSIGUIÓ DICRIENDO: Por Sentencia Definitiva N° 739 de fecha 30 de noviembre de 2015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de la Capital ha resuelto: “NO HACER LUGAR a la excepción de falta de acción planteada como medio general de defensa por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (A.N.D.E). NO HACER LUGAR A LAS IMPUGNACIONES planteadas por la parte demandada ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (A.N.D.E). HACER LUGAR, parcialmente, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueven la señora ALICIA VILLAR DIAZ y su menor hijo RICHAR FABIÁN VILLAR contra ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (A.N.D.E). DECLARAR que la parte demandada debe pagar a RICHAR VILLAR DÍAZ la suma de guaraníes seiscientos catorce millones quinientos mil (G. 614.500.000) y a la señora ALICIA VILLAR DÍAZ la suma de guaraníes un mil ciento treinta y cuatro millones novecientos veinte mil, en el plazo de diez días, más intereses del dieciocho por ciento anual; si cuenta con fondos disponibles. En caso contrario, incluirá en el Presupuesto General de la Nación para el ejercicio siguiente los montos indicados más arriba. IMPONER las costas a la parte demandada. ANOTAR...” (f. 488 vuelto).

Recurrida la mencionada resolución, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, en virtud del Acuerdo y Sen-

tencia N° 3 de fecha 09 de febrero de 2017, resolvió: “ANULAR PARCIALMENTE la resolución recurrida en lo que respecta de la omisión de pronunciamiento del daño emergente en el considerando de la resolución recurrida, de conformidad con el exordio de la presente resolución. ANULAR PARCIALMENTE la resolución recurrida en lo que respecta de la omisión de los fundamentos del reencuadre jurídico de la pretensión de indexación a intereses moratorios, de conformidad con el exordio de la presente resolución. RECHAZAR la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa por la parte demandada, de conformidad con el exordio de la presente resolución. MODIFICAR la sentencia recurrida estableciendo, consecuentemente, que la demandada debe en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la actora la suma de G. 607.000.000 (SEISCIENTOS SIETE MILLONES) y al actor la suma de G. 800.000.000 (OCHOCIENTOS MILLONES), más los intereses devengados a partir de la ocurrencia del ilícito hasta el efectivo pago de los mismos a una tasa del 2,5% mensual, el cual deberá realizarse diez días después de que la sentencia quede firme y ejecutoriada, de conformidad con el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada, de conformidad con el exordio de la presente resolución” (fs. 579 y vuelto).

Contra esta decisión se ha alzado la parte demandada, quien se agravió puntualmente del monto de la condena por daño moral a favor de Richar Villar, de la fijación de la tasa de interés y de la condena en costas de la instancia inferior. Acerca de lo primero, la Ande solicitó se aplique el principio de igualdad de rango constitucional y que, en consecuencia, se fije una condena que guarde relación con la impuesta en casos de similar configuración fáctica. Dijo no creer que las diferencias que se advierten en la jurisprudencia respondan siempre y exclusivamente a las particulares circunstancias de cada caso, sino que son el corolario del subjetivismo y la discrecionalidad de la materia. Apuntó igualmente que el inferior no ha dado explicación de por qué ha otorgado diferentes sumas a los actores. Por dichos motivos, requirió se morigere la condena, fijándosela en G. 400.000.000. En cuanto a la tasa de intereses, argumentó que la aplicable debe ser la correspondiente al promedio simple de tasa activa nominal, siendo gravoso para su parte que se aplique la tasa de intereses que corresponde al promedio de tasa aplicable para préstamos de consumo, por periodo de más de un año de

financieras y, por demás injusto, que sea la tasa efectiva, capitalizándose así los intereses de una cuenta cuya obligación de pago se genera a partir de la citada condena por responsabilidad objetivo en daño extracontractual y no proviene de un préstamo impago en una financiera. Por último, respecto de las costas de la instancia anterior, alegó que ellas deben ser impuestas en proporción al éxito obtenido por las partes, de conformidad con el art. 195 del Código Procesal Civil (fs. 605/613).

Los representantes convencionales de la parte actora pidieron se declarara desierto el recurso por falta de fundamentación. A ello debe responderse de entrada con la negativa, toda vez que es claro que la apelante no ha dejado de presentar argumentos concretos y puntuales contra la motivación del ad quem. La parte actora respondió de todas maneras a los agravios, manifestando que la Ande sólo puede recurrir por la diferencia no confirmada, vale decir por la suma de G. 186.000.000, sin tener posibilidad que la condena se reduzca a G. 400.000.000. Arguyó igualmente que en la fijación de la condena el inferior ha tenido en cuenta las circunstancias del caso y apuntó que debe considerarse que el niño perdió a su padre a los 6 años, en plena infancia, en el momento en que más uno necesita una figura paterna afectiva y moralmente. Acerca de los intereses, manifestó que la pretensión de la Ande es notoriamente improcedente y que, al no haberse agraviado ella en relación con el momento desde el cual empiezan a correr los intereses, los mismos deben ser computados desde la fecha de la ocurrencia del ilícito, vale decir, desde el mes de marzo de 2011. Acerca de las costas, adujo que en materia indemnizatoria la doctrina se ha inclinado por entender, de acuerdo con el principio de reparación integral del daño, que las costas se impongan al obligado, aun cuando los montos resarcitorios no sean totalmente los peticionados por el actor.

Pues bien, resumidos así los términos del debate mantenido en esta instancia y el resultado de los pronunciamientos de los juzgadores inferiores, interesa recordar que en autos se trata de una demanda indemnizatoria promovida contra la Administración Nacional de Electricidad (Ande) por la señora Alicia Villar Díaz, en nombre propio y en representación de su menor hijo Richar Fabián Villar, como consecuencia del fallecimiento por electrocución del señor Leandro Marcos Paz Domingos Chavez. Como ya se vio, de las pretensiones principales, aquí únicamente se encuentra en discusión el monto de la condena por daño moral a favor del menor Richar Fabián Villar, hijo de la víctima directa. Lo primero que debe decirse es que, ciertamente,

dicho quantum fijado por el inferior en G. 800.000.000 puede empobrecerse, tal como lo requiere la apelante, a la suma de G. 400.000.000, monto otorgado por el a quo en concepto de daño moral. Que la condena pronunciada en primera instancia haya alcanzado en total la suma de G. 614.500.000, no debe hacernos perder de vista que tal condena comprendía otros rubros, luego rechazados por el ad quem y que no fueron objeto de recurso por el actor. De esta suerte, como es obvio, el límite inferior del quantum del daño moral no lo representa la condena total fijada por el a quo, sino únicamente lo otorgado por él en relación con el daño moral.

Seguidamente, hemos de señalar que, a la hora de ponderar las diferencias en condenas por daño moral, debe tenerse muy en cuenta que incide no sólo la variedad de casuística, sino también muy especialmente el principio de congruencia que nos limita a lo pretendido por las partes y a los topes fijados por los juzgamientos de grado inferior. Que los demandantes sean excesivamente comedidos en sus reclamos por daño moral o que los jueces de instancia baja tengan un criterio más restringido de cuantificación, son cuestiones que sólo pueden ser limitantes para esta Corte cuando dichas vallas se hagan presentes y que no pueden entrar a tallar jamás en la cuantificación que en los demás casos se haga. Por otro lado, acerca de la diferencia del crédito indemnizatorio reconocido a cada uno de los demandantes, debe decirse que aquí se encuentra en juzgamiento únicamente el monto que corresponde al menor Richar Fabián Villar, habiendo pasado a autoridad de cosa juzgada lo decidido en relación con la señora Alicia Villar. Por ende, son las exclusivas condiciones y circunstancias de dicho damnificado las que se tendrán en cuenta al tiempo de traducir a numerario su menoscabo, con total independencia del quantum otorgado a un damnificado distinto, aunque de posición análoga en relación con el fallecido.

Dicho esto, y encontrándose fuera de discusión a estas alturas que el menor ha visto resentida su esfera interna a raíz del trágico desenlace de la vida de su padre, corresponde aquilatar cualitativamente las proporciones de dicho daño moral. En otras palabras, hemos de determinar su contenido intrínseco, vale decir, la profundidad, intensidad y proyección de la alteración disvaliosa del espíritu padecida por el actor. En ese sentido, a nadie se puede ocultar seriamente la magnitud de la desazón y de la angustia de un niño de corta edad -apenas 6 años- por la pérdida de su padre en un evento nada menos que traumático -electrocución. Si lidiar con la ausencia de un padre puede ser tarea tan fatídica para una persona adulta, ya desprendida

de su manto protector y, por ende, no necesitada de su guiar constante en los caminos de esta vida, no imaginamos cuánto más pesada puede ser la carga para un niño, a quien queda por enfrentar situaciones de la infancia y adolescencia en las que un padre se hace punto menos que imprescindible. Ello sin mencionar la representación que normalmente tiene un niño de la figura paterna, a la que admira con idolatría, retratándola sin imperfecciones, augurando algún día asemejarse a ella y procurando, a cada oportunidad, imitar sus acciones. Es de lo más común que el niño desee acompañar al padre en sus actividades, que quiera vestir como él, usar sus mismos calzados o incluso compartir las mismas pasiones. Que ese relacionamiento tan único, irreproducible, casi inigualable en satisfacciones y felicidad se venga abajo tan abrupta y prontamente, a una edad en la que no nos caracterizamos precisamente por la templanza y fuerza espiritual, es para nosotros una tragedia de proporciones inconmensurables. A todo esto deben sumarse las repercusiones espirituales que con el paso del tiempo habrán de aflorar, a muy seguro, como consecuencia de las vivencias en las que su falta se habrá de sentir con mayor intensidad. Graficado así el padecimiento moral, creemos del todo apropiado fijar el crédito indemnizatorio del menor en la suma de G. 600.000.000, suma que proveerá de distracciones y de goces con los que en alguna medida podrá compensar su irreparable dolor espiritual. En este punto, por lo tanto, la recurrida debe ser modificada.

La siguiente cuestión que ha motivado agravio es la tasa de interés aplicable, arguyendo la apelante que debe utilizarse el promedio simple de tasas activas nominales correspondiente a febrero de 2011, toda vez que si se aplicara la tasa efectiva estaríamos capitalizando los intereses de una cuenta cuya obligación de pago se genera a partir de la condena y que no proviene de un préstamo impago en una financiera. La indicación del periodo desde el cual deben aplicarse los intereses conlleva un reconocimiento implícito de la apelante de la exigibilidad y mora de la obligación previas a la condena; condena que no viene sino a dotar de exigibilidad coactiva y certeza a un crédito ya preexistente cuya mora, por tratarse de una obligación derivada de un hecho ilícito, corre desde la misma producción del daño sin necesidad de interpelación, de conformidad con el in fine del art. 424 del Código Civil. Por otro lado, la aplicación del promedio de tasas efectivas correspondiente a los préstamos de consumo de plazo superior o igual al año, ajusta la condena a la realidad crediticia del momento histórico del ilícito.

Efectivamente, dichas tasas representan o, más bien, reflejan el costo promedio del acceso al crédito respectivo en entidades financieras. Si a la reparación integral del daño se debería tender, no podría dejar de considerarse que en no pocas ocasiones la víctima se ve en la necesidad de recurrir a deudas para compensar o reparar los daños que sufre, caso en el cual se aplicarán obviamente los estándares que corresponden a los préstamos personales de consumo, siendo lo normal que se busquen plazos superiores al año. Como consideraciones adicionales, no podríamos dejar de advertir, con prestigiosa doctrina, que “el sistema debe desalentar la morosidad y la litigiosidad. Al deudor debe no convenirle litigar. La aplicación de una tasa de interés pasiva produce todo lo contrario, desde el mismo momento en que es más ventajoso económicamente litigar (sabiendo que en última instancia se deberá pagar una tasa pasiva al cabo de cierto tiempo) que tomar un crédito bancario para satisfacer la deuda y evitar el juicio (ya que dicho crédito estará alcanzado por una tasa activa y capitalizable: aquella que cobra el Banco Nación)... ...4. No es correcto considerar que el acreedor sólo tiene derecho a obtener el interés que un banco le habría pagado a través de la colocación del dinero en depósito a plazo fijo. Tal idea reposa en una valoración poco afortunada de la concepción dinámica del patrimonio. No hay razón alguna que justifique una presunción de que el acreedor coloca su dinero a plazo fijo en un banco. En un país que procura desarrollarse, sólo los excedentes tienen ese destino. El dinero se destina preferentemente a actividad productiva. 5. No parece sólido el argumento de que las tasas activas importan un enriquecimiento para el acreedor. Su aplicación es una cuestión de política judicial o legislativa. Con similar razonamiento, podríamos decir que la aplicación de una tasa pasiva importa un enriquecimiento para el deudor, quien a través de su morosidad se evita tener que tomar un crédito a tasa activa en un banco. En suma: creemos que, para los supuestos de mora, en ausencia de previsión convencional o legal, debe aplicarse como regla la tasa activa que perciben los bancos oficiales” (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G.; Instituciones de derecho privado – Obligaciones, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, págs. 417/418).

En resumidas cuentas, la recurrida debe ser modificada, no porque encontremos aplicable la tasa propuesta por la apelante, sino por no ser la de 2,5% fijada por el ad quem la que corresponde al promedio de tasas efectivas correspondiente a los préstamos de consumo de plazo superior al año

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

en moneda local, a febrero de 2011, mes anterior al de la constitución en mora, cuyo valor es del 2,24% mensual.

Por último, debe determinarse la distribución de las costas de la instancia anterior –las que han sido motivo de apelación- y la de las que corresponden a esta instancia. Acerca de las fijadas por el ad quem, con acierto criterio la apelante ha solicitado sean impuestas de conformidad con el art. 195 del Código Procesal Civil. Aun cuando la demanda sea procedente, no puede perderse de vista que ella no ha recibido acogida íntegra y que los montos rechazados suponen objetivamente una derrota para los demandantes. En ese orden, debe atenderse a que en segunda instancia, la discusión versaba sobre: a) G. 4.010.000.000 de los cuales fueron concedidos G. 1.207.000.000; b) la tasa de interés aplicable, que se pidió sea fijada en 2,5% mensual y resultó determinada en 2,24% y c) la no inclusión de la condena en el Presupuesto General de la Nación peticionada y concedida a los demandantes. Creemos, por lo tanto, que corresponde hacer cargar a los demandantes con el 70% de las costas de segunda instancia y a la demandada con el 30% restante. Por lo que hace a las costas de la instancia, la imposición debe hacerse igualmente de manera proporcional, para lo cual debe ponderarse que la apelante ha tenido éxito parcial en retasar la condena por daño moral pronunciada a favor del menor demandante, consiguiendo, igualmente, la aplicación de una tasa de interés ligeramente inferior y una distribución de costas en la instancia inferior más beneficiosa. Por lo dicho, es nuestro parecer que en la instancia las costas del recurso interpuesto contra la decisión pronunciada en relación con la pretensión del menor demandante serán en un 40% a cargo de la apelante y en el 60% restante al apelado. Por su lado, en cuanto el recurso se ha vinculado con la pretensión promovida por la señora Villar, las costas deben ser impuestas en un 50% a cada parte.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, PROSIGUIÓ DICIENDO: Resulta materia de estudio en esta Instancia las siguientes cuestiones: I) el quantum de la condena por daño moral, respecto al menor Richar Fabián Villar Díaz; II) el cómputo de intereses y su porcentaje y, III) la imposición de Costas procesales.

En cuanto al monto del daño moral reclamado por el menor Richar Villar Díaz, en Primera Instancia, fue establecido en Gs. 400.000.000 (Vide:

fs. 487 vlt.). En Segunda Instancia, aumentado a Gs. 800.000.000. La condena en Segunda Instancia agravió a la entidad demandada, que consideró era excesiva y sin fundamentos, solicitando disminución en Gs. 400.000.000 (fs. 606/7).

Para establecer el monto del daño moral, cabe considerar que la vida humana aparte del valor afectivo que tiene para los familiares, constituye bien susceptible de apreciación económica y su pérdida debe ser indemnizada en forma que resulte reparación ecuánime y objetiva.

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

Asimismo, la condena por daño moral tiene naturaleza resarcitoria y no sancionatoria. No puede servir para enriquecer a la víctima, causando empobrecimiento al responsable del ilícito. Brebbia explicita: “Aun aquí, dentro de este campo, donde, como en muchas otras materias de Derecho privado, predomina el libre arbitrio del juez; éste deberá sujetar un juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del daño moral: la de evitar que la indemnización constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa” (El daño moral. Doctrina-Legislación y Jurisprudencia, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires-Argentina, 1957. Pág. 236).

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

En el caso, es incuestionable e irrefutable que el fallecimiento de Leandro Marcos Paz Domingos Chávez, por electrocución por malas condiciones de tendido eléctrico de la A.N.D.E., produjo daño moral a su menor hijo Richar Fabián Villar, quien al producirse el hecho luctuoso, 9 de Marzo

del 2.011 (fs. 2), contaba con escasos seis años de edad, conforme surge a fs. 3.

Además de la edad del menor hijo, víctima indirecta del suceso luctuoso, debe atenderse la forma repentina, trágica y prematura de la muerte de su padre, que constituye –a no dudarlo– un desgarramiento moral para el menor. Es innegable que a raíz de la muerte de su progenitor, el menor perdió -inexorable y definitivamente- la posibilidad de recibir de su padre amor, cuidado, atención, protección, etc., en la etapa de infancia y juventud, circunstancia que debe ser apreciada.

Por las motivaciones explicitadas, resulta legal disminuir la condena fijada en Segunda Instancia a Gs. 400.000.000.

En relación a los intereses moratorios, cabe señalar que en Primera Instancia se estableció que “corresponde intereses desde la promoción de la demanda a una tasa del dieciocho por ciento anual, siguiendo lo usual en la materia, según informes sobre promedio de tasas activas elaboradas por el Banco Central”. En Segunda Instancia, se estableció que los intereses debían aplicarse desde la ocurrencia del hecho ilícito a una tasa de interés del 2,5 % mensual, que correspondía para los préstamos personal de consumo efectivo en moneda local a más de un año, establecida por el Banco Central del Paraguay (vide: fs. 573).

La recurrente solicitó que los intereses sean impuestos desde el día de la promoción de la demanda a una tasa del 1 % mensual, esgrimiendo que era gravosa la aplicación de la tasa de intereses que corresponde al promedio de tasa aplicable para préstamos de consumos, por un periodo de más de un año, en Financieras, y por demás injusto que sea la tasa efectiva. Sostuvo que el Artículo 475 del Código Civil, no establece tasa de interés moratorio, por lo que la aplicación discrecional debe ser con suma prudencia y razonablemente (fs. 608/9).

Trigo Represas y Compagnucci de Caso reseñan: “Busso ... dice que los intereses son “los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina, durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno, o como indemnización por un retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria”, en la cual engloba los intereses “compensatorios” que se deben por el goce de un capital ajeno, y los “moratorios” adeudados como indemnización por el retardo del deudor en el cumplimiento de una obligación dineraria, los que por ello presuponen una conducta antijurídica,

sea por violación de la ley o por incumplimiento contractual.” (Código Civil Comentado – Obligaciones – Tomo I, páginas 484/5).

En Fallo anteriores esta Magistratura ha sostenido la posición jurídica de que los intereses deben ser calculados desde el día de la notificación de la demanda hasta el pago efectivo de la obligación.

En cuanto a la tasa de interés a ser aplicable al caso, cabe tomar como parámetro la tasa de interés activa para préstamos personales de consumo de duración de más de un año, fijada por el Banco Central del Paraguay. Correspondiendo al 11 de Marzo del 2.011, fecha en que acaeció el hecho, una tasa del 24,62 % anual, lo que se traduce en una tasa de interés mensual de 2.05 %. En esas condiciones, el Fallo impugnado deberá ser modificado.

En cuanto a las Costas, corresponde imponerlas en el orden causado, atendiendo la razón probable para litigar, según lo dispuesto en el Artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, PROSIGUIÓ DICIENDO: Me adhiero al criterio del Ministro preopinante, por los mismos fundamentos.

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

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

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad interpuesto.

MODIFICAR el quantum de la condena por daño moral a favor del menor Richar Fabián Villar, fijada en el apartado cuarto del Acuerdo y Sentencia N° 3 de fecha 9 de febrero de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, dejándola establecida en la suma de G. 600.000.000 (Guaraníes seiscientos millones).

MODIFICAR la tasa de interés aplicable fijada por el citado apartado, dejándola establecida en 2,24% mensual desde la ocurrencia del ilícito hasta el efectivo pago de la obligación indemnizatoria.

IMPONER las costas de segunda instancia en un 70% a cargo de los demandantes y en el 30% a la demandada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPONER las costas del recurso interpuesto contra la decisión pronunciada en relación con la pretensión del menor Richar Fabián Villar en el 40% a la apelante y en el 60% restante al apelado.

IMPONER las costas del recurso interpuesto contra la decisión pronunciada en relación con la pretensión de la señora Alicia Villar en un 50% a cada parte.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: José Raúl Torres Kirmser, César Antonio Garay y Eugenio Jiménez Rolón.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 22

Cuestión debatida: Se trata de resolver sobre la procedencia de una demanda de cumplimiento de contrato.

CONTRATO. CONTRATO DE CORRETAJE. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Cabe diferenciar el valor de la prestación debida (id quod interest), que es aquello que el deudor debe al acreedor por la fuerza misma de la obligación, del plus dañoso que, en forma independiente, junto al valor de la prestación, puede reclamar el acreedor al deudor incumpliente”.

CONTRATO. Contrato innominado. Analogía.

La importancia de esta calificación no es menor, porque, ciertamente, el enjuiciamiento respecto del alegado incumplimiento o no de las obligaciones dependerá en gran medida del tipo de contrato de que se trate, o, en caso de no ser posible encuadrarlo en alguno de los contratos nominados en el Código, de la determinación de con cuál de ellos guarda mayor analogía, según lo que dispone el art. 670, segunda parte, del Código Civil.

CONTRATO. CONTRATO DE CORRETAJE.

Estamos aquí en presencia de un contrato de corretaje, que se caracteriza precisamente porque el corredor se obliga a poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia, o de representación, según lo que dispone el art. 951 del Código Civil. Lo mismo dice autorizada doctrina: “Los mediadores son personas que colaboran en la actividad de los empresarios mercantiles sin estar ligadas a ellos por un vínculo jurídico permanente y estable. La colaboración del mediador se presta caso por caso a través del llamado contrato de mediación o corretaje, por el que una de las partes (el mediador) se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto”.

CONTRATO. CONTRATO DE CORRETAJE.

Con ello se señala que estamos aquí, más que frente a un intermediario indiferente o frío, ante un promotor o impulsador interesado en una concertación positiva; en efecto, en ese solo supuesto recibe recompensa por este trabajo, y, en-su orden interno, en compensación por todos aquellos intentos que no dieron frutos. Esta retribución condicional, unido a la frecuencia de los casos de fracaso, es lo que ha dado lugar al viejo proverbio jurídico: 'la molestia del corredor es frecuentemente en vano’.

CONTRATO. CONTRATO DE CORRETAJE.

La prestación del corredor se juzga cumplida cuando se concluya el negocio. Hasta tal punto esto es así, que no se concibe el pago de la comisión sin que el negocio se concluya. Es más: tampoco la sola conclusión del negocio basta para que nazca el derecho al pago de la comisión, si no existe nexo causal entre la conclusión del negocio y la intervención del corredor.

C.S.J. Sala Civil. 12/03/2018. “Osvaldo Pastor Luces Rolón c/ Zady Liz Anciaux s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 22).

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, DIJO: La parte recurrente no fundó este recurso. En estas condiciones, al no existir vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de oficio en los términos de los arts. 404 y 113 del Cód. Proc. Civ., corresponde declarar desierto el recurso interpuesto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL ÓSCAR BAJAC ALBERTINI, DIJO: que se adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, DIJO: que se adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, DIJO: por la S.D. N° 173 de fecha 18 de Marzo de 2.015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Segundo Turno, resolvió: “HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda que por INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS dedujera el Abogado OSVALDO PASTOR LUCES ROLÓN en contra de la Sra. ZADY LIZ ANCIAUX GONZÁLEZ y, en consecuencia, CONDENAR a la demandada a abonar a la actora, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de quedar ejecutoriada la presente resolución, la suma de DÓLARES AMERICANOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS (US\$ 37.500.-), más un interés del uno por ciento (1% mensual), costos y costas del juicio. ANOTAR...” (f. 176).

Recurrida que fue la citada S.D., los recursos fueron resueltos por el Acuerdo y Sentencia N° 104, de fecha 16 de Noviembre de 2.015, por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercia, Cuarta Sala, del siguiente modo: “1) DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. 2) REVOCAR, la S.D. N° 173 de fecha 18 de Marzo de 2.015 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de esta capital, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3) IMPONER las costas de ambas instancias a la parte actora perdidosa. 4) ANOTAR...” (f. 237).

JURISPRUDENCIA

Contra el referido Acuerdo y Sentencia se alzó el Abogado Osvaldo Pastor Luces Rolón, en los términos del escrito de expresión de agravios glosado a fs. 245/254. En pocas palabras, el recurrente dijo que él, antes de la firma del contrato que dio origen a este juicio, era ya representante legal de Zady Liz Anciaux González en un juicio ejecutivo por la suma de US\$ 70.000 que se tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno; que, interín se sustanciaba dicho juicio ejecutivo, Zady Liz Anciaux González le propuso al apelante la posibilidad de ser comisionista para la venta de los derechos y acciones que la apelada tendría en Caaguazú en su carácter de heredera de Pedro Elías Anciaux y que, por ello, celebraron la autorización exclusiva de venta que obra a f. 16 así como la aceptación del pago en cuotas de f. 17, en que se establece que la responsabilidad del apelante en la negociación culminaría cuando se obtengan compradores que acepten el precio, la forma de pago y se firme un contrato privado de aceptación de compra; que, a raíz del acuerdo con la apelada, la parte apelante procedió a hacer copia íntegra del expediente sucesorio y a notificar la oferta de venta de los derechos y acciones de la comitente a los demás coherederos, inició una serie de viajes a Caaguazú y consiguió un comprador, que no sólo aceptó la compra de los derechos sucesorios sino que además mejoró el precio en ochocientos dólares respecto de la oferta de la hoy apelada, todo lo cual el apelante hizo saber a esta última por telegrama del 7 de mayo de 2.008 obrante a f. 12; que, a pesar de todo ello, con total mala fe la apelada respondió al telegrama rescindiendo el contrato y alegando la falta de precio justo, lo cual es totalmente inadmisibles considerando que el comprador conseguido había mejorado la oferta inicialmente lanzada al mercado por la apelada. Seguidamente, la -parte- apelante se agravió de que el Tribunal haya juzgado que no procede el cobro de la comisión por el fundamento de que no se concluyó el negocio mediante la firma de un contrato privado, ya que según los términos del contrato no era la vendedora quien debía aceptar la forma de pago, sino el comprador; en estén sentido, indicó la apelante que de acuerdo al contrato suscripto con la apelada, la responsabilidad del apelante terminaba con la obtención de compradores dispuestos a pagar el precio ofrecido, y también que la apelada no estaba en condiciones de negarse a vender sus hectáreas puesto que se mejoró el precio requerido por ella, salvo que lo haya hecho para no pagar la comisión pactada; también bajo este aspecto, dijo la apelante que toda oferta lanzada al mercado genera consecuencias jurídicas, y que, en tal sentido, si

algún interesado acepta las condiciones del oferente o las mejora no hace falta que medie una nueva aceptación del ofertante, como así también, que su parte dio cumplimiento al contrato, puesto que hizo firmar al comprador un contrato privado de aceptación de compra. También criticó la apelante que el Tribunal de Apelaciones haya invocado el art. 947 del Código Civil para rechazar la demanda, sin tener en cuenta que la hoy apelante concluyó con sus obligaciones contractuales; en este sentido, dijo también la apelante que es claro que se está ante un contrato de comisión y que desde luego no puede exigirse a la apelada el pago de comisión alguna puesto que no se efectuó la venta, razón por la que lo que exige aquí es la chance que perdió la apelada al ser privada de concretar la venta por desistimiento unilateral e injustificado de la vendedora apelada, cuando el contrato ya había alcanzado su fin; que, en lo que respecta a la obtención del fin del contrato, debe estarse a las reglas de la buena fe y a lo querido por las partes, y que en este sentido la intención de la apelante siempre fue la de obtener un comprador a fin de satisfacer los intereses de venta de la apelada, y que la apelante sólo se comprometió a culminar la venta para acompañar la negociación hasta su total culminación; que, el hecho de que no se haya concretado la venta, se debe a culpa exclusiva de la apelada, quien revocó la autorización sin motivo valedero ni justo. También invocó la apelante el art. 86 de la Constitución Nacional, a fin de afirmar que aquí no sólo hay trabajo en carácter de comisionista, sino de abogado, ya que la venta de derechos y acciones de un juicio sucesorio supone un trabajo profesional calificado que se traduce en un asesoramiento jurídico no sólo a la vendedora sino a los posibles compradores. Finalmente, dijo que no fueron hasta la escribanía porque la apelada no quiso, y que en tal sentido la apelante no puede obligar a nadie, pero lo cierto y concreto es que su parte del acuerdo estaba cumplido ya que no puede responder por los pasos subsiguientes, que no dependían sólo de la parte apelante. Por los fundamentos expuestos, solicitó la revocatoria, con costas, del Acuerdo y Sentencia impugnado.

Corrido el traslado respectivo, la parte apelada lo contestó en los términos del escrito de fs. 257/261, mediante su representante convencional Abg. Carlos Fernández. En lo medular, dijo la apelada que el apelante en vez de enunciar sus agravios, procedió a relatar los hechos como si se tratara de una nueva demanda, cambiando los propios dichos en ella; en este sentido, dijo la apelada que el apelante habla de que pretende pérdida de chance, pero que sin embargo fue lucro cesante lo demandado y no pérdida

de chance, y que, por lo demás, la pérdida de chance no cabe cuando en sede de responsabilidad contractual. Dijo que la sentencia expone justamente que la apelante no cumplió con el contrato de comisión puesto que nunca se firmó el contrato de venta de derechos sucesorios sobre el inmueble. Dijo además que el apelante miente cuando habla de que cumplió el contrato, puesto que desde el momento en que otras coherederas aceptaron la oferta de compra, la supuesta mejor oferta hecha por un tercero es de ningún valor. Por otra parte, dijo la apelada que ella nunca firmó un contrato de venta de sus derechos con nadie; y que a f. 143 obra la confesoria del apelante en la que admitió que llenó unilateralmente el contrato de fecha 10 de Marzo de 2.008 de f. 17, que nunca recibió un mandato específico para la venta de ningún inmueble, y que nunca comunicó por escrito la identidad del supuesto comprador del documento de fecha 10 de Marzo de 2.008 llenado unilateralmente. Agregó la apelada que se probó en autos el llenado del documento en blanco de forma unilateral, y mediante ella, que la apelada nunca indicó al apelante qué era lo que quería ofertar, con independencia de aceptar una venta contraria a sus intereses. Por estos fundamentos, solicitó la confirmación del Acuerdo y Sentencia impugnado.

Se trata de resolver sobre la procedencia de una demanda de cumplimiento de contrato.

De manera preliminar, ha de explicarse porqué se juzga aquí que la pretensión incoada es de cumplimiento de contrato, y no de indemnización de daños y perjuicios, como sugieren el escrito inicial de demanda y las dos sentencias dictadas en Instancias anteriores.

Para ello, ha de recordarse que, en un primer momento, en el escrito de demanda de fs. 68/73, la hoy apelante -actora- pretendió que la apelada -demandada- le indemnice los daños y perjuicios que devendrían del incumplimiento de un contrato, por el cual la apelada había autorizado al apelante a ofrecer en venta los derechos y acciones que en carácter de heredera tendría esta última en el juicio caratulado “Pedro Elías Anciaux s/ sucesión”. La apelante alegó -en lo que ahora interesa- en el referido escrito de demanda de fs. 68/73, que cumplió con las obligaciones a su cargo, pero que sin embargo no lo hizo así la demandada: por ello, solicitó que se haga lugar a la demanda, y que en concepto de lucro cesante se le otorgue la suma de setenta y cinco mil dólares americanos (US\$ 75.000) más intereses, o lo que en más o en menos se estime conveniente.

Sin embargo, en un segundo momento, la hoy apelante modificó la demanda -antes de notificarla- acotando los términos de su pretensión y sus fundamentos. Es así que a f. 75 obra el escrito de modificación, en el cual dijo que "...Como no se ha podido realizar la transacción comercial de venta no pretendo cobrar igual monto que el que me hubiera correspondido en concepto de comisión pero pretendo exigir que la demandada me abone un monto adecuado a las circunstancias [...] el monto que considero debiera abonarme la demandada por incumplir el contrato asciende a \$ 37.500 (Dólares Americanos treinta y siete mil quinientos), es decir el 50% de lo que hubiera tenido que corresponderme en concepto de comisión, por el perjuicio ocasionado en que la demandada me vio privado de cobrar el monto acordado (Lucro Cesante) [...] a este monto pretendo sumarle todos los gastos efectuados y que he realizado para poder lograr el cometido..." (f. 75).

Expuestos así los términos en que fue finalmente planteada la pretensión del apelante, resta juzgar en qué consiste exactamente ella. Obviamente, los términos textuales de los escritos iniciales referidos no ayudan mucho en esta tarea, puesto que en todos ellos se reclama simplemente indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

No obstante, debe recordarse que en sede de responsabilidad contractual, a tenor de lo que dispone el art. 725 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios no procede de forma autónoma e indiferenciada de las pretensiones de cumplimiento de contrato o de resolución. Tampoco debe confundirse la demanda de cumplimiento por equivalente con la de indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto, como lo señala la más connotada doctrina: "1.2. Conveniencia de distinguir el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto.- Cuando el daño patrimonial deriva de la inejecución definitiva de una obligación (siempre que ésta no sea motivada por imposibilidad absoluta, objetiva y fortuita), el deudor debe al acreedor: 1. El valor económico de la prestación prometida y frustrada (id quod interest o aestimatio rei), también llamado 'cumplimiento por equivalente dinerario'. 2. Además, en su caso, el valor de los daños y perjuicios causados al acreedor a raíz del incumplimiento, siempre que concurran los restantes presupuestos de la responsabilidad por daños. Tal solución fluye nítidamente de los arts. 505, inc. 3º y 519 del Código Civil. Observa atinadamente Morello que 'ambas prestaciones sustituyen (por conversión) y perpetúan la prestación específica prometida por el deudor al concretar la obligación y reciben el nombre de 'daños y

perjuicios'; pero, técnicamente, se debe reservar esta denominación nada más que al plus con que se lesiona el interés contractual del acreedor, con prescindencia de la prestación en sí -o de su equivalente pecuniario- y a consecuencia de esa frustración o quebrantamiento'. Conforme a ello, cabe diferenciar el valor de la prestación debida (*id quod interest*), que es aquello que el deudor debe al acreedor por la fuerza misma de la obligación, del plus dañoso que, en forma independiente, junto al valor de la prestación, puede reclamar el acreedor al deudor incumpliente" (Pizarro, Jorge D. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. Tomo 2, pág. 668).

Luego, habida cuenta de que la demanda se fundó en el incumplimiento contractual de la apelada, cabe juzgar qué es lo que pretende el hoy apelante: o el cumplimiento o la resolución del contrato, así como también si a esas pretensiones debe añadirse la de indemnización de daños en sentido estricto.

Para ello, se vuelve forzoso calificar la relación contractual que une a las partes de este Juicio, aclarando desde ya que no se controvertió la existencia de la relación, sino tan sólo la exactitud de su contenido, así como el alegado incumplimiento. El contenido esencial del contrato está vertido en los instrumentos acompañados a fs. 17/18: en ellos, la apelada autoriza a la apelante a ofrecer en venta los derechos y acciones que aquella tendría sobre un inmueble ubicado en Caaguazú y que le corresponderían en su carácter de heredera en la sucesión de Pedro Elías Anciaux; en concreto, se autoriza al apelante a ofrecer en venta un total de quinientas hectáreas, a razón de novecientos dólares por hectárea; se establece también que la apelada se compromete a entregar al apelante, en concepto de comisión, el 10% sobre el total obtenido por la venta; se establece que la responsabilidad del apelante termina en cuanto el comprador acepte la forma y precio de pago y se cierre la transacción con el comprador por contrato privado. Finalmente, a f. 19 obra otro instrumento, suscripto por la apelada, en el que se consigna que ésta acepta la siguiente forma de pago por la eventual compra: el pago inicial a la vendedora de un 5% del valor total de la propiedad en concepto de seña, seguido de un pago del 20% en un plazo de 60 días a fin de que el comprador tome posesión del inmueble, seguido a su vez de un pago que se entregaría con cada zafra recolectada en un porcentaje a establecerse entre comprador y vendedor hasta cubrir el 70% del valor de la venta, y que el

dinero restante se abonaría a la vendedora en cuanto ésta pueda escriturar el inmueble a nombre del comprador.

La calificación jurídica del contrato cuyo contenido quedó resumido en el párrafo anterior, fue, llamativamente, variando a lo largo del proceso. Así, en el escrito inicial de demanda de fs. 68/73, ya referido, la parte actora no sólo invocó el art. 715 del Código Civil, sino también el art. 1808, relativa a la gestión de negocios ajenos, alegando que "...Mi labor desempeñada podría calificarse dentro de las disposiciones del art. 1808 del Código Civil que habla de la gestión de negocios ajenos...". En cuanto a la demandada, invocó en partes de su escrito de contestación de la demanda algunas disposiciones que regulan el mandato, aclarando que "...mi mandante revocó el mandato en fecha 6 de junio de 2.008 como lo señala el demandante, por la sencilla razón de que no existió un mandato específico...". Ya en Alzada, el Tribunal de Apelación cuya decisión es hoy objeto de revisión, se decantó por la existencia de un contrato de comisión, en base al art. 944 del Código Civil. Ante esta Instancia, el ahora apelante acogió la tesis del Tribunal, alegando que se trata de un contrato de comisión.

La asombrosa diversidad de calificaciones dadas al contrato a lo largo del proceso obliga, pues, a dejar sentada definitivamente cuál es su verdadera naturaleza, y a dirimir el litigio en consecuencia. La importancia de esta calificación no es menor, porque, ciertamente, el enjuiciamiento respecto del alegado incumplimiento o no de las obligaciones dependerá en gran medida del tipo de contrato de que se trate, o, en caso de no ser posible encuadrarlo en alguno de los contratos nominados en el Código, de la determinación de con cuál de ellos guarda mayor analogía, según lo que dispone el art. 670, segunda parte, del Código Civil.

Ciertamente, debe desecharse sin hesitaciones la tesis de la apelante esbozada en el escrito inicial de demanda, según la cual su relación con la apelada podría regirse por lo que dispone el art. 1808 del Código Civil: como bien es sabido, la gestión de negocios ajenos es una fuente obligacional en la cual el gestor realiza ciertos actos en interés de otro, pero sin el consentimiento o indicación de éste, y supone, como es obvio, la ausencia de toda autorización previa de parte del dominus.

También debe excluirse la posibilidad de que se trate de un contrato de mandato. Como es sabido, el objeto del contrato de mandato es, propiamente, la celebración de actos jurídicos; aspecto en el cual la doctrina es

absolutamente unánime y conteste: “El principio general en materia de objeto del mandato está dado por el art. 1889, que dice que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos, capaces de producir alguna adquisición, modificación o extinción de derechos. Esto debe ser necesariamente complementado con lo dicho en la definición legal del mandato (art. 1869) acerca de la naturaleza jurídica del acto, objeto del mandato. Esto es: solo un acto jurídico puede ser objeto del mandato. Los actos materiales solamente serán objeto del mandato, en la medida en que sean accesorios y necesarios para el cumplimiento del objeto principal del contrato” (Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires, Astrea, 5ª ed., 2002, tomo I, p. 685; en idéntico sentido Luminoso, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano, Giuffrè, 1984, 1ª ed., p. 119; Carpino, Brunetto. *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*. Torino, Giappichelli, 2007, 1ª ed., pp. 13-14). La interpretación en cuestión surge palmaria-mente del art. 880 del Código Civil, que se refiere inequívoca y expresa-mente a actos. Ahora bien, en la sistemática del Código, conforme con una interpretación técnica y propiamente civilística, no puede haber dudas de que dichos actos son los actos jurídicos a los que se refiere el art. 296 del Código Civil, es decir, los actos voluntarios que tengan por objeto crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos: caso en el que sin dudas, no puede enmarcarse la autorización para ofertar a la venta derechos y acciones; puesto que aquí la actividad asumida se agota en la gestión pura-mente material de búsqueda de interesados, sin extenderse a la celebración, propiamente, del acto jurídico de compraventa de esos derechos y acciones.

Tampoco puede tratarse de un contrato de comisión, puesto que éste implica que el comisionista pueda vender o comprar bienes a nombre propio y por cuenta ajena, posibilidad que fue expresamente excluida por la inter-pretación que el propio actor dio al contrato a f. 69/70, en que textualmente, expresó: “El Contrato firmado con la Sra. ZADY LIZ ANCIAUX no es el de comisionista según lo establecido por nuestro Código Civil en los arts. 926 y concordantes, habida cuenta de que yo no poseía la autorización de adquirir o vender bienes por cuenta de la Sra. ZADY LIZ ANCIAUX ni en nombre propio ni en beneficio de ésta, no estaba autorizado a conceder prórrogas de pago de acuerdo a las circunstancias y en el interés del mejor resultado del negocio. Es decir, el contrato firmado con la demandante no era un contrato de comisión, no me desempeñaba propiamente como comisionista, sino que el término comisionista fue el optado por ambas partes para dar lugar a la

figura jurídica que pretendíamos, cual era cobrar un monto determinado por conseguir compradores de los derechos y acciones de la Sra. ZADY LIZ ANCIAUX”.

Más bien, estamos aquí en presencia de un contrato de corretaje, que se caracteriza precisamente porque el corredor se obliga a poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia, o de representación, según lo que dispone el art. 951 del Código Civil. Lo mismo dice autorizada doctrina: “Los mediadores son personas que colaboran en la actividad de los empresarios mercantiles sin estar ligadas a ellos por un vínculo jurídico permanente y estable. La colaboración del mediador se presta caso por caso a través del llamado contrato de mediación o corretaje, por el que una de las partes (el mediador) se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto” (Uría, Rodrigo; Menéndez, Aurelio y Alonso Soto, Ricardo. Contratos de colaboración: el contrato de comisión, en Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. Curso de derecho mercantil. Thomson Civitas, Madrid, 2ª ed., 2002, tomo II, p. 172).

En efecto, la obligación de la apelante de ofertar en venta y de conseguir compradores para los derechos y acciones que le corresponderían a la apelada, y la correlativa obligación de ésta de pagarle la comisión correspondiente, encuadran a todas luces en la disposición del art. 951 y siguientes del Código Civil.

Así pues, habiendo definido cuál es el contrato que vincula a las partes de este juicio, debe reanudarse el análisis en el punto en que fue dejado: la determinación de qué es lo que pretende el apelante -corredor- fundado en el contrato que le une con la apelada.

Inmediatamente, ha de decirse que existen elementos de juicio que permiten entender que lo que concretamente se pretende aquí es el cumplimiento del contrato. En efecto, se recordará que en el escrito de modificación de la demanda, el apelante, luego de afirmar que no se pudo concretar la venta de los derechos y acciones, pretende que se le abone el 50% de lo que le hubiese correspondido si se concretaba tal contrato; si a ello se añaden algunos términos del escrito inicial de demanda de fs. 68/73 que dan a entender que la apelante juzga que cumplió todo lo que estaba a su alcance con excepción de la firma del contrato de compraventa -ya que no dependía

exclusivamente de su actividad-, puede inferirse que lo que pretende la apelante es que la apelada le abone la parte proporcional de lo que le hubiese correspondido si efectivamente se celebraba el contrato de compraventa con el comprador que ella le propuso, más los gastos en que incurrió.

Quedan así explicadas las razones por las que esta Magistratura estima que la pretensión planteada no puede consistir en otra cosa más que la de cumplimiento de contrato.

Así pues, debe juzgarse seguidamente si se hallan reunidos los requisitos de procedencia de la pretensión de cumplimiento de contrato. Ellos están resumidos en el art. 719 del Código Civil: quien pretenda demandar por cumplimiento, debe demostrar el propio cumplimiento o formular oferta de cumplimiento, salvo que la otra parte deba efectuar antes su prestación.

En el caso de autos, el apelante -corredor- alega haber cumplido al menos con parte de su prestación, puesto que consiguió que un tercero de nombre Francisco Solé Bogarín no solamente acepte la oferta de la vendadora, sino que mejore el precio, elevándolo de novecientos dólares a mil quinientos dólares por hectárea. Cabe resaltar que la oferta de pagar mil quinientos dólares por hectárea está plasmada en el instrumento de fs. 23, firmado por Francisco Solé Bogarín: la firma fue reconocida por este tercero en el proceso a f. 151, así como también expresó su voluntad de comprar los derechos y acciones a tal precio (fs. 144 y vlta.).

Retomando el análisis, y a la luz del reconocimiento de la firma en juicio del tercero que aceptó las condiciones de compra, debe tenerse por acreditado el hecho alegado por el corredor apelante de que consiguió un comprador de los derechos y acciones que le corresponderían a la apelada en las condiciones por ella ofrecidas. Ahora bien: debe determinarse, a continuación, si con ello se puede tener por cumplida la obligación del corredor de conformidad con lo establecido en el contrato. Esto es, precisamente, lo que disputa la apelada, al alegar -excepcionar- la falta de cumplimiento del contrato de parte del apelante.

A este menester, debe recordarse que la obligación del mediador -corredor- se juzga cumplida cuando se perfeccione el contrato como consecuencia de su intervención, según lo dispone expresamente el art. 952 del Código Civil. La doctrina también es unánime a este respecto: "Aconseja la celebración del contrato", añade el citado Ripert. Con ello se señala que estamos aquí, más que frente a un intermediario indiferente o frío, ante un promotor o impulsador interesado en una concertación positiva; en efecto,

en ese solo supuesto recibe recompensa por este trabajo, y, en-su orden interno, en compensación por todos aquellos intentos que no dieron frutos. Esta retribución condicional, unido a la frecuencia de los casos de fracaso, es lo que ha dado lugar al viejo proverbio jurídico: 'la molestia del corredor es frecuentemente en vano' (Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil. Los contratos y otras fuentes de las obligaciones. Tomo V, Volumen II. Santiago de Chile: Imprenta y Lito. Universo S.A., 1964. 2da ed. pág. 88). "En cambio, como se ha señalado, la comisión o remuneración (llamada, también, corretaje o 'mediación') -que es la compensación de la actividad prestada por el mediador, en cuanto la misma se resuelva en un resultado ventajoso para la parte (conclusión del contrato, que sin actividad del mediador probablemente no se habría concluído)- no se debe sin más; la misma queda (doblemente) subordinada a la efectiva conclusión del negocio y al hecho de que tal conclusión haya estado en relación de efecto a causa (nexo de causalidad), respecto de la intervención del mediador (art. 1755, primer apartado)" (Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. Tomo IV, pág. 70). "Su actividad se relaciona con la celebración de un contrato perfecto, y en consecuencia debe esforzarse en que se den todos los elementos constitutivos de los mismos" (Lorenzetti, Ricardo. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. Tomo II, pág. 300).

Como puede verse, la prestación del corredor se juzga cumplida cuando se concluya el negocio. Hasta tal punto esto es así, que no se concibe el pago de la comisión sin que el negocio se concluya. Es más: tampoco la sola conclusión del negocio basta para que nazca el derecho al pago de la comisión, si no existe nexo causal entre la conclusión del negocio y la intervención del corredor.

Pero, en el caso de autos, las partes del contrato de corretaje fueron mucho más allá, ya que se estableció que la responsabilidad del corredor no se limitaría a la mera celebración del negocio de compraventa de derechos y acciones hereditarios, sino que se añadió una exigencia formal: la firma de un contrato privado con el comprador. Es lo que surge del instrumento de fs. 17.

En consecuencia, no puede sino concluirse que el corredor no logró cumplir con la principal prestación a su cargo de acuerdo con el contrato, cual era la concreción del contrato de compraventa entre la apelada y el tercero oferente por contrato privado. Es más: el propio actor reconoció que

no se pudo concretar el contrato de compraventa, específicamente a f. 71 en que dijo: “El requisito de cerrar la transacción por Contrato Privado NO PUDO CUMPLIRSE por rescisión unilateral de Contrato por parte de la demandada, es decir POR CAUSAS AJENAS A MI VOLUNTAD quien por el principio de la buena fe que debe regir nuestras actuaciones me manejé en todo momento conforme a derecho”. Igualmente lo hizo la apelante a f. 75, al modificar la demanda: “Como se ha podido realizar la transacción comercial de venta no pretendo cobrar igual monto que el que me hubiera correspondido en concepto de comisión...”.

En cuanto a los gastos que reclamó la apelante, de la instrumental de f. 17 surge que sólo se pactó -art. 953 del Código Civil- que la apelada pagaría el 50% de los honorarios correspondientes a la agrimensura del inmueble, en condiciones bien específicas: por cada pago proporcional que reciba del precio de venta; por tanto, al no haberse siquiera celebrado el contrato de compraventa, la pretensión del cobro de los gastos deviene improcedente. Lo propio debe decirse de los gastos reclamados en concepto de pagos de telegramas colacionados y gastos de movilización hasta la ciudad de Caa-guazú, puesto que ni estos gastos no fueron pactados.

En las condiciones apuntadas, no se da uno de los requisitos inexcusables para que proceda la demanda de cumplimiento de contrato, cual es que el que la promueve haya cumplido su prestación. La defensa de falta de cumplimiento de contrato opuesta por la apelada deviene, pues, procedente. El Acuerdo y Sentencia que así lo resolvió debe ser confirmado.

Finalmente, y meramente obiter, no puede dejar de señalarse la improcedencia de la pretensión de la apelante -introducida recién en esta Instancia- de cobrar honorarios profesionales en carácter de Abogado por el fundamento de que la venta de derechos y acciones sucesorios exige asesoramiento profesional. Más allá de que ello no fue expresamente pedido en el escrito inicial de demanda ni en su modificación, debe decirse que parte de los deberes propios del corredor consiste en asegurarse que el contrato a celebrarse cumpla con todas sus condiciones propias, por lo que no puede pretenderse la escisión de ese deber propio del corredor para conseguir el cobro bajo un título distinto, cual es la prestación de servicios profesionales. Por otra parte, no puede desconocerse que esta sería una forma muy conveniente de lograr el cobro indirecto de al menos parte de la suma reclamada, pese a que no concurren los requisitos de procedencia de la acción principal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

intentada, que reconoce como única causa el contrato de corretaje ya mencionado.

En cuanto a las costas, corresponde que ellas sean impuestas al apelante perdidoso, en esta instancia.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL ÓSCAR BAJAC ALBERTINI, DIJO: que se adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, DIJO: que se adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos.

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

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 104, del 16 de Noviembre del 2.015, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

IMPONER las Costas, en esta Instancia, a la recurrente y perdidosa.
ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 14

Cuestión debatida: El desacuerdo, como es natural, reside en la mecánica del accidente y en la culpa de sus protagonistas, a partir de una responsabilidad extracontractual por un hecho ilícito (Accidente de tránsito fatal).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia.

Este vicio justificaría una declaración de nulidad únicamente en caso que el pronunciamiento de mérito no pudiera hacerse en beneficio de la parte afectada, esto es, de los demandantes. Por ello, habremos de atender, previamente, los agravios expresados con motivo de la apelación, con lo cual nos encontraremos en posición de decidir si hay razones para acudir a esa sanción de ultima ratio que es la nulidad (art. 407 del Código Procesal Civil).

RECURSOS. Declarar desierto.

Como primer punto, pues, ha de resolverse el pedido de deserción de los recursos formulado por la parte apelada. Cabe dar la razón a ella respecto del deber que contiene el art. 419 del rito civil. Ahora bien, como es sabido, la declaración de deserción es una solución excepcional en materia de defectos de fundamentación, que se hace operativa sólo cuando los defectos sean de tal entidad que no permitan siquiera identificar un mínimo de crítica de la sentencia impugnada. Por el contrario, cuando exista aunque sea tal mínimo de crítica de la resolución impugnada, la deserción de los recursos es improcedente, porque con ello se cumple la carga establecida en el citado art. 419.

RECURSOS. Declarar desierto.

Así también lo entiende la doctrina: “Es por ello que se ha declarado que la brevedad o laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para sentar la deserción del recurso en el supuesto de que el apelante individualice, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuando la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable a la admisibilidad de recurso. Significa, entonces, que la Alzada debe echar mano de la deserción excepcionalmente...”

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la Acción Penal. Responsabilidad extracontractual. PREJUDICIALIDAD.

Entonces, la cuestión prejudicial se limita, en el caso de resoluciones absolutorias en sede penal, a determinar sobre la existencia o inexistencia

del hecho dañoso, pero no se hacen extensivas las conclusiones del fallo penal a los demás elementos que configuran la responsabilidad civil. Con este temperamento han de analizarse las constancias de autos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la Acción Penal. Responsabilidad extracontractual. PREJUDICIALIDAD.

Lo resuelto en sede penal no tiene ninguna incidencia en el juzgamiento que realizaremos a continuación y al cual nos encontramos plenamente habilitados, toda vez que el juicio referido ha llegado a su término.

Para la procedencia de una demanda por indemnización de daños y perjuicios proveniente de hechos ilícitos, es preciso que se den los elementos de antijuridicidad, imputabilidad de dicho acto, daño sufrido por el actor en alguno de sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales y la relación de causalidad entre el ilícito y el daño, así como también deben acompañarse elementos que permitan llegar, o cuanto menos aproximarse, a una cuantificación pecuniaria del perjuicio sufrido.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Acto ilícito civil. Responsabilidad extracontractual.

La conceptualización de la ilicitud no debe ser entendida en el sentido formal estricto de incursarse en un tipo penal previsto en la ley. El concepto de acto ilícito en el ámbito civil es más amplio, es decir, refiere a todo acto antijurídico, esto es, contrario a derecho, comprensivo tanto de normas como de principios, que sea susceptible de causar un daño. En el caso de autos, como ya se ha señalado, la existencia del accidente de tránsito, consecuencia directa de la presente demanda, ha sido un hecho que no suscitó controversia a lo largo de la tramitación del juicio, por lo que no quedan dudas de la configuración del acto ilícito.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Imputación de culpabilidad.

En cuanto a la imputación de culpabilidad, en el caso particular, ésta se mide por la debida prudencia, pericia y diligencia en la conducción. Debe recordarse, en efecto, que los demandantes han fundado la responsabilidad de la empresa de transporte en su calidad de principal del conductor del ómnibus en cuestión y no en su carácter de propietaria de dicho vehículo – fue recién en esta instancia que los actores pretendieron introducir la teoría

del riesgo y la responsabilidad fundada en el dominio de las cosas; por supuesto, se trata de una imputación jurídica extemporánea que no podría ser admitida sino so riesgo de indefensión de la demandada. En otras palabras, la imputabilidad se rige aquí por las reglas de la responsabilidad subjetiva y, es por ello, que importa determinar si existe culpa en el actuar del chofer del ómnibus. En este punto es donde descansa el *thema decidendum* para la resolución del recurso en estudio, por cuanto que las conclusiones que aquí se arriben determinarán la suerte de la pretensión.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Accidente de tránsito. Transporte benévolo u oneroso.

Debe añadirse que la conducta del señor quien dirigía la motocicleta, no puede computarse como culpa de la víctima. De haber conducido indebida o imprudentemente, dicho conductor respondería igualmente frente a la víctima en su calidad de transportador, ya sea benévolo u oneroso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Accidente de tránsito. Transporte benévolo u oneroso.

En todo caso, por lo tanto, cuanto podría proponerse es que a la culpa del demandado se ha sumado igualmente la del conductor de la motocicleta, de suerte que habría otro responsable del daño sufrido por los herederos de la víctima fatal y no precisamente concurrencia del perjudicante y del perjudicado directo en la producción del daño.

Así, se ha dicho que “si bien es cierto que el pasajero no tiene por qué investigar la mecánica del accidente en el cual se lesionó, ni probar cuál de los conductores de los vehículos involucrados en el suceso fue el verdadero responsable, ello no excluye la posibilidad procesal de que se plantee entre los conductores la cuestión en torno de la culpa y el tribunal exonere al inocente de las consecuencias dañosas que no le serían jurídicamente imputables” (CNCiv., Sala C, abril 13-972, ED, 43-514).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Accidente de tránsito. Transporte benévolo u oneroso. Acción de repetición.

Por supuesto, si alguna responsabilidad cabe al conductor de la motocicleta es aquí intrascendente, porque no fue demandado, y porque, en todo caso, la empresa accionada –que ya se determinó se ve reflejada por la

culpa de su dependiente- respondería solidariamente de haber daños que indemnizar, con lo cual, está claro, puede ser reclamada por la totalidad, sin perjuicio de la posibilidad de discutir en otro juicio con el conductor de la motocicleta la culpa que a éste también le podría caer y ejercer la acción recursoria (art. 1841 del Código Civil)

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.
Accidente de tránsito. Culpa concurrente.**

La supuesta culpa de la víctima, las consideraciones respectivas las haremos en oportunidad de estudiar la relación causal. Bien se ha dicho que “[e]s indudable entonces que, no obstante la parte de verdad que pudiera existir en una fundamentación subjetiva, la influencia del hecho culpable de la víctima en la responsabilidad del demandado no puede sino encontrarse en el rol causal que tiene en la producción del daño.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.
Accidente de tránsito. Culpa concurrente.**

Si la culpa concurrente de la víctima es factor de atenuación de la responsabilidad es en cuanto es concausa del daño final, según se ha venido diciendo y bajo ese fundamento, el único criterio de reducción aceptable es el de la influencia causal en el resultado final de esa culpa... ..Habría que admitir entonces una doctrina de causalidad que permita atender a la diversa eficacia causal que pueda tener el hecho imputado al demandado y la culpa de la víctima, como ocurre con la causalidad adecuada”.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.
Accidente de tránsito. Culpa concurrente.**

“Ambas conductas deben haber sido causa adecuada, factor concurrente, necesario e indispensable en la producción del daño. Todos los autores parten de este presupuesto y señalan la dificultad de determinar, en el caso concreto, si el nexos causal existe”.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.
Accidente de tránsito. Culpa concurrente. Pérdida de chance.**

Recordemos que la pérdida de chance no es un daño futuro, sino un daño presente y actual producido en el patrimonio del titular cuya cuantificación se realiza en base a probabilidades de acontecimientos futuros; se

trata, pues, de las posibilidades y potencialidades existentes en la órbita patrimonial del afectado -al tiempo de su muerte-, su entidad y valor, los cuales, como todo daño resarcible, deben ser demostrados. Si bien se tienen datos ciertos de la expectativa de vida en el país y del salario mínimo - establecido por decreto del Poder Ejecutivo, cual es un acto público, por lo cual su monto es un dato siempre cierto; no se han proporcionado datos estadísticos de la tasa de desempleo a la época del accidente, ni su proyección para los años de vida útil que se estima habría podido tener la víctima.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Accidente de tránsito. Culpa concurrente. Perdida de chance.

En cuanto al daño moral, como reiteradamente lo hemos afirmado, éste aparece como una especie en la categoría del daño en general, y su entidad es la del daño personal extrapatrimonial. Se lo suele definir como toda detracción disvaliosa del espíritu, la lesión al ser inmaterial de la persona o a los derechos intangibles. El daño moral se configura por todo sufrimiento o dolor, por el menoscabo en los sentimientos derivados de los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes, dificultades o molestias relevantes que sean consecuencia del hecho perjudicial, con independencia de cualquier reparación de orden patrimonial.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Accidente de tránsito. Culpa concurrente. Perdida de chance.

En lo que hace a la demostración del daño moral, éste sigue las mismas reglas probatorias que cualquier otro hecho. Pero así también puede constituir un hecho notorio, dadas las circunstancias adecuadas. Algunos hechos se exoneran de prueba por su carácter de notorios, a tenor del art. 249 del Código Procesal Civil. En todos los demás casos, la prueba del daño debe de ser producida. Así, en el ámbito de los daños morales, puede considerarse como notoria, v. gr., la existencia de un dolor espiritual por la pérdida de un familiar cercano, como un padre, un hijo, tal como en este caso sucede. Sería ocioso, así, requerir prueba del daño porque surge ostensible, susceptible de ser percibido y entendido por todos. Es obvio que, como en este caso, la muerte de un hijo, para los actores constituye un daño emocional enorme que no necesita ser probado, como vimos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa concurrente.

Frente a la conducta “culpable” de la víctima, la del conductor del ómnibus asume una influencia causal claramente superior y dominante en la producción de los daños, estimable en un 90%. En efecto, fue ese giro inesperado y del que no se dio ninguna advertencia, el que obligó la maniobra evasiva del conductor de la motocicleta, cuya falta de éxito es posible rastrear, al menos en parte, al exceso de ocupantes ya aludido.

C.S.J. Sala Civil. 20/03/2019. “Juan Carlos Jara Ruíz Díaz y otros c/ Empresa de Transporte San Isidro S.R.L. y/o Juan Andrés González Vera y/o quienes resulten responsables s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 14).

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 caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: La recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, por lo que en principio correspondería sea declarado desierto. Sin embargo, en aplicación de lo dispuesto por los arts. 420 y 113 del Código Procesal Civil, corresponde el estudio oficioso de los vicios que afectan a la resolución sometida a la competencia de esta Magistratura.

En este sentido, ha de advertirse la falta de coherencia que existe entre las consideraciones hechas por el ad quem y lo que finalmente resolviera. Nótese, en efecto, que en las motivaciones del fallo recurrido se había concluido “...la existencia del nexo de causalidad entre el hecho y sus autores, es decir, en estos autos ha quedado suficientemente probada la conducta del demandado como la conducta de la víctima fatal, que han producido el resultado. Vemos de este modo que, tal como ya se señalara al analizar la antijuridicidad, la ausencia de tomar todas las previsiones para realizar en forma segura y con controladas posibilidades de evitar un daño por parte de quien estaba al mando del ómnibus y de quienes circulaban en la motocicleta, es lo que llevó a producirse el resultado, es decir, esta es la causa

idónea del resultado finalmente ocurrido, ante lo cual, al existir causalidad, con concurrencia de culpas, cada parte debe cargar con los gastos de sus propias responsabilidades” (sic, f. 555). Con ello parecía que a continuación el Tribunal se dispondría a determinar la medida en que la conducta de la víctima directa influyó causalmente en el resultado lamentado por sus padres, para efectuar la deducción correspondiente al quantum indemnizatorio debido por la empresa de transporte demandada. Después de todo, cuanto proponía el Tribunal es que, al menos en alguna extensión, el conductor del ómnibus había contribuido también a la producción del accidente en cuestión. Sin embargo, y contra todo pronóstico, el Tribunal finalmente resolvió revocar la sentencia apelada y rechazar íntegramente la demanda, sin que para ello hubiera mediado justificación alguna, como ser la inexistencia de daños.

Se observa a las claras, en otras palabras, que la decisión no guarda adecuación lógica, es decir, no se corresponde con los fundamentos y argumentos jurídicos de los que se ha valido el Tribunal, configurándose así lo que se conoce en doctrina como vicio de incongruencia interna de la sentencia. Acerca de esto, se ha dicho que “[n]o se trata, pues, de que la sentencia no se ajuste a las pretensiones de las partes, bien por extralimitarse en cuanto a lo pedido o a la causa de pedir (incongruencia ultra petita y extra petita partium), bien por dejar imprejuzgada alguna cuestión (incongruencia omisiva o ex silentio), sino que no es coherente su parte dispositiva con los argumentos empleados para decidir [...] la coherencia o lógica interna de la sentencia debe considerarse incluida en la exigencia legal de precisión y claridad. Esta última exige que no haya contradictio in terminis en la sentencia, mientras que la precisión impone rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna...” (ALCUBILLA, Enrique Arnaldo y FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. 2007. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tercera Edición. Madrid. Editorial La Ley. p. 529).

Ahora bien, este vicio justificaría una declaración de nulidad únicamente en caso que el pronunciamiento de mérito no pudiera hacerse en beneficio de la parte afectada, esto es, de los demandantes. Por ello, habremos de atender, previamente, los agravios expresados con motivo de la apelación, con lo cual nos encontraremos en posición de decidir si hay razones para acudir a esa sanción de ultima ratio que es la nulidad (art. 407 del Código Procesal Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO GARAY DIJO: Adhiero opinión al voto del señor Ministro preopinante, razón por la cual corresponde desestimar el Recurso de Nulidad. Es mi voto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: Me adhiero al voto del señor Ministro preopinante por compartir idénticas motivaciones.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Por Sentencia Definitiva N° 652 de fecha 05 de octubre de 2016, el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del Primer Turno de Lambaré, de la Circunscripción Judicial de Central, resolvió: “1.- RECHAZAR la Excepción de Falta de Acción como Medio General de Defensa por los fundamentos esgrimidos en el considerando de la presente resolución y en consecuencia. 2.- HACER LUGAR a la demanda que por indemnización por daños y perjuicios promueven los señores JUAN CARLOS JARA RUIZ DIAZ Y VIVIANA MORAIZ contra LA EMPRESA DE TRANSPORTE SAN ISIDRO S.R.L., y en consecuencia condenar a que en el perentorio término de diez (10) días de ejecutoriada que fuere la presente resolución haga efectivo el pago a favor de la actora la suma de GUARANÍES QUINIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS (Gs. 504.187.492) en concepto de pérdida de chance y daño moral con los costas, más el interés del dos (2%) mensual y la desvalorización monetaria, computados desde el inicio de la presente demanda, con los alcances y efectos previstos en la normativa aplicable y de conformidad a los fundamentos expuestos. 3.- CONDENAR a la Aseguradora del Sur S.A. a que en el perentorio término de diez (10) días de ejecutoriada que fuere la presente resolución haga efectivo el pago a favor de la actora de la suma de GUARANÍES VEINTE Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO (Gs. 23.636.364). 4.- IMPONER las costas al vencido conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 5.- NOTIFICAR...” (sic, f. 503).

Recurrida la mencionada resolución, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Central, en virtud del Acuerdo y Sentencia N° 06 de fecha 24 de febrero de 2017, resolvió: “1- DESESTIMAR el Recurso de Nulidad interpuesto, de acuerdo a los fundamentos y con los alcances enunciados en el considerando de la presente resolución. 2- REVOCAR la Sentencia Definitiva N° 652 de

fecha 05 de Octubre de 2016 (fs. 497/503) dictada por la Jueza de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia de la ciudad de Lambaré, Abg. Cristina Aquino Villalba, y en consecuencia RECHAZAR, por improcedente, la demanda que por indemnización por Daños y perjuicios promueven los señores Juan Carlos Jara Ruiz Díaz y Viviana Moraiz Arce, en contra de la Empresa de Transporte San Isidro S.R.L. con los alcances y efectos previstos en la normativa aplicable, y de conformidad a los fundamentos expuestos. 3- IMPONER LAS COSTAS, en el orden causado, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución...” (sic, f. 273).

La parte actora se alzó contra dicha decisión y manifestó que el conductor del ómnibus de la empresa de transporte demandada realizó un giro intempestivo y violento, sin tomar las debidas precauciones ni fijarse si venía otro vehículo en dirección contraria. Lamentó igualmente que se haya considerado como culpable al conductor del ómnibus y que de todas maneras se haya rechazado la demanda contra su empleadora. Aseveró que las faltas municipales que pesaban sobre el conductor de la motocicleta en la que se trasladaba la víctima no son las causantes del accidente y añadió que el caso no hubiera evitado el resultado fatal. Señaló que, de concluirse que existe falta concurrente, debe ser mayor la atribuida al chofer del ómnibus, fijándose una distribución de 90-10. Refirió, por último, que en la pericia accidentalológica practicada en la investigación fiscal, se determinó que la causa principal del accidente fue la imprudencia del señor Óscar Raúl Lezcano, conductor del ómnibus. Solicitó se revoque la impugnada y se confirme en todos sus términos la S.D. N° 652 de fecha 05 de octubre de 2016 (fs. 553/556).

La parte demandada pidió que los recursos sean declarados desiertos por falta de fundamentación. Subsidiariamente arguyó que el accidente se produjo por culpa de la víctima y del conductor de la motocicleta en la que aquélla viajaba, Héctor Darío Marecos Barrios, quien conducía de manera irregular, a alta velocidad, siendo el único imputado en la causa penal por homicidio culposo. Afirmó, en ese orden, que el mismo circulaba –además– sin habilitación, sin registro de conducción y sin casco protector. Solicitó se confirme el acuerdo y sentencia recurrido (fs. 560/564).

Como primer punto, pues, ha de resolverse el pedido de deserción de los recursos formulado por la parte apelada. Cabe dar la razón a ella respecto del deber que contiene el art. 419 del rito civil. Ahora bien, como es

sabido, la declaración de deserción es una solución excepcional en materia de defectos de fundamentación, que se hace operativa sólo cuando los defectos sean de tal entidad que no permitan siquiera identificar un mínimo de crítica de la sentencia impugnada. Por el contrario, cuando exista aunque sea tal mínimo de crítica de la resolución impugnada, la deserción de los recursos es improcedente, porque con ello se cumple la carga establecida en el citado art. 419.

Así también lo entiende la doctrina: “Es por ello que se ha declarado que la brevedad o laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para sentar la deserción del recurso en el supuesto de que el apelante individualice, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuando la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable a la admisibilidad de recurso. Significa, entonces, que la Alzada debe echar mano de la deserción excepcionalmente...” (AZPELICUETA, Juan José y TESSONE, Alberto. 1993. La Alzada. Poderes y deberes. Buenos Aires. Librería Editorial Platense S.R.L. p. 30).

En el caso concreto, se advierte que el escrito de expresión de agravios de la apelante sí contiene una crítica de los fundamentos del fallo, toda vez que replantea el análisis culpabilístico del accidente y lamenta que se haya rechazado la demanda pese a considerarse la existencia de culpa concurrente. No puede hablarse, pues, en rigor técnico, de falta o insuficiencia de fundamentación, como alega la apelada. Cosa distinta es, obviamente, el grado de mérito de esa crítica para producir la revisión favorable a la impugnante de la resolución recurrida, cuestión que atañe a la fundabilidad del recurso y que no debe ser confundida con la suficiencia de fundamentación: “La constringencia del razonamiento, es decir la fuerza de los argumentos para generar la adhesión del órgano de apelación a la tesis revisio-nista que sustentan, interesa en un momento posterior, cuando toque juzgar la fundabilidad del recurso de apelación” (AZPELICUETA, Juan José y TESSONE, Alberto. Op. Cit. p. 27).

Así pues, el pedido de declaración de deserción del recurso de apelación formulado por la apelada deviene improcedente, por lo que debe ser desestimado.

Resumidos los términos del debate mantenido por las partes en esta instancia, así como lo resuelto por los juzgadores de instancias inferiores, es

tiempo de recordar que en autos se trata de una demanda promovida por Juan Carlos Jara Ruiz Díaz y Viviana Moraiz Arce –también se presentó originalmente la hermana del interfecto, Graciela Carolina Jara Moraiz, quien sufrió una excepción de falta de acción exitosa- contra la empresa de transporte San Isidro S.R.L. –el señor Juan Andrés González Vera fue desvinculado del proceso también en virtud de una defensa de falta acción-, que persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del señor Favio Ramón Jara Moraiz, hijo de los accionantes.

No se discute que el desenlace fatal fue producto de un accidente de tránsito ocurrido el día 25 de setiembre de 2011, a las 17:30 horas, sobre la Avenida Defensores del Chaco a la altura de la intersección con la calle Andrés Gelly, ciudad de Lambaré. Hay acuerdo también en que el fallecido se desplazaba como acompañante en una motocicleta en la que iban otras dos personas y que su cuerpo terminó por debajo de las ruedas traseras del lado derecho de un ómnibus conducido por empleado de la empresa de transporte demandada. El desacuerdo, como es natural, reside en la mecánica del accidente y en la culpa de sus protagonistas.

Preliminarmente, sin embargo, hemos de examinar una circunstancia de conexidad vinculada a este proceso, que es la existencia de un juicio penal sobre los mismos hechos que dan sustento fáctico a esta pretensión resarcitoria.

En cuanto a la prejudicialidad del caso cabe recordar que el art. 1869 del Código Civil dispone: “En caso de sobreseimiento libre o absolución del encausado, tampoco se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído el sobreseimiento o la absolución, si la sentencia hubiese declarado su inexistencia. Esta disposición no se aplica cuando en la sentencia se ha decidido que el hecho no constituye delito penal, o cuando el sobreseimiento libre, o la absolución, se ha fundado en que el agente está exento de la responsabilidad criminal”.

Entonces, la cuestión prejudicial se limita, en el caso de resoluciones absolutorias en sede penal, a determinar sobre la existencia o inexistencia del hecho dañoso, pero no se hacen extensivas las conclusiones del fallo penal a los demás elementos que configuran la responsabilidad civil. Con este temperamento han de analizarse las constancias de autos.

Se observa, en ese orden, que el único imputado en la causa penal abierta como consecuencia del accidente ha sido el señor Héctor Darío Marrecos Barrios, conductor de la motocicleta en la que se desplazaba la víctima

inmediata. Ahora bien, es de notarse igualmente que el sobreseimiento definitivo del mismo obedeció a que, según las investigaciones hechas por el fiscal interviniente, la causa principal del siniestro fue la imprudencia del conductor del ómnibus (véase requerimiento fiscal obrante a fs. 23/24 del expediente “M.P. c/ Héctor Darío Marecos Barrios s/ homicidio culposo). Expresado en otro giro, por sus motivaciones, lo resuelto en sede penal no tiene ninguna incidencia en el juzgamiento que realizaremos a continuación y al cual nos encontramos plenamente habilitados, toda vez que el juicio referido ha llegado a su término.

Pues bien, no hacemos sino reiterar cosa sabida, cuando decimos que para la procedencia de una demanda por indemnización de daños y perjuicios proveniente de hechos ilícitos, es preciso que se den los elementos de antijuridicidad, imputabilidad de dicho acto, daño sufrido por el actor en alguno de sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, y la relación de causalidad entre el ilícito y el daño, así como también deben acompañarse elementos que permitan llegar, o cuanto menos aproximarse, a una cuantificación pecuniaria del perjuicio sufrido.

Hemos de empezar por lo primero y, en este tren, debemos recordar que la conceptualización de la ilicitud no debe ser entendida en el sentido formal estricto de incursarse en un tipo penal previsto en la ley. El concepto de acto ilícito en el ámbito civil es más amplio, es decir, refiere a todo acto antijurídico, esto es, contrario a derecho, comprensivo tanto de normas como de principios, que sea susceptible de causar un daño. En el caso de autos, como ya se ha señalado, la existencia del accidente de tránsito, consecuencia directa de la presente demanda, ha sido un hecho que no suscitó controversia a lo largo de la tramitación del juicio, por lo que no quedan dudas de la configuración del acto ilícito.

En cuanto a la imputación de culpabilidad, en el caso particular, ésta se mide por la debida prudencia, pericia y diligencia en la conducción. Debe recordarse, en efecto, que los demandantes han fundado la responsabilidad de la empresa de transporte en su calidad de principal del conductor del ómnibus en cuestión y no en su carácter de propietaria de dicho vehículo – fue recién en esta instancia que los actores pretendieron introducir la teoría del riesgo y la responsabilidad fundada en el dominio de las cosas; por supuesto, se trata de una imputación jurídica extemporánea que no podría ser admitida sino so riesgo de indefensión de la demandada. En otras palabras, la imputabilidad se rige aquí por las reglas de la responsabilidad subjetiva

y, es por ello, que importa determinar si existe culpa en el actuar del chofer del ómnibus. En este punto es donde descansa el *thema decidendum* para la resolución del recurso en estudio, por cuanto que las conclusiones que aquí se arriben determinarán la suerte de la pretensión.

Siguiendo el lineamiento precitado, es conveniente efectuar una suerte de reconstrucción de los hechos, sobre la base de las constancias del expediente.

En dicho sentido, tales constancias indican incontrovertidamente que ambos vehículos transitaban sobre la Avenida Defensores del Chaco, en sentido contrario; vale decir, el ómnibus se desplazaba por el carril este con dirección norte y la motocicleta hacía lo propio por el carril oeste con dirección al sur. Al aproximarse a la intersección con la calle Andrés Gelly, el chofer del ómnibus inició una maniobra de viraje hacia la izquierda para poder ingresar a la misma y es aquí donde las versiones divergen. Mientras los actores aducen que el ómnibus hizo el giro imprudentemente, sin dar aviso, deteniendo además la marcha al ingresar a la calle Gelly y cubriendo de esa manera el carril de la Avenida por la que se desplazaba la motocicleta, la demandada asegura que el biciclo en el que se transportaba la víctima inmediata era conducido, sin chapa, sin registro, a gran velocidad y con exceso de ocupantes que, por si fuera poco, no portaban casco siquiera.

En ese orden, debe decirse que todas las testimoniales rendidas en autos –la de los señores Jorge Luis Ávalos Espinoza (f. 406), Isidro Ignacio Machuca (f. 407), Julio César Villalba Zorrilla (f. 408) y María del Socorro Martínez vda. de Villalba (f. 409)- dan cuenta del giro brusco e intempestivo del ómnibus alegado por los actores. El señor Ávalos manifestó haber estado parado en una esquina cuando se produjo el accidente y que pudo observar que el ómnibus realizó el giro hacia la calle Andrés Gelly sin haber hecho la advertencia correspondiente con su señalero; señaló igualmente que la motocicleta circulaba a velocidad normal. En similar sentido se expidió el señor Machuca, quien añadió que en su intención de ingresar a la calle Andrés Gelly, el conductor del ómnibus frenó, ya que se trata de una calle empedrada; este testigo, sin embargo, dijo que no podría precisar la velocidad de la motocicleta. Los otros dos testigos, por su parte, se encontraban dentro del ómnibus en cuestión, y ambos manifestaron que el giro hacia la calle Gelly se produjo bruscamente. El señor Villalba Zorrilla declaró además que la motocicleta rodaba a velocidad prudencial. Estas declaraciones, por cierto, van de la mano con las conclusiones de la pericia practicada en sede

fiscal. Al analizar la causa principal del accidente, el perito señaló lo siguiente: “SE DEBE A FACTOR HUMANO: IMPRUDENCIA DEL SR. ÓSCAR RAÚL LEZCANO AL MANDO DE UN OMNIBUS DE LA LINEA 8, COCHE N° 9651, CHAPA N° AHP-431 PY AL DESPLAZARSE POR EL CARRIL ESTE DE LA AVDA. DEFENSORES DEL CHACHO CON DIRECCIÓN AN NORTE Y EN UN INSTANTE AL REALIZAR UNA MANIOBRA DE VIRAJE HACIA SU IZQUIERA COMO PARA INGRESAR A UNA CALLE EMPEDRADA SIN TOMAR LAS MINIMAS, DEBIDAS Y NECESARIAS PRECAUCIONES EN EFECTUAR DICHA ACCION, A RAIZ DE DICHA MANIOBRA EL OMNIBUS CUBRIO TOTALMENTE EL CARRIL OESTE POR DONDE SE DESPLAZABA UNA MOTOCICLETA MARCA MAGNUN COLOR NEGRO GUIADO POR HECTOR DARIO MARECOS BARRIOS ACOMPAÑADO DE FAVIO RAMON JARA MORAIZ Y DE CESAR DANIEL MARECOS BARRIOS CUYO CONDUCTOR AL NO CONTAR CON ESPACIO DISPONIBLE SOBRE SU CARRIL DE CIRCULACION REALIZO UNA MANIOBRA EVASIVA EN EL SITIO PRODUCIENDOSE LA CAIDA DEL BICICLIO Y LOS OCUPANTES SOBRE LA CALZADA CON POSTERIOR MANIOBRA DE ARRASTRE DE CUYA ACCIÓN LA HUMANIDAD DE FAVIO JARA MORAIZ FUE DESPLAZADA HASTA QUEDAR POR DEBAJO DE LA ESTRUCTURA DERECHA DEL OMNIBUS...” (sic, f. 66 de la carpeta fiscal).

Lo que es seguro, entonces, es que el ómnibus giró repentina y bruscamente, entrometiéndose y cubriendo el carril de circulación de la motocicleta, por lo que, aun cuando dicho biciclo hubiera transitado a velocidad mayor que la debida –sobre lo cual no hay prueba- no cabe duda que, al menos en alguna extensión, el dependiente de la demandada contribuyó a la producción del accidente de tránsito. Debe decirse –igualmente- que las faltas administrativas a las que se hace alusión no han podido influir o incidir en modo alguno en la producción del accidente. En otras palabras, que el conductor no haya portado carné de conducción y que la motocicleta no haya tenido chapa, son circunstancias clara y absolutamente intrascendentes en la cadena de eventos que han precedido al accidente. A esto debe añadirse que la conducta del señor Marecos Barrios, quien dirigía la motocicleta, no puede computarse como culpa de la víctima. De haber conducido indebida o imprudentemente, dicho conductor respondería igualmente frente a la víctima en su calidad de transportador, ya sea benévolo u oneroso.

En todo caso, por lo tanto, cuanto podría proponerse es que a la culpa del demandado se ha sumado igualmente la del conductor de la motocicleta, de suerte que habría otro responsable del daño sufrido por los herederos de la víctima fatal y no precisamente concurrencia del perjudicante y del perjudicado directo en la producción del daño. Así, se ha dicho que “si bien es cierto que el pasajero no tiene por qué investigar la mecánica del accidente en el cual se lesionó, ni probar cuál de los conductores de los vehículos involucrados en el suceso fue el verdadero responsable, ello no excluye la posibilidad procesal de que se plantee entre los conductores la cuestión en torno de la culpa y el tribunal exonere al inocente de las consecuencias dañosas que no le serían jurídicamente imputables” (CNCiv., Sala C, abril 13-972, ED, 43-514). Por supuesto, si alguna responsabilidad cabe al conductor de la motocicleta es aquí intrascendente, porque no fue demandado, y porque, en todo caso, la empresa accionada –que ya se determinó se ve reflejada por la culpa de su dependiente- respondería solidariamente de haber daños que indemnizar, con lo cual, está claro, puede ser reclamada por la totalidad, sin perjuicio de la posibilidad de discutir en otro juicio con el conductor de la motocicleta la culpa que a éste también le podría caer y ejercer la acción recursoria (art. 1841 del Código Civil).

Por lo que hace a la supuesta culpa de la víctima, las consideraciones respectivas las haremos en oportunidad de estudiar la relación causal. Bien se ha dicho que “[e]s indudable entonces que, no obstante la parte de verdad que pudiera existir en una fundamentación subjetiva, la influencia del hecho culpable de la víctima en la responsabilidad del demandado no puede sino encontrarse en el rol causal que tiene en la producción del daño... ...Si la culpa concurrente de la víctima es factor de atenuación de la responsabilidad es en cuanto es concausa del daño final, según se ha venido diciendo y bajo ese fundamento, el único criterio de reducción aceptable es el de la influencia causal en el resultado final de esa culpa... ...Habrá que admitir entonces una doctrina de causalidad que permita atender a la diversa eficacia causal que pueda tener el hecho imputado al demandado y la culpa de la víctima, como ocurre con la causalidad adecuada” (DÓMINGUEZ ÁGUILA, Ramón. 2007. Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad en Responsabilidad Civil, bajo la dirección de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. pp. 133, 143, 150). “Ambas conductas deben haber sido causa adecuada, factor concu-

rrente, necesario e indispensable en la producción del daño. Todos los autores parten de este presupuesto y señalan la dificultad de determinar, en el caso concreto, si el nexó causal existe” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. 2002. Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Tomo V. bajo la dirección de BELLUSCIO, Augusto César y la coordinación de ZANNONI, Eduardo A. Buenos Aires. Editorial Astrea. p. 397).

A continuación, habremos de verificar si se han producido los daños cuya indemnización pretende la parte actora. Ellos han sido, por un lado, la pérdida de la chance de los progenitores de recibir de su hijo auxilio económico y sostén en la ancianidad y, por el otro, el sufrimiento de índole moral.

Acercas de lo primero, los actores ni siquiera rindieron prueba de la ocupación laboral de la víctima inmediata. Recordemos que la pérdida de chance no es un daño futuro, sino un daño presente y actual producido en el patrimonio del titular cuya cuantificación se realiza en base a probabilidades de acontecimientos futuros; se trata, pues, de las posibilidades y potencialidades existentes en la órbita patrimonial del afectado -al tiempo de su muerte-, su entidad y valor, los cuales, como todo daño resarcible, deben ser demostrados. Si bien se tienen datos ciertos de la expectativa de vida en el país y del salario mínimo-establecido por decreto del Poder Ejecutivo, cual es un acto público, por lo cual su monto es un dato siempre cierto; no se han proporcionado datos estadísticos de la tasa de desempleo a la época del accidente, ni su proyección para los años de vida útil que se estima habría podido tener la víctima. Esas deficiencias probatorias hace imposible establecer prudencialmente la cuantía monetaria de la chance perdida, ni aún con la aplicación del art. 452 del Código Civil. Por su parte, los progenitores tampoco demostraron que su hijo acostumbraba a prestarles ayuda económica y aquí no puede dejar de recordarse que los mismos no se encontraban intitulado a exigir dicha ayuda del mismo sino en el caso de haberse encontrado imposibilitados de proporcionarse alimentos a sí mismos, lo que no fue alegado ni probado. Mucho menos, por supuesto, se ha indicado y rendido prueba acerca del importe necesario para la subsistencia, habitación, vestido, o lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Sumado a ello, la cuota o asignación de alimentos puede ir variando -aumentando, disminuyendo o cesando- de acuerdo con la condición económica del que presta los alimentos o del que los recibe. No habiéndose proporcionado ninguno de los parámetros aludidos, aunque sea mínimamente, no es posible

establecer ni cuantificar la pérdida de chance que afectaría a los actores. En consecuencia, no cabe sino desestimar este rubro.

En cuanto al daño moral, como reiteradamente lo hemos afirmado, éste aparece como una especie en la categoría del daño en general, y su entidad es la del daño personal extrapatrimonial. Se lo suele definir como toda detracción disvaliosa del espíritu, la lesión al ser inmaterial de la persona o a los derechos intangibles. El daño moral se configura por todo sufrimiento o dolor, por el menoscabo en los sentimientos derivados de los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes, dificultades o molestias relevantes que sean consecuencia del hecho perjudicial, con independencia de cualquier reparación de orden patrimonial.

En lo que hace a la demostración del daño moral, éste sigue las mismas reglas probatorias que cualquier otro hecho. Pero así también puede constituir un hecho notorio, dadas las circunstancias adecuadas. Algunos hechos se exoneran de prueba por su carácter de notorios, a tenor del art. 249 del Código Procesal Civil. En todos los demás casos, la prueba del daño debe de ser producida. Así, en el ámbito de los daños morales, puede considerarse como notoria, v. gr., la existencia de un dolor espiritual por la pérdida de un familiar cercano, como un padre, un hijo, tal como en este caso sucede. Sería ocioso, así, requerir prueba del daño porque surge ostensible, susceptible de ser percibido y entendido por todos. Es obvio que, como en este caso, la muerte de un hijo, para los actores constituye un daño emocional enorme que no necesita ser probado, como vimos.

La valuación de este daño, empero, se hará determinada que sea la vinculación causal del daño moral con el accionar del conductor del ómnibus. Esto no ofrece mayor duda, sin embargo. El dolor de los padres por el fallecimiento de su hijo se halla, de hecho, directamente relacionado al actuar culpable del conductor del ómnibus y al accidente de tránsito en cuestión. La dificultad está en determinar, en cambio, si en la secuencia de eventos que han conducido a ese resultado ha intervenido igualmente la víctima inmediata.

De acuerdo con el inferior, hay culpa del occiso, toda vez que aceptó trasladarse en una motocicleta con una cantidad de ocupantes superior a la máxima permitida para su capacidad; que no llevaba casco protector; que la motocicleta no contaba con placa identificadora y que el conductor se desplazaba sin carné de conducción a una velocidad excesiva. Sin mucho preámbulo, debe recordarse que la conducción de la motocicleta y la falta de

habilitación y de placa identificadora son, en todo caso, atribuibles a quien dirigía la motocicleta, y no a la víctima directa.

Por otro lado, es verdad que el fallecido no llevaba casco. Ahora bien, no puede perderse de vista que el mismo fue arrollado por un ómnibus, cuyo considerable porte es posible apreciar a f. 61 de la carpeta fiscal agregada por cuerda. Para nosotros, con o sin casco, el resultado no habría variado. Es sumamente difícil pensar que un casco común y corriente pudiera soportar la presión del peso de un ómnibus de semejante envergadura. Por lo demás, es de advertirse que igualmente se produjo el aplastamiento del hemitórax derecho y otras múltiples lesiones fuera del cráneo, que no hacen precisamente razonable pensar que la víctima directa hubiera salido con vida, aún en el improbable supuesto que el casco hubiera resistido la presión ejercida por el ómnibus.

Ahora, dónde sí puede considerarse que la víctima ha participado en la secuencia causal, es al haber aceptado montar una motocicleta con exceso de ocupantes. Ciertamente, es bastante probable que el peso extra soportado por dicho vehículo biciclo haya influido en su equilibrio y en la inercia ejercida al momento en que el conductor de ella decidió realizar una maniobra evasiva para evitar el impacto con el ómnibus. Es de pensarse, en efecto, que con la cantidad apropiada de ocupantes la mentada maniobra podría no haber arrojado a ninguno de ellos contra el ómnibus o que el conductor hubiera podido practicarla con mayor éxito o incluso llegar a frenar. No puede negarse, en otras palabras, la gravitación que el peso tiene en un vehículo de dos ruedas y en las aumentadas probabilidades de sufrir un accidente que se derivan justamente de las limitaciones de maniobrabilidad que el equilibrio y la inercia imponen a su conductor.

Ello no podría hacernos perder de vista, sin embargo, que dicha maniobra no habría tenido que producirse de no ser por el giro brusco e intempestivo practicado por el ómnibus, del que ya habíamos hablado. Entendemos, pues, que, frente a la conducta “culpable” de la víctima, la del conductor del ómnibus asume una influencia causal claramente superior y dominante en la producción de los daños, estimable en un 90%. En efecto, fue ese giro inesperado y del que no se dio ninguna advertencia, el que obligó la maniobra evasiva del conductor de la motocicleta, cuya falta de éxito es posible rastrear, al menos en parte, al exceso de ocupantes ya aludido.

Dicho esto, toca ahora realizar la valuación del daño moral probado. Hay que ponderar, en ese orden, que se trata de un resarcimiento aproximativo o satisfactorio, donde la moneda se proyecta para obtener otros goces espirituales o materiales que alivien, si acaso, la condición actual. Dicho en otros términos: la reparación integral del daño moral, no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio y menos sustituirlo por un equivalente. Por eso doctrinaria y jurisprudencialmente se afirma que para compensar el daño injustamente sufrido, hay que acudir al prudente arbitrio judicial, que debe atenerse a una recta ponderación de las diversas características que surgen de la situación de la víctima, acreditada durante el proceso.

En consecuencia, en virtud a la magnitud del daño–padecimientos emocionales por la pérdida del hijo- esta Magistratura considera, en derecho, que la suma de G. 200.000.000 peticionada por los actores, no es, ni por asomo, excesiva o desproporcional. No puede perderse de vista, sin embargo, que en primera instancia el daño moral ha sido otorgado en la suma de G. 100.000.000, siendo rechazada la demanda por el Tribunal de Apelaciones. En ese orden, por motivos de cosa juzgada, el tope de la condena a ser pronunciada es de G. 100.000.000, que deberá reducirse a G. 90.000.000, por el porcentaje de concurrencia de la víctima directa. Dicha suma deberá ser pagada por la empresa de transporte demandada en el plazo de diez días, más los intereses peticionados, a ser computados, en principio, desde la fecha del acaecimiento del suceso, de conformidad con el in fine del art. 424 del Código Civil. La tasa a aplicarse debería ser del 2,4%, que es la que corresponde al promedio de tasas efectivas correspondiente a los préstamos de consumo de plazo superior al año en moneda local, del mes de agosto de 2011, mes anterior al de la constitución en mora. Ahora, nuevamente, por razones de cosa juzgada, no es posible sobrepasar la tasa del 2% fijada en primera instancia, que, como se dispuso en tal oportunidad, deberá computarse desde la fecha de inicio de la demanda.

Por lo que hace a las costas, las mismas deberán ser impuestas en todas las instancias en el orden causado, por haber interpretación judicial dispar sobre la materia sometida a controversia (art. 193 del Código Procesal Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Finalmente, no debemos olvidar que la demandada ha citado en garantía a la compañía de seguros Aseguradora del Sur S.A., quien ya no objetó en primera instancia que se la haya condenado al pago de G. 23.363.364. Es necesario, sin embargo, que se pronuncie nuevamente la condena, toda vez que la misma había quedado liberada en segunda instancia merced al recurso interpuesto por su asegurada y que había redundado reflejamente en su beneficio.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO GARAY PROSIGUIÓ DICHIENDO: Adhiero opinión al voto del señor Ministro preopinante por los mismos fundamentos. Sin embargo, disiento parcialmente respecto a la imposición de Costas, las que serán a cargo de la perdedora, según lo dispuesto en los Artículos 192, 203 y 205 del Código Procesal Civil. Ello así, porque tampoco se advierten supuestos de exoneración previstos en el Artículo 193 de la misma normativa. Así voto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO JIMENEZ ROLON DIJO: Me adhiero al voto del señor Ministro preopinante por compartir idénticas motivaciones.

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.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Número 6, con fecha 24 de Febrero del 2.017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Primera Sala, con sede en la Ciudad San Lorenzo y, en consecuencia, CONDENAR a “San Isidro S.R.L.” a pagar en el plazo de diez días a Juan Carlos Jara Ruiz Díaz y Viviana Moraiz Arce la suma total de Gs. 90.000.000, más intereses desde la fecha de promoción de la demanda, a tasa del 2% mensual.

IMPONER las Costas, en las tres Instancias, en el orden causado.

CONDENAR a la compañía “Aseguradora del Sur S.A.” a pagar a los actores la suma de Gs. 23.363.364, por los motivos expuestos en el exordio de esta Resolución.

ANOTAR, registrar y notificar.

JURISPRUDENCIA

Ministros: José Raúl Torres Kirmser, César Antonio Garay y Eugenio Jiménez Rolón.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 24

Cuestión debatida: Se trata de decidir la procedencia de una demanda de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

RECURSOS. Fundamentación

Es bien sabido que por imperio del art. 419 del Código Procesal Civil el recurrente tiene la carga de realizar una crítica razonada del fallo impugnado; ella no consiste sino en exponer de modo racional los errores de juzgamiento de la decisión impugnada y en proponer, también de modo racional, la solución que se estima adecuada al caso. Si tal exigencia no se cumple, el recurso no puede sostenerse en alzada.

RECURSOS. Fundamentación

En caso de duda sobre la suficiencia o no de fundamentación, debe estarse por lo primero. Son diversos los principios procesales que así lo aconsejan. Entre ellos, pueden citarse los de acceso a la justicia, de defensa en juicio y de *in dubio pro actione*. En pocas palabras, siempre que pueda vislumbrarse un mínimo de crítica en relación con el Fallo impugnado, de debe juzgar superada la valla del art. 419 del Código Procesal Civil.

CONTRATO. Contrato bilateral. Efectos.

La procedencia de la resolución de un contrato bilateral requiere, a tenor del art. 725 del Código Civil, que el actor pruebe su propio cumplimiento -o bien que éste no le es todavía exigible- y el incumplimiento imputable del demandado.

CONTRATO. Contrato bilateral. Efectos.

La solución que deriva de la norma del art. 725 del Código Civil para el caso concreto es asaz sencilla: no se cumplió con el primer requisito de procedencia de la resolución de contrato, cual es el propio cumplimiento, con lo cual la demanda, ya por ello, deviene improcedente.

DEMANDA. Contestación de la demanda. CONTRATO. Contrato bilateral. Efectos.

La falta de contestación de la demanda, por sí misma, no torna procedente la demanda, la que siempre debe juzgarse según su conformidad con el derecho. Esta circunstancia fue apuntada, correctamente, por el Tribunal de Apelación, la cual condice con el criterio sostenido por esta Magistratura, en innumerables precedentes.

DEMANDA. Contestación de la demanda. CONTRATO. Contrato bilateral. Efectos.

La razón es que la falta de contestación de la demanda sólo genera una presunción simple a favor de la actora, que no empece a la plena operatividad de la carga que sobre sus hombros coloca el art. 249 del Código Procesal Civil. Luego, las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda, aún en caso de falta de contestación por el demandado, siguen sujetas a la carga de confirmación de la interesada e, incluso, a la eventualidad, siempre presente -ya que la incontestación de la demanda es intrascendente a estos efectos-, de que la contraparte produzca prueba en contrario que las refute suficientemente.

CONTRATO. Contrato bilateral. COMPRAVENTA. Cláusulas especiales en la compraventa.

Dicha normativa regla el comportamiento de las Partes que han acordado el precio en cuotas, estableciendo que la resolución del Contrato no procederá “en ningún caso”, toda vez que el comprador haya abonado por lo menos el 25 % del precio estipulado, independientemente que, luego de alcanzar dicho porcentaje, el comprador incurrió en mora por falta de pago en algunas cuotas. En tal caso, el vendedor sólo tiene Derecho a perseguir el cobro de las cuotas restantes por otra vía y el comprador pagar el saldo del precio para luego exigir la escrituración a su nombre.

Es innegable que esa disposición es de Orden Público. La diáfana e imperativa frase inserta en dicho articulado “en ningún caso” torna irrenunciable la disposición legal, que es aplicable a Contratos que tienen por objeto la compraventa de todo bien con pago fraccionado y no sólo la compraventa de lotes de inmueble a plazos.

CONTRATO. Contrato bilateral. COMPRAVENTA. Cláusulas especiales en la compraventa. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Cabe recordar que no pueden dejarse sin efecto Leyes en cuyas observancias están el Orden Público y las buenas costumbres, a tenor del Artículo 9 del Código Civil, que limita el Principio de autonomía de voluntad de las Partes, reglado en el Artículo 669 de dicho Cuerpo de Ley.

C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019. “Julio Rolando Alcaraz Yanho c/ Tokyo Motors S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y repetición de lo pagado” (Ac. y Sent. N° 24).

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, JIMÉNEZ ROLÓN y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, DIJO: La parte recurrente desistió expresamente de este recurso. En estas condiciones, al no existir vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de oficio en los términos de los arts. 404 y 113 del Código Procesal Civil, corresponde tenerla por desistida.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, DIJO: que se adhiere al voto del Ministro José Raúl Torres Kirmsers, por compartir sus fundamentos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, DIJO: Adhiero opinión al voto del señor Ministro preopinante, por idénticas motivaciones. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSE, PROSIGUIÓ DICIENDO: Por S.D. N° 239, con fecha 25 de abril de 2.016, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, resolvió: “1.- *HACER EFECTIVO el apercibimiento decretado en autos y en consecuencia TENER por confesa a la demandada de conformidad al pliego de posiciones obrante a fs. 108 (bis) de autos.* 2.- *HACER LUGAR a esta demanda recalificada como de indemnización de daños y perjuicio por resolución de contrato que promoviera JULIO ROLANDO ALCARAZ YANHO contra la firma TOKYO MOTORS S.A., declarar la resolución del contrato de compraventa firmando entre las partes en fecha 07 de diciembre del año 1997, y en consecuencia condenar a la firma TOKYO MOTORS S.A. a abonar en concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de GUARANÍES CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTE (Gs.181.098.920). Más sus intereses calculados al 2,5% mensual desde la fecha de la promoción de esta acción hasta la fecha del efectivo pago, dentro del plazo de diez (10) días de quedar ejecutoriada la presente resolución.* 3.- *IMPONER las costas a la parte demandada.* 4.- *ANOTAR...*” (f. 205).

Recurrida que fue la mencionada resolución, y tramitados los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, dictó el Acuerdo y Sentencia N° 69, con fecha 31 de julio de 2.017, cuya parte resolutive dice: “*DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución. REVOCAR la resolución recurrida. IMPONER las costas, en ambas instancias, a la parte actora y perdidosa. ANÓTESE...*” (f. 242 vlta.).

Seguidamente, correspondería reseñar la expresión de agravios de la actora apelante. Conviene, sin embargo, tratar primero el pedido de deserción del recurso formulado por la demandada a f. 260/262 en ocasión de contestar el traslado de la apelación. La razón es sencilla: si este pedido procede, será estéril cualquier reseña de la expresión de agravios. La petente fundó el pedido en que el escrito de agravios solo es un relato de las actuaciones del expediente y en que la actora no estudió el Fallo recurrido, ya que utilizó la propia argumentación del Tribunal para refutarlo.

Es bien sabido que por imperio del art. 419 del Código Procesal Civil el recurrente tiene la carga de realizar una crítica razonada del fallo impugnado; ella no consiste sino en exponer de modo racional los errores de juzgamiento de la decisión impugnada y en proponer, también de modo racional, la solución que se estima adecuada al caso. Si tal exigencia no se cumple, el recurso no puede sostenerse en alzada.

Ahora bien: la ley no enumera las condiciones suficientes que deben concurrir para que haya crítica razonada. Por ello, queda a prudente ponderación judicial el enjuiciamiento de si en un caso determinado ella existe y, en su caso, si es suficiente para mantener el recurso en alzada. Eso sí, en caso de duda sobre la suficiencia o no de fundamentación, debe estarse por lo primero. Son diversos los principios procesales que así lo aconsejan. Entre ellos, pueden citarse los de acceso a la justicia, de defensa en juicio y de *in dubio pro actione*. En pocas palabras, siempre que pueda vislumbrarse un mínimo de crítica en relación con el Fallo impugnado, de debe juzgar superada la valla del art. 419 del Código Procesal Civil.

Pues bien, en el caso no puede sino darse la razón a la demandada en cuanto a que, en su mayor parte, el escrito de expresión de agravios no es sino una mera enumeración de los diversos actos procesales que se sucedieron en este proceso y en el que está unido por cuerda separada; enumeración que es absolutamente estéril a los efectos exigidos por la norma citada en el párrafo que precede. No obstante, con un poco de esfuerzo se encuentran algunos agravios que, aunque aislados e inconexos entre sí, pueden reconducirse a una crítica -aunque sea mínima- del Fallo impugnado. Esos agravios -que son los que se exponen en el párrafo siguiente- permiten sostener el recurso en alzada.

Contra el Acuerdo y Sentencia ya referido expresó agravios el representante convencional de la actora, Abg. Sergio Rolando Alcaraz -cuyo apoderamiento obra a fs. 66/68- en los términos del escrito de expresión de agravios de fs. 248/257. Los agravios puntuales de la actora se resumen en que el Tribunal debió tener en cuenta que la demandada no contestó la demanda (f. 251). Adujo también que no puede perderse de vista que la demandada Tokyo Motors S.A. nunca hizo la transferencia oficial del vehículo vendido a pesar de que el comprador pagó por él más del cincuenta por ciento del precio (f. 252).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La demandada contestó el traslado de este recurso por medio de su representante convencional, Abg. Jaime R. Peña Espínola -cuyo apoderamiento obra a fs. 40/42- en los términos del escrito de fs. 260/262. En pocas palabras, dijo que el Tribunal de Apelación decidió rechazar la demanda de resolución de contrato porque el actor no demostró el propio cumplimiento. Sostuvo que la decisión apelada se ajusta a derecho pues la actora no cumplió el contrato de compraventa de automotor, porque aún le adeuda la suma de 8.672 dólares americanos, situación que fue reconocida por la propia actora en el escrito inicial de demanda de f. 24 y en la nota de f. 18 firmada y presentada por la actora. Pidió la confirmación del Acuerdo y Sentencia impugnado.

Se trata de decidir la procedencia de una demanda de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

Preliminarmente, no está demás referir que las pretensiones contenidas en la demanda fueron calificadas por la propia actora, inicialmente, como de indemnización de daños y perjuicios y de repetición de lo pagado. Ahora bien: en la sentencia de Primera Instancia se las calificó como de resolución de contrato y de indemnización de daños y perjuicios. Esta calificación fue confirmada, con sólidos fundamentos, en Segunda Instancia. Luego, habida cuenta de que además de lo dicho, la actora no hizo una crítica razonada de esta calificación dada en las dos Instancias anteriores, dicha calificación deviene intangible.

La procedencia de la resolución de un contrato bilateral requiere, a tenor del art. 725 del Código Civil, que el actor pruebe su propio cumplimiento -o bien que éste no le es todavía exigible- y el incumplimiento imputable del demandado.

Luego, lo primero que ha de probar quien pretende echar mano del remedio resolutorio es que cumplió exactamente con sus obligaciones o bien que estas todavía no le son exigibles.

En el caso, la actora quiere resolver el contrato preliminar de compraventa de un vehículo automotor con fecha 06 de diciembre de 1.997, que se encuentra glosado a f. 5. La principal obligación a su cargo consiste en el pago del precio. Ahora bien: como bien lo señaló el Tribunal en el Fallo impugnado, la propia actora confesó espontáneamente -lo cual hace plena prueba ex. Art. 302, segunda parte, del Código Procesal Civil- en el escrito de demanda que a la fecha de ésta adeudaba a la demandada, todavía, la suma de 8.672 dólares.-

Al ser así, la solución que deriva de la norma del art. 725 del Código Civil para el caso concreto es asaz sencilla: no se cumplió con el primer requisito de procedencia de la resolución de contrato, cual es el propio cumplimiento, con lo cual la demanda, ya por ello, deviene improcedente.

Como es ya sabido, la mera incontestación de la demanda no tiene la eficacia que la actora menciona en la expresión de agravios formulada en esta Instancia, en orden de la prueba de la procedencia de su pretensión. En otras palabras, la falta de contestación de la demanda, por sí misma, no torna procedente la demanda, la que siempre debe juzgarse según su conformidad con el derecho. Esta circunstancia fue apuntada, correctamente, por el Tribunal de Apelación, la cual condice con el criterio sostenido por esta Magistratura, en innumerables precedentes.

La razón es que la falta de contestación de la demanda sólo genera una presunción simple a favor de la actora, que no empece a la plena operatividad de la carga que sobre sus hombros coloca el art. 249 del Código Procesal Civil. Luego, las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda, aún en caso de falta de contestación por el demandado, siguen sujetas a la carga de confirmación de la interesada e, incluso, a la eventualidad, siempre presente -ya que la incontestación de la demanda es intrascendente a estos efectos-, de que la contraparte produzca prueba en contrario que las refute suficientemente. La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al respecto: *“De allí que, para arribar a una conclusión positiva sobre este último aspecto, la presunción desfavorable que genera el silencio derivado de la falta de contestación a la demanda debe ser corroborada por la prueba producida por el actor”*(Palacio y Alvarado Velloso. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado jurisprudencial y bibliográficamente*. Tomo 7. Pág. 439).

Pues bien, en el caso, como se adelantó, fue la actora la que produjo prueba contraria a su pretensión, mediante confesión espontánea del propio incumplimiento, derivado del reconocimiento de que aún adeuda el precio del bien a la demandada. En estas condiciones, la incontestación de la demanda resulta anecdótica, pues ya no puede favorecerle.

Remane juzgar el agravio de la actora que versa sobre que la demandada no hizo la transferencia oficial del vehículo vendido a pesar de que el comprador pagó por él más del cincuenta por ciento del precio. Este agravio no tiene mayor trascendencia. En efecto, descartado el primer requisito de procedencia, deviene superfluo el análisis del alegado incumplimiento de la

demandada. Por otra parte, aquí no se demandó el cumplimiento del contrato, sino la extinción del vínculo por vía resolutoria.

Determinada la improcedencia de la resolución, deviene también improcedente la pretensión indemnizatoria -ya que, vigente el vínculo, no existirá, obviamente, interés negativo que resarcir.

En suma: la demanda de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios deviene improcedente. El Acuerdo y Sentencia que así lo ha decidido debe ser confirmado.

Las costas en esta instancia deben imponerse a la actora perdedora, por imperio del art. 205 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, PROSIGUIÓ DICIENDO: que se adhiere al voto del Ministro José Raúl Torres Kirmsers, por compartir sus fundamentos.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, PROSIGUIÓ DICIENDO: Adhiero opinión al voto del Ministro preopinante y pergeño la siguiente puntualización:

El instrumento -cuya resolución se solicita- hace referencia a Contrato privado de compraventa del vehículo a cuotas, celebrado entre "Tokyo Motors S.A." (vendedor) y Julio Alcaraz Yanho (comprador). En virtud a dicho Contrato, Tokyo Motors S.A. vendió a Julio Rolando Alcaráz Yanho un vehículo marca Subaru, Tipo Legacy 2.0 Sedan, Modelo 1.996, Motor N° 514343; Chassis N° JF1BD4LG9TGO21445; nuevo y con sus accesorios correspondientes. El precio de venta fue estipulado en USD. 16.056, pagaderos de la siguiente forma: 36 documentos de USD. 321 con vencimiento: 06/01/98 y cada mes y, 3 documentos de USD. 1.500, con vencimientos 06/12/98; 06/12/99 y 06/11/2000 (cláusula tercera; fs. 5).

En su cláusula octava las Partes establecieron: "Si la parte dejare de abonar cualquiera de las cuotas, entonces se producirá la resolución automática del presente contrato de compra-venta de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno. Se establece libremente lo pactado entre los partes contratantes, no teniendo nada que reclamar por parte del comprador (deudor) ni ahora ni en el futuro, con relación a las disposiciones contenidas en Art. 782 del C. Civil. En consecuencia, se establece como causa imputable a la parte deudora el atraso en el cumplimiento de cualquier pagaré a su respectivo vencimiento para que la resolución de este contrato de compra venta opere automáticamente. A partir de entonces, el vendedor podrá obrar como si este contrato ya no lo obligara, y

disponer nuevamente del automotor. Optativamente el vendedor podrá solicitar el secuestro judicial, podrá también exigir el cumplimiento del contrato o ejercer el derecho acordado por el Art. 725 del C. Civil. Si el vendedor hubiere iniciado juicio por cumplimiento de contrato o cobro de guaraníes, podrá optativamente y dentro del mismo juicio ejercer el derecho que le confiere la cláusula comisorias en cualquier juicio, sin necesidad de retraer el procedimiento, ni desistir del mismo. Y en consecuencia obtener la resolución de este contrato una vez dictada la sentencia de trance y remate. En caso que el vendedor solicitare la resolución, las sumas recibidas hasta entonces quedaran a su exclusivo beneficio por el uso y derecho a explotación del automotor. Si al operarse la resolución ya sea judicial o extrajudicialmente, existieren cuotas vencidas y no abonadas, el vendedor podrá reclamar esas cuotas por juicio ejecutivo independientemente de conformidad al Art. 729 del C. Civil.”(fs. 5 y vlto.).

Del referido boleto de compraventa se aprecia que las Partes establecieron que la modalidad de pago sea en cuotas, razón por la cual rige el Artículo 782 del Código Civil que reza: *“Cuando el pago del precio debe efectuarse por cuotas, no procederá la resolución del contrato, en ningún caso, toda vez que el comprador haya abonado el veinte y cinco por ciento del precio, o haya efectuado mejoras por un valor que alcance dicho porcentaje, y que no puedan retirarse sin disminución apreciable de su valor. Tampoco podrá resolverse si lo abonado y las mejoras efectuadas suman en conjunto dicho porcentaje”*.

Dicha normativa regla el comportamiento de las Partes que han acordado el precio en cuotas, estableciendo que la resolución del Contrato no procederá “en ningún caso”, toda vez que el comprador haya abonado por lo menos el 25 % del precio estipulado, independientemente que, luego de alcanzar dicho porcentaje, el comprador incurrió en mora por falta de pago en algunas cuotas. En tal caso, el vendedor sólo tiene Derecho a perseguir el cobro de las cuotas restantes por otra vía y el comprador pagar el saldo del precio para luego exigir la escrituración a su nombre.

Es innegable que esa disposición es de Orden Público. La diáfana e imperativa frase inserta en dicho articulado “en ningún caso” torna irrenunciable la disposición legal, que es aplicable a Contratos que tienen por objeto la compraventa de todo bien con pago fraccionado y no sólo la compraventa de lotes de inmueble a plazos. En efecto, dicha normativa es de carácter general y no hace especialidad, prueba de ello es que se encuentra

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

contenida en el Libro III “De los Contratos y otras fuentes de obligaciones”, Título II “De los Contratos en particular”, Capítulo I “Del contrato de compraventa”, Sección V “De las cláusulas especiales”.

Se aprecia, entonces, que la cláusula octava del Contrato sólo podría ser de aplicación cuando la compradora no haya abonado el 25 % del precio total del vehículo, objeto de compraventa, pues si ella abonó más del 25 % del precio total, la Resolución del Contrato está vedada por imperio del citado Artículo 782 del Código Civil. Cabe recordar que no pueden dejarse sin efecto Leyes en cuyas observancias están el Orden Público y las buenas costumbres, a tenor del Artículo 9 del Código Civil, que limita el Principio de autonomía de voluntad de las Partes, reglado en el Artículo 669 de dicho Cuerpo de Ley. Esta Magistratura juzgó con las mismas posiciones jurídicas en Fallos anteriores y similares al caso (Vr. gr.: Acuerdo y Sentencia Número 42, del 18 de Marzo del 2.008; Acuerdo y Sentencia Número 81, del 4 de Abril del 2.008 y Acuerdo y Sentencia número 201, del 16 de Marzo del 2.016, entre otros).

En esas condiciones, considerando que la accionante ya pagó más del 50 % del precio del vehículo, según surge de sus afirmaciones (Vide: escrito de expresión de agravios, fs. 252), cabe a plenitud en Derecho confirmar el Fallo recurrido. Las Costas serán impuestas a la perdedora, a tenor de lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

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

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDA a la recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 69, con fecha 31 de Julio del 2.017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

IMPONER las Costas, en esta Instancia, a la Parte actora y perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Raúl Torres Kirmsner, Eugenio Jiménez R., Cesar Garay.
Ante mi: Pierina Ozuna, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 34

***Cuestión debatida:** De los términos del debate mantenido en esta instancia, se desprende categóricamente que el juzgamiento propuesto a esta Corte se encuentra limitado a la imposición de las costas del juicio. A pesar de ello, es indudable que la decisión que nos compete exige cierto análisis del contenido y mérito de la pretensión intentada, sin que las consideraciones que se hagan incidan, claro está, en modo alguno en el resultado de aquellas cuestiones que ya han pasado a autoridad de cosa juzgada.*

COSTAS. Exención.

Determinar la configuración de ciertas causales de exención y, en particular, la invocada por el ad quem –i.e. convicción suficiente y razonable de creerse con derecho el actor, o, lo que es lo mismo, razón fundada para litigar- no podría hacerse sin previo repaso del contexto que ha provocado la demanda y de los motivos puntuales en los que ella se ha fundado.

COSTAS. Razón probable o fundada para litigar. Exención.

Debe advertirse en primer lugar que la razón para litigar de la que se habla en doctrina no debe ser confundida con un estado subjetivo, de creencia ingenua o ilusoria del demandante acerca de los méritos de sus aspiraciones jurídicas. Todo lo contrario, esta causal debe encontrar anclaje en circunstancias objetivas, analizadas desde el punto de vista de un tercero y no desde el fuero interno del litigante.

DEMANDA. COSTAS. Razón probable o fundada para litigar. Exención.

El ejercicio de derechos tales como el de promover una demanda, formular una denuncia o, como en este caso, deducir un incidente, no puede, en principio, generar responsabilidad civil, a no ser, por supuesto, que la

prerrogativa en cuestión sea ejercida de modo abusivo, exorbitándose las finalidades tenidas en cuenta por el legislador al consagrarla. Se sigue de ello que en tales juicios el requisito de la antijuridicidad se encuentra íntimamente ligado a los factores subjetivos de imputación, esto es, al actuar doloso o culposo en el ejercicio del derecho respectivo.

ESCRIBANO. Funciones del Escribano. DEMANDA. COSTAS. Razón probable o fundada para litigar. Exención.

El notario no certifica la verdad de las manifestaciones hechas ante él, sino sola y únicamente que dichas manifestaciones fueron realmente prestadas.

ESCRIBANO. Funciones del Escribano. DEMANDA. COSTAS. Razón probable o fundada para litigar. Exención.

Debe aclararse que la nulidad pronunciada por el ad quem no podía derivar en la imposición de costas al a quo, atentos a que de todos modos se pudo decidir sobre el mérito de la demanda y, aun si no hubiera sido así, debe advertirse que el demandado ha solicitado en segunda instancia la confirmación de la sentencia del juez inferior, oponiéndose con ello a la declaración de nulidad.

C.S.J. Sala Civil. 02/04/2019. “Nicodemus Ortigoza Gómez c/ Moacir Paredes Gill s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 34).

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 caso, se halla ajustada a Derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: La parte recurrente dejó sin fundamentar el recurso de nulidad, sin que se adviertan vicios o defectos en la

impugnada, ni en el proceso anterior a su dictado, que merezcan un pronunciamiento oficioso en los términos del art. 113 del Código Procesal Civil. En estas condiciones, el recurso debe ser declarado desierto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMENEZ ROLON DIJO: Me adhiero al voto del Ministro Preopinante por idénticas motivaciones.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: adhiero opinión al voto del Ministro preopinante, por idénticas motivaciones. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSEK PROSIGUIÓ DICHIENDO: Por Sentencia Definitiva N° 248 de fecha 02 de marzo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Circunscripción Judicial de Amambay ha resuelto: “NO HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS promovida por NICODEMUS ORTIGOZA GÓMEZ contra MOACIR PAREDES GILL, fundado en las consideraciones contenidas en el exordio de la presente resolución. ANOTAR...” (sic, f. 108).

Recurrida la mencionada resolución, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay, en virtud del Acuerdo y Sentencia N° 54 de fecha 28 de agosto de 2017, resolvió: “1º) ANULAR la S.D. N° 248 de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de esta Circunscripción Judicial, por los fundamentos expuestos en el considerando de esta resolución. 2º) NO HACER LUGAR, a la demanda de Indemnización de Daños y Perjuicios promovida por el Sr. Nicodemus Ortigoza Gómez, contra el Sr. Moacir Paredes Gill, conforme a las consideraciones expresadas en el exordio del presente decisorio. 3º) IMPONER las costas en el orden causado. 4º) ANOTAR...” (sic, f. 150).

El demandado se alzó contra la decisión del ad quem de exonerar de costas al actor vencido; expresó sus agravios en el escrito de fs. 160/162. Alegó que la argumentación del inferior es falaz ya que el rechazo de la demanda se fundó en que no hubo mala fe ni temeridad del señor Paredes en la promoción de un incidente de redargución de falsedad. Señaló que la pretensión del actor sufrió un doble rechazo y que no hay motivo para dejar de aplicar el principio objetivo de derrota consagrado por el art. 192 del rito

civil. Arguyó igualmente que al haberse pronunciado la nulidad del decisorio de primera instancia, las costas debieron haber sido impuestas al a quo, de conformidad con el art. 408 del Código Procesal Civil.

El actor se presentó a fs. 165/166 a contestar el respectivo traslado; manifestó que el Tribunal anuló la decisión del Juez de primera instancia y que, por lo tanto, no hay ni ganador ni perdedor.

De los términos del debate mantenido en esta instancia, se desprende categóricamente que el juzgamiento propuesto a esta Corte se encuentra limitado a la imposición de las costas del juicio. A pesar de ello, es indudable que la decisión que nos compete exige cierto análisis del contenido y mérito de la pretensión intentada, sin que las consideraciones que se hagan incidan, claro está, en modo alguno en el resultado de aquellas cuestiones que ya han pasado a autoridad de cosa juzgada. La razón de dicho análisis no puede pasar inadvertida. Efectivamente, determinar la configuración de ciertas causales de exención y, en particular, la invocada por el ad quem – i.e. convicción suficiente y razonable de creerse con derecho el actor, o, lo que es lo mismo, razón fundada para litigar- no podría hacerse sin previo repaso del contexto que ha provocado la demanda y de los motivos puntuales en los que ella se ha fundado.

Hecha esta aclaración, debe advertirse en primer lugar que la razón para litigar de la que se habla en doctrina no debe ser confundida con un estado subjetivo, de creencia ingenua o ilusoria del demandante acerca de los méritos de sus aspiraciones jurídicas. Todo lo contrario, esta causal debe encontrar anclaje en circunstancias objetivas, analizadas desde el punto de vista de un tercero y no desde el fuero interno del litigante. Autorizada doctrina procesalista ha apuntado, en ese sentido, que “...también hay que aclarar que no es la sola creencia subjetiva del litigante sobre la razón probable para litigar lo que autoriza la eximición de costas al vencido; por el contrario, deben existir elementos objetivos en la causa que razonablemente pudieron llevar al perdidoso a considerarse con derecho a litigar. Como dicen Fassi y Yañez, la razón fundada para litigar debe apoyarse en circunstancias fácticas o jurídicas que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito” (LOUTAYF RANEA, Roberto G. 2013. *Condena en costas en el proceso civil*. 2ª reimpresión. Buenos Aires. Editorial Astrea. pp. 79/80).

Pues bien, debe recordarse, en este orden de ideas, que la demanda de autos ha perseguido la reparación de los daños y perjuicios que habría

sufrido el señor Nicodemus Ortigoza Gómez, en su carácter de notario público, como consecuencia del incidente de redargución de falsedad deducido por el señor Moacir Paredes Gill contra el acta notarial contenida en la escritura pública N° 6 de fecha 07 de febrero de 2010, autorizada por el ahora accionante. Al promover dicha incidencia, el señor Paredes Gill manifestó que el acta en cuestión se habría encontrado afectada de falsedad ideológica, toda vez que el fedatario actuante habría inventado unilateralmente declaraciones de terceros. En ese sentido, el susodicho fundó la incidencia señalando que los declarantes no habían firmado la escritura y que no hubo testigos, y alegando hechos que justificarían que se habría encontrado viviendo en la ciudad de Bella Vista Norte, contrariamente a lo sostenido en aquellas declaraciones.

Se ha repetido hasta el hartazgo que el ejercicio de derechos tales como el de promover una demanda, formular una denuncia o, como en este caso, deducir un incidente, no puede, en principio, generar responsabilidad civil, a no ser, por supuesto, que la prerrogativa en cuestión sea ejercida de modo abusivo, exorbitándose las finalidades tenidas en cuenta por el legislador al consagrarla. Se sigue de ello que en tales juicios el requisito de la antijuridicidad se encuentra íntimamente ligado a los factores subjetivos de imputación, esto es, al actuar doloso o culposo en el ejercicio del derecho respectivo.

Con esta premisa en mente, al igual que el ad quem, nosotros pensamos que la pretensión del señor Ortigoza no puede ni mucho menos considerarse irrazonable. Ciertamente, la actuación apócrifa que se le había endilgado no podía de modo alguno ser justificada con los argumentos y elementos probatorios ofrecidos por el señor Paredes Gill. Antes que nada porque, como es básico saberlo, el notario no certifica la verdad de las manifestaciones hechas ante él, sino sola y únicamente que dichas manifestaciones fueron realmente prestadas. Lo dispuesto por el art. 383 del Código Civil no deja lugar a dudas: “El instrumento público hará plena fe mientras no fuere argüido de falso por acción criminal o civil, en juicio principal o en incidente, sobre la realidad de los hechos que el autorizante enunciare como cumplidos por él o pasados en su presencia”.

Se ha dicho, al respecto, lo siguiente: “Las denominadas cláusulas dispositivas, que son aquellas referentes a los actos jurídicos, convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y demás declaraciones contenidas en los instrumentos públicos. Estas enunciaciones, en su aspecto extrínseco, no

gozan de la presunción de veracidad. Consideradas en su aspecto intrínseco, se presume que son auténticas. Así, por ejemplo, el hecho de que tales actos y declaraciones de los otorgantes del acto se produjeron efectivamente, al ser afirmados por el oficial público, pertenecen a la sección anterior, vale decir a la de los hechos directamente constatados por el oficial público, pero lo referente a la veracidad de lo que los otorgantes expresan o declaran cuando otorgan tales actos, es una cuestión distinta, pues no pertenecen a dicha primera categoría de enunciaciones, y valen solo hasta tanto no se suministre la prueba en contrario...” (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. El acto jurídico. 1ª edición. Asunción. Intercontinental Editora. pp. 231/232).

Se sigue de ello que la prueba de la falta de verdad de las manifestaciones consignadas en el acta en cuestión a lo sumo hubiese valido como un débil indicio, sin que tal sola circunstancia pudiese servir mínimamente para justificar la falsedad ideológica propuesta. Por otro lado, de la referida norma se desprende igualmente la innecesaridad de la firma de los terceros declarantes y de testigos (acerca de ellos véase igualmente la norma del art. 135 del Código de Organización Judicial, cuyos supuestos excepcionales no configuran el de autos), toda vez que la ley atribuye a la palabra del notario suficiente autoridad probatoria sobre ciertas cuestiones, por sí sola.

Expresado en otro giro, la incidencia no fue siquiera fundada en hechos que podrían haber justificado la actuación irregular atribuida al escribano, lo cual demuestra que el señor Paredes Gill a lo menos se ha precipitado o no ha llegado a analizar debidamente los presupuestos exigidos para la deducción seria de la redargución de falsedad de un instrumento público. Es entendible, por lo tanto, que el actor haya sentido por tales motivos cierta sensación de injusticia y desazón, y haya buscado por medio de esta demanda la compensación económica respectiva.

Por último, debe aclararse que la nulidad pronunciada por el ad quem no podía derivar en la imposición de costas al a quo, atentos a que de todos modos se pudo decidir sobre el mérito de la demanda y, aun si no hubiera sido así, debe advertirse que el demandado ha solicitado en segunda instancia la confirmación de la sentencia del juez inferior, oponiéndose con ello a la declaración de nulidad (véase art. 408 del Código Procesal Civil).

En resumidas cuentas, a nuestro criterio se justifica plenamente la decisión del Tribunal de eximir de las costas del juicio al actor, en virtud del

art. 193 del Código Procesal Civil, por haber existido razón suficiente para litigar.

En el mismo tren de ideas, las costas del recurso deberán ser impuestas en el orden causado, toda vez que tampoco le han faltado razones al apelante para intentar revertir la exención dispuesta por el inferior, por tratarse de una decisión excepcional, apartada del criterio general objetivo del art. 192 del rito civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMENEZ ROLON DIJO: Me Adhiero al voto del Ministro Preopinante por idénticas motivaciones.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: La discusión está en determinar si es procedente exonerar Costas al vencido en Primera y Segunda Instancias, por aplicación del Artículo 193 del Código Procesal Civil.

El Artículo 192 del Código Procesal Civil, establece que para resolver sobre costas rige el Principio de resultado objetivo del pleito o Teoría objetiva de la derrota. Esto es, que hay una parte que resulta vencedora por habersele reconocido sus pretensiones y otra, vencida, por no haber prosperado las suyas. En efecto, dicha normativa reza: “La parte vencida en el Juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiere solicitado”. Sobre el punto, Gozaini ilustra: “... el “vencimiento” depende del resultado obtenido en el proceso o en un trámite o incidencia él. Su consideración objetiva excluyendo necesariamente la ponderación de todo el elemento subjetivo” (costas procesales, Editorial Ediar, pág. 37).

Se aprecia, entonces, que quien obtiene pronunciamiento adverso a la posición jurídica que adopto, reviste calidad de perdidoso y debe soportar el pago de Costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de sus Derechos. Ello es así, porque “las costas en tanto erogaciones necesarias hechas por los sujetos del proceso para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden, debe ser íntegramente resarcidas al vencedor por quien resulto objetivamente derrotado en el debate judicial, debiendo acordarse su exención, solo excepcionalmente frente a fundadas razones que justifique el apartamiento del principio de estricta objetividad con que debe resolverse lo concerniente a la imposición de aquellas”(AR/JUR/2005).

Sin embargo, aún con la consagración de dicho Principio, el Juicio de conocimiento concede facultad al Juzgador para apartarse exonerando total

o parcialmente en la imposición de Costas a la parte Perdidoso. La decisión exoneradora para nuestro Código Ritual (Artículo 193)- debe ser fundamentada bajo riesgo de ser nula y ocurre cuando a criterio del Juzgador hay en la perdidosa elementos jurídicos que le den razonabilidad suficiente para fundamentar oposición a la pretensión de su adversa.

En el sub lite, se constata que, en Primera Instancia, las Costas fueron impuestas al accionante, pues al haberse rechazado la demanda incoada – por él – resultó perdidoso. En Segunda Instancia, fue confirmado el rechazo de la demanda, pero el Ad quem entendió que las Costas debían imponerse en el orden causado: “... en razón de que el demandante pudo haber tenido la convicción suficiente y razonable de poseer el derecho a reclamar la indemnización, y consecuencia dicho convencimiento lo llevo de buena fe y en forma no temeraria a promover el juicio...” (fs. 149 vlt.).

Sin embargo, no encontramos razón jurídica para exonerar de Costas al perdidoso. En efecto, las pretensiones del accionante no prosperaron y gano la posición jurídica del demandado, quien se presentó en Juicio a defender sus derechos y para ello tuvo que contratar Profesional del Foro.

En cuanto a “la razón probable para litigar”, ella tiene que basarse en hechos objetivos y no en la subjetividad del perdidoso, extremo que no se dio en Juicio. Así ha entendido la más autorizada Jurisprudencia: “el creerse asistido de un derecho, no puede aprehenderse desde la subjetividad de quien formula una petición, ni desde la perspectiva íntima del contradictor del mismo, sino concretamente a la luz de las normas y principios jurídicos o directrices jurisprudenciales que en él se encuentren comprometidos” (LLBA 2.006, 77).

Tampoco fue suscitada cuestión compleja ni dudosa del Derecho, valoración jurisprudencial, cambio de legislación, etc., que ameriten apartarse del criterio objetivo que impera en la materia.

Por lo expuesto, cabe en Derecho revocar el apartado tercero del Acuerdo y Sentencia Numero 54, del 28 de Agosto de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay. Las Costas en esta Instancia deberán imponerse a la perdidosa, por aplicación de 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:

JURISPRUDENCIA

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 apartado tercero del Acuerdo y Sentencia Número 54, con fecha 28 de Agosto del 2.017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial Amambay.

IMPONER las Costas, en esta Instancia, en el orden causado

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: José Raúl Torres Kirmser, César Antonio Garay y Eugenio Jiménez Rolón.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 46

***Cuestión debatida:** El presente fallo se basa en la demanda de indemnización de daños y perjuicios extracontractual, proveniente de una querrela presentada por la Empresa Guardián S.A., contra el Guardia de Seguridad, el Señor Ramón Sanabria, demandante.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Como ya ha dicho esta Magistratura en anteriores oportunidades, análogas a la que ahora nos ocupa, en las acciones de daños y perjuicios derivadas de una denuncia penal debe indagarse, esencialmente, si hubo un exceso de parte del denunciante que traduzca un obrar cuanto menos irreflexivo. Es decir, debe determinarse sobre todo el factor de imputabilidad, dado que el ejercicio de la facultad de denunciar encuentra fundamentos de orden constitucional, el Art. 40 de la Carta Magna. De este modo, el mero hecho de denunciar o querrellar no puede fundar, por sí solo, la responsabilidad civil, sino que debe existir al menos culpa en el denunciante, de modo

de configurar un abuso en el ejercicio de este derecho. Esta hipótesis se vincula frecuentemente con que exista al menos temeridad en la denuncia; es decir, que el caso en el que el sujeto obra de manera contraria a la actuación ordinaria, o sin tener en cuenta circunstancias y factores relevantes en su accionar.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Dolo.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestión tiene que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende, de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstos en la ley. En síntesis, la atribución falsa de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio, constituye un antijurídico en nuestro derecho civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Dolo. Antijuridicidad.

Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad, defina también la antijuridicidad del hecho. Por ende, debe indagarse si la conducta fue dolosa o culposa. En este último caso, debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso sub examine debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas. Tratándose de denuncias penales, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad.

La cuestión está así en establecer si en la denuncia penal instaurada por Guardián S.A. -demandada- existió dolo, o bien, temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar.

Ahora bien, como en sede penal no se calificó la denuncia de falsa o temeraria en los términos del art. 288 del Código Procesal Penal, surge la cuestión de si es necesaria tal declaración. La cuestión está dividida en la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto de si la acusación o querrela calumniosa requiere el conocimiento de la inocencia del acusado o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. De acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que, volviendo sobre lo expuesto más arriba, todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Código Civil. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que al no existir norma legal que lo establezca expresamente, no existe razón alguna para que el juez no aprecie la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ª ed, Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Dolo. Antijuridicidad. Factores de Atribución.

En lo que hace factor de atribución mencionado, según lo que ya se expuso supra, son tres cosas, entonces, las que la actora debe demostrar: primeramente, que se le atribuyó la comisión de un hecho antijurídico ante una autoridad o funcionario competente para recibir denuncias (art. 289, num. 1 del Código Penal); en segundo lugar, que la atribución de realización de hechos punibles es falsa; y, finalmente, que esa imputación falsa fue formulada dolosamente.

En cuanto al primer elemento indicado en el párrafo anterior, debe decirse que de los términos de la denuncia de f. 2 de la carpeta fiscal no surge que se haya atribuido directamente a la actora de este proceso civil la comisión de un antijurídico. Si bien se menciona su nombre en dicha denuncia, lo cierto es que se lo hizo con fines meramente descriptivos, esto es, en el contexto de la narración de la cadena de sucesos en los que se habría

producido el hecho punible denunciado. Pero no se atribuyó a la actora, directamente, se repite, la autoría de tal hecho punible (hurto); resulta relevante mencionar además que la denuncia fue intitulada como formulada contra “personas innominadas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la Acción Penal.

La formulación de una denuncia penal consiste en poner a conocimiento de la autoridad competente (el Ministerio Público o la Policía Nacional), la comisión o sospecha de comisión de un hecho punible de acción pública o privada (art. 284 del C.P.P.). Este acto se encuentra permitido por la ley, constituyendo en ciertas ocasiones una obligación (art. 286 del C.P.P.), a fin de que el sujeto sea debidamente perseguido y castigado en caso de que se constate efectivamente la comisión del hecho punible.

El hecho de denunciar ante el Ministerio Público un presunto hecho punible hace que quien proceda a tal menester deba actuar de manera debida. Cabría entonces preguntarse ¿cuál es la manera debida en la que debe comportarse una persona al momento de formular una denuncia penal?

Esta pregunta es importante no solo para intentar esbozar una norma general y abstracta de conducta sobre el particular, sino para aplicar al presente caso concreto dicha diagramación general sobre una conducta idónea al momento de formular una denuncia y así saber si el proceder de la accionada fue correcto o no, de conformidad a la manera en que la misma debió actuar.

Al respecto, la cuestión planteada en autos nos remite, en primer lugar, a la consideración del art. 1.833 del CC, en razón de que la formulación de una denuncia penal que genere luego un reclamo indemnizatorio contra el denunciante nos conduce a encuadrar dicha conducta en al ámbito de la eventual responsabilidad civil extracontractual.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Esta cuestión del encuadre normativo no es menor pues, como sabemos, nuestro Código Civil sigue el sistema conocido como dualismo débil por el cual, en el mismo cuerpo legal aparecen reguladas las responsabilidades contractuales y extracontractuales en dos partes distintas: la contractual a partir del art. 417, y la extracontractual a partir del art. 1.833, unidas ellas por algunos elementos comunes, como el concepto de culpa -previsto en el

art. 421 - que es compartido por ambos regímenes, por disposición expresa de la ley.

Dicho esto, y encuadrada la cuestión en el ámbito extracontractual, cabe relevar entonces también que el ámbito de actuación del sujeto demandado, supuesto dañador, es eminentemente subjetivo, es decir, debe procederse al estudio de su conducta -tal como se anticipó más arriba- para decidir si ella fue o no fue producto de un obrar idóneo, prudente y de acuerdo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, como señala el art. 421 de nuestro CC, o derechamente si se evidencia algún obrar doloso en la formulación de la denuncia en cuestión. Si se constata que la actuación del demandado fue idónea o acorde a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona y lugar, la demanda será inviable, si por el contrario fue culposa o derechamente dolosa, habrá responsabilidad civil del denunciante.

En el mismo sentido se ha expresado repetidamente la jurisprudencia de nuestros tribunales, indicándose que el ejercicio de la prerrogativa o del derecho que prevé la ley debe ser realizado siempre dentro de los límites razonables y de buena fe impuestos por la norma jurídica que nos manda actuar así en todos los ámbitos en que ejerzamos nuestras facultades.

Nos encontramos aquí con un supuesto en el cual el accionado ejerció un derecho reconocido por la ley, quedando pendiente de constatar si lo hizo dentro del marco razonable y de buena fe que se espera del que ejerza una facultad, o si lo hizo extralimitándose, realizando lo que se conoce como ejercicio abusivo del derecho.

C.S.J. Sala Civil. 25/07/2019. “Ramón Sanabria Vázquez c/ Guardián S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y otros” (Ac. y Sent. N° 46).

Previo estudio de los antecedentes del caso, los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvieron plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: JIMÉNEZ ROLÓN, MARTÍNEZ SIMON y PEÑA CANDIA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: si bien es cierto que el recurrente desistió de este recurso, se advierte, de oficio, un vicio que podría invalidar el fallo impugnado en los términos del art. 113 del Código Procesal Civil.

Ese vicio consiste en que el Tribunal de Apelación no trató el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia definitiva de primera instancia.

Y más todavía: no sólo no lo trató, sino que consignó, en el fallo impugnado, que había una única cuestión a ser tratada –el recurso de apelación.

Recordemos que en virtud del art. 405 del Código Procesal Civil el recurso de nulidad está implícito en el de apelación: “La interposición del recurso de nulidad podrá hacerse independiente, conjunta o separadamente con el de apelación, en el cual se lo considerará implícito, y regirá a su respecto lo dispuesto en los artículos 396 y 397”.

En estas condiciones nos encontramos, prima facie, con una incongruencia citrapetita objetiva; derivada de que el Tribunal omitió pronunciarse sobre el recurso de nulidad, que se encuentra implícito en el de apelación según el art. 405 del Código Procesal Civil.

El art. 15 del Código Procesal Civil consagra la necesidad de la fundamentación de las resoluciones definitivas conforme con el principio de congruencia. Éste puede definirse, según Peyrano, como la “exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, incidental o sustantiva, y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que lo dirime” (PEYRANO, Jorge W. 1978. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Buenos Aires. Astrea. p. 64). El principio de congruencia con arreglo al cual el Juez debe fallar, bajo sanción de nulidad, ofrece un doble aspecto. El primero, la obligación del Juez de decidir sobre lo pedido con la demanda y nada más que sobre ello; el segundo, que la resolución se base en los hechos sustanciales aducidos en ella y en los que constituyen las defensas o excepciones del demandado (MAURINO, Alberto Luis. 2009. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires. Astrea. p. 260). Como puede verse, la congruencia no consiste en otra cosa que en la exigencia de que exista identidad entre los sujetos, objeto y causa petendi de la pretensión. Cuando la resolución judicial decida por exceso o defecto en relación con alguno de los sujetos, objeto o causa pretensionales, existirá incongruencia, y, por ende, procederá la nulidad.

Ahora bien: esta Magistratura no olvida que existe un criterio judicial según el cual el recurso de nulidad debe fundarse expresamente para que

nazca el deber tratarlo. De esta suerte, si no se fundó el recurso y el Tribunal no lo trató, no podría configurarse incongruencia –siempre, según el señalado criterio judicial.

Así propuesta la cuestión, no estamos, en puridad, ante un vicio de nulidad, sino ante un eventual error in iudicando del Tribunal en relación con el alcance del art. 405 del Código Procesal Civil en cuanto al deber de pronunciarse sobre un recurso de nulidad no fundado.

De esta manera y en este caso, la falta de tratamiento del recurso de nulidad en la parte resolutive del fallo impugnado no deriva de una mera omisión de pronunciamiento, sino que deriva, tal vez, de un error de interpretación del art. 405 del Código Procesal Civil.

Como el error de interpretación –y en consecuencia de aplicación- de las normas jurídicas es una típica quaestio iuris que debe abordarse en sede de apelación, no queda otro remedio que tratar ese eventual error de interpretación en la sede apuntada; siempre, desde luego, que se hayan expresado agravios al respecto.

Ad eventum, se adelanta que si no se encontraren agravios en relación con la cuestión aquí apuntada, se resuelve tener por desistido al recurrente de este recurso.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO JOAQUIN MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Coincido con los fundamentos expuestos por el preopinante, en razón de compartir idéntica opinión.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA MIRYAM PEÑA CANDIA DIJO: adhiero a los votos que preceden.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: por S.D. N° 284, con fecha 23 de mayo de 2016, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, resuelve: “NO HACER LUGAR a la demanda que sobre indemnización de daños y perjuicios promueve el señor RAMÓN SANABRIA VÁZQUEZ contra GUARDIÁN S.A. IMPONER las costas a la parte perdedora. ANOTAR...” (f. 141).

Recurrida que fue la mencionada sentencia definitiva, y tramitados los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, dictó el Acuerdo y Sentencia N° 91, con fecha 28 de noviembre de 2016, cuya parte resolutive dice: “REVOCAR, la sentencia que rechazó la demanda, y en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda que por indemnización de daño moral, promueve el Señor RAMÓN SANABRIA VÁZQUEZ contra la

firma GUARDIÁN S.A., condenando a la demandada, a abonar al actor, la suma de G. 200.000.000 (Guaraníes Doscientos millones), en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente resolución, más un interés del 2% mensual, desde la fecha de notificación de la demanda. COSTAS, imponerlas a la perdidosa. ANOTAR...” (f. 160 vlta.).

Contra el referido Acuerdo y Sentencia se alzó el Abg. Avelino Britos Guillén, representante de la demandada según copia de poder que obra a fs. 46/50, en los términos del escrito de fs. 168/172. Allí dijo, en lo esencial, que el origen de la demanda fue la causa penal N° 1052/08 caratulada “Ministerio Público c/ Ramón Sanabria Vázquez s/ hurto”, que tuvo por desenlace la sentencia definitiva N° 50 con fecha 8 de noviembre de 2010 que, en su apartado segundo, consignó probada la existencia del hecho punible de hurto, del que su mandante fue víctima el 13 de mayo de 2008. Añadió que, además, en la mencionada sentencia penal se consignó que las costas debían imponerse en el orden causado dada la forma en que se resolvió la cuestión. Añadió que el art. 288 del Código Procesal Penal es claro cuando establece que si no hay falsedad o temeridad en la denuncia, el denunciante no incurre en responsabilidad alguna; y que la reparación de perjuicios derivados de la denuncia penal solo procede cuando quien denunció obró con malicia o ligereza culpable. Dijo que el art. 286 del Código Procesal Penal impone al ciudadano la obligación de denunciar, por lo que la denuncia no puede generar responsabilidad. Aseveró que no resulta coherente pretender una indemnización en sede civil luego de haber consentido la aplicación de costas en el orden causado en sede penal. Señaló que no existe ningún antecedente que permita presumir que la firma demandada actuó con malicia o temeridad, ni mucho menos considerar que la demandada dirigió la investigación del Ministerio Público.

Por providencia con fecha 19 de abril de 2017, se corrió traslado de este recurso a la adversa (f. 173).

La Abg. Sandra Varela Servín contestó el traslado en los términos del escrito de fs. 177/179. En lo esencial, señaló que el juzgamiento se adecua a derecho, pues si bien la denuncia contra personas innominadas no individualiza a priori al autor del hecho, ello cambia cuando se indica quienes pueden ser los posibles participantes, se presentan pruebas y se piden diligencias investigativas. Aseveró que en la carpeta fiscal quedó probado que la demandada impulsó la investigación penal contra el actor, al dirigir informes a la empresa PROSEGUR, nueva empleadora del actor. Añadió que

tal como se desarrolló el proceso penal, es evidente que su mandante sufrió daño moral porque no se sabía cuál sería el desenlace de tal proceso. Indicó que aquí se pretende obtener una indemnización en sede civil y no una condena penal, por lo que no procede aplicar el art. 288 del Código Procesal Penal. Sostuvo que el hecho de que se hayan impuesto las costas en el orden causado no demuestra la improcedencia de esta demanda, pues las costas sólo se refieren a gastos y honorarios profesionales pero no a la indemnización que aquí se reclama. Pidió la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido.

Se trata de resolver sobre la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad de fuente extracontractual.

El hecho específico del que derivarían los daños y perjuicios reclamados por la actora a la demandada -según el escrito de demanda de fs. 17/22- consiste en una denuncia penal instaurada por ésta contra aquella, que mereció una investigación de parte del Ministerio Público y que terminó, no obstante, con la absolución de la actora en sede judicial -penal.

Como ya ha dicho esta Magistratura en anteriores oportunidades, análogas a la que ahora nos ocupa, en las acciones de daños y perjuicios derivadas de una denuncia penal debe indagarse, esencialmente, si hubo un exceso de parte del denunciante que traduzca un obrar cuanto menos irreflexivo. Es decir, debe determinarse sobre todo el factor de imputabilidad, dado que el ejercicio de la facultad de denunciar encuentra fundamentos de orden constitucional, el Art. 40 de la Carta Magna. De este modo, el mero hecho de denunciar o querellar no puede fundar, por sí solo, la responsabilidad civil, sino que debe existir al menos culpa en el denunciante, de modo de configurar un abuso en el ejercicio de este derecho. Esta hipótesis se vincula frecuentemente con que exista al menos temeridad en la denuncia; es decir, que el caso en el que el sujeto obra de manera contraria a la actuación ordinaria, o sin tener en cuenta circunstancias y factores relevantes en su accionar.

Así pues, el requisito de antijuridicidad se halla imbricado en la exigencia del factor de atribución, de modo tal, que sin lo uno no existe lo otro. A tal análisis nos abocaremos a continuación.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestión tiene que estudiarse no solo a la luz de las

disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende, de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstos en la ley. En síntesis, la atribución falsa de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio, constituye un antijurídico en nuestro derecho civil.

Cuestión de mayor dificultad es establecer el presupuesto de la imputabilidad.

El primer obstáculo que surge es establecer qué factor de atribución de responsabilidad se aplica en estos casos, esto es, si el factor subjetivo –que es el ordinario y normal- o el factor objetivo; pero aquí no debemos olvidar que este último es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. arts. 1.846 y 1.847 del Código Civil.

Siguiendo con el análisis de la imputabilidad, sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño, y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia. Ahora bien, en orden de juzgar el presente caso no debemos perder de vista que la propia ley penal vigente a la fecha del hecho investigado establece claramente la responsabilidad personal en el caso de la denuncia falsa, en su art. 289, que dice: “Denuncia falsa. El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro: 1. le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público; 2. le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior; o 3. simulara pruebas contra él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad, defina también la antijuridicidad del hecho. Por ende, debe indagarse si la conducta fue dolosa o culposa. En este último caso, debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso sub examine debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas. Tratándose de denuncias penales, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad.

La cuestión está así en establecer si en la denuncia penal instaurada por Guardián S.A. -demandada- existió dolo, o bien, temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar.

Ahora bien, como en sede penal no se calificó la denuncia de falsa o temeraria en los términos del art. 288 del Código Procesal Penal, surge la cuestión de si es necesaria tal declaración. La cuestión está dividida en la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto de si la acusación o querrela calumniosa requiere el conocimiento de la inocencia del acusado o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. De acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que, volviendo sobre lo expuesto más arriba, todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Código Civil. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que al no existir norma legal que lo establezca expresamente, no existe razón alguna para que el juez no aprecie la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ª ed, Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175).

Obviamente, también existe jurisprudencia en este sentido. Así ha podido decirse que “si bien el art. 1090 del Código Civil se refiere al delito de “acusación calumniosa”, a lo que supone ser en sede penal donde, el desestimarse la querrela, se califique de calumniosa la acusación; nada se opone a que la calificación se produzca por la justicia civil en aquellos casos en que la actuación de aquélla jurisdicción en ese sentido no puede produ-

cirse, porque lo contrario llevaría a imponer a los jueces civiles a la obligación de establecer una indemnización retaceada, no comprensiva del daño moral”. (ED, 27-346). También, diferenciando los supuestos de acusación calumniosa y determinación de la culpabilidad, se ha dicho que: “La responsabilidad civil de los querellantes no puede tener lugar por el único hecho de que la acción haya sido rechazada, pues la ley solo la admite cuando la acusación ha sido calumniosa u obedeció a una conducta culpable”. (ED, 66-151.) En idéntico sentido, afirmando la facultad del juez civil de apreciar la temeridad de la acusación: “Exceptuando aquellos casos en que la prejudicialidad de la sentencia penal sea impeditiva (arts. 1102 y 1103, Código Civil), el juez civil puede apreciar la “intención” dolosa en la figura del art. 1090 del Código Civil (“acusación calumniosa”); y, a fortiori, tendrá amplias facultades para hacerlo cuando se está frente al cuasidelito de “acusación culposa” (art. 1109 del mismo código- contactado con el art. 1090) que no se corresponde con delito criminal alguno (de donde no puede haber prejudicialidad)”. (ED, 99-376). Y por último, llamando especialmente la atención no sobre su resultado sino sobre la posibilidad de la apreciación en sede civil de las actuaciones en el fuero penal: “En principio, para que una acusación resulte calumniosa es necesario que en la interposición de la querrela se haya procedido con culpa o negligencia. Pero si aquilatando las constancias del proceso correccional se infiere que hubo motivos para acusar al individuo por el delito que se le imputa, a punto tal que la sentencia recaída en el fuero penal se resuelve a su favor a mérito del principio in dubio pro reo consagrado en la norma del art. 13 del Código de Proced. Crim., ello demuestra que su conducta no resultó lo suficientemente clara dejando dudas en el ánimo del juzgador, por lo que cabe extender al querellante dicho estado de incertidumbre que, en principio, descarta la maliciosidad de su actuar en orden a lo que establece el art. 1090 del Código Civil”. (ED, 104-168).

La cuestión está así en establecer si en la denuncia formulada por Guardián S.A. a raíz de la cual fue procesado Ramón Sanabria Vázquez existió dolo o temeridad. Además, en su caso, para que dicha temeridad quede configurada, la denuncia o querrela que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge es obvio que tal temeridad desaparece.

Ahora bien, pese a que supra se dijo que la procedencia de la demanda depende de que la actora haya demostrado que la denuncia fue formulada con dolo o temeridad, debe aclararse, inmediateamente, que, en rigor, sólo

cabe analizar si la denunciante probó el primero de los factores de atribución subjetivos mencionados, esto es, el dolo.

Ello es así porque en el escrito de demanda la actora aclaró cuál fue el motivo específico que habría llevado a la demandada a formular la denuncia penal en su contra. Así, se tiene que la actora, luego de mencionar que fue empleada de la demandada, dijo: “1.b.-Que, aparentemente, buscando prescindir laboralmente de nuestro instituyente y a fin de evitar eventual pago de indemnizaciones, la demandada articuló un hecho de responsabilidad penal contra su trabajador, ya que no existía motivo razonado para la vil acusación sostenida penalmente por Guardián S.A.”(vide, f. 17). Esto es: la actora adujo que la denuncia penal falsa fue formulada adrede - esto es, a sabiendas de que era falsa- con la finalidad específica de extinguir la relación laboral.

En lo que hace factor de atribución mencionado, según lo que ya se expuso supra, son tres cosas, entonces, las que la actora debe demostrar: primeramente, que se le atribuyó la comisión de un hecho antijurídico ante una autoridad o funcionario competente para recibir denuncias (art. 289, num. 1 del Código Penal); en segundo lugar, que la atribución de realización de hechos punibles es falsa; y, finalmente, que esa imputación falsa fue formulada dolosamente.

En cuanto al primer elemento indicado en el párrafo anterior, debe decirse que de los términos de la denuncia de f. 2 de la carpeta fiscal no surge que se haya atribuido directamente a la actora de este proceso civil la comisión de un antijurídico. Si bien se menciona su nombre en dicha denuncia, lo cierto es que se lo hizo con fines meramente descriptivos, esto es, en el contexto de la narración de la cadena de sucesos en los que se habría producido el hecho punible denunciado. Pero no se atribuyó a la actora, directamente, se repite, la autoría de tal hecho punible (hurto); resulta relevante mencionar además que la denuncia fue intitulada como formulada contra “personas innominadas”.

Queda por juzgar si la atribución de la comisión de un antijurídico fue indirecta, lo que se dará cuando en la denuncia se señalen categóricamente los criterios de atribución que permitan individualizar, sin lugar a dudas, al participante del hecho punible, aunque no se lo mencione nominalmente. Es decir, cuando quien formula la denuncia se haya encargado de narrar los hechos de tal manera que no quepan dudas de que se sindicó como participante del antijurídico solamente a cierta(s) persona(s) concreta(s), aunque

ésta(s) quede(n) innominada(s) en tal relato. De una lectura atenta de la denuncia formulada a f. 2 de la carpeta fiscal, tampoco surge que se haya hecho una atribución indirecta de participación en el hecho punible denunciado; como ya se aclaró en el párrafo anterior, los términos de la denuncia no pasan de una mera descripción de la manera en que pudo haber ocurrido el hecho punible, pero en ella no se señaló determinada circunstancia o característica que permitan entender que la intención de la denunciante fue individualizar al autor, siquiera indirectamente.

Al no haberse demostrado que la denuncia contiene una atribución directa o indirecta a la actora en relación con la realización de un hecho antijurídico, la demanda fundada en tal circunstancia resulta improcedente.

Meramente obiter, cabe decir que la actora tampoco demostró que la denuncia haya sido falsa. Ello es obvio si se tiene presente que la falsedad -o la no verdad- consiste en la falta de adecuación entre un enunciado y el estado de cosas al que éste se refiere. En otras palabras, quien alega que determinado enunciado -esto es, afirmación- es falso, debe demostrar la falta absoluta de correspondencia entre ese enunciado y la realidad.

Como ya se dijera supra, la denuncia penal que obra a f. 2 de la carpeta fiscal no contiene sino una descripción de las circunstancias del hecho punible. Luego, es obvio que la única falsedad que puede ser demostrada en este juicio es la inexistencia del hecho punible, porque la denuncia sólo da a entender que éste existe-más no así quien es su autor. Ahora bien, a fs. 9/16 obra la copia de la S.D. N° 050, del 08 de noviembre de 2.010, dictada por el Tribunal Colegiado de Sentencia de San Lorenzo en la causa “Ministerio Público c/ Ramón Sanabria Vázquez s/ hurto”; en el apartado 2 de la mencionada S.D., se resolvió expresamente: “2) DECLARAR probada en juicio la existencia del hecho punible de hurto”, con lo que no caben dudas de que el hecho punible sí existió.

Ello no significa, obviamente, que la actora haya participado en la realización de tal hecho punible. Es por ello que en apartado 3 de la S.D. penal mencionada se resolvió: “3) DECLARAR no probada en juicio la participación del Señor RAMÓN SANABRIA VÁZQUEZ en el hecho punible de hurto” (f. 16). No obstante, esta última resolución no obedeció a la existencia de pruebas que excluyan absolutamente la participación del entonces procesado en el hecho punible juzgado, sino, antes bien, en la existencia de duda razonable. En efecto, en el considerando del fallo mencionado se dejó

constancia, varias veces, de la duda que embargaba al Tribunal en relación con la suficiencia de la prueba de la autoría de Ramón Sanabria Vázquez en el hecho punible de hurto. Así, el Tribunal de Sentencia dijo: “La duda generada respecto a la autoría del Sr. Sanabria y ello por cuanto que la Señorita Erika Godoy, ha manifestado en juicio que el señor Edgar Verdún se había quedado con el Señor Sanabria para el control del recuento, cosa que el señor Edgar Verdún, dijo que para el arqueo de dinero se tuvo que controlar los comprobantes, pero ese día no se hizo el control cruzado cuando el cajero retiró la bolsa de dinero en efectivo y en cheque, porque en ese momento había mucha gente en la caja y no se pudo realizar al control de manera fehaciente”(f. 15 vlta.) y también dijo “Que de acuerdo a estas aseveraciones, y de las distintas piezas probatorias arrimadas al presente juicio y valoradas de manera objetiva y ecuánime este Tribunal llega a la conclusión, que no se ha probado fehacientemente que el Señor RAMÓN SANABRIA VÁZQUEZ haya sido el autor del hecho típico probado en juicio, ante la ausencia de elementos probatorios que demuestren sin resquicios de dudas su autoría. Se tienen en autos meros indicios de responsabilidad, que de modo alguno puede ser suficientes para dictar una sentencia condenatoria, cobrando plena vigencia el principio in dubio pro reo, establecido en el art. 5 del Código Procesal Penal” (f. 15 vlta.).

Luego, aún en la hipótesis de que se hubiese demostrado que la demandada sí atribuyó directa o indirectamente el antijurídico penal a la actora, de todas formas no se habría demostrado la falsedad de esa atribución, porque en sede penal no se dijo que la actora no haya participado en modo alguno en el antijurídico -con lo cual la atribución hubiese sido falsa- sino que existían dudas al respecto.

Ante la ausencia de elementos que permitan inferir la falsedad de la imputación en sede penal, deviene superfluo el estudio del elemento cognoscitivo de la falsedad de parte de la denunciante.

No habiéndose acreditado así el presupuesto de antijuridicidad en la conducta que se le imputa a la demandada, deviene superfluo el análisis de los demás requisitos de la responsabilidad civil. La demanda deviene, pues, improcedente.

El Acuerdo y Sentencia recurrido debe ser revocado. En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la actora perdidosa, en las tres instancias, por lo que dispone el art. 205 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO JOAQUÍN MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Coincido con los fundamentos expuestos por el preopinante, en razón de compartir idéntica opinión. No obstante, considero oportuno agregar cuanto sigue:

Se discute aquí la procedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, daños que el accionante sostiene encuentran su origen en la denuncia penal realizada por la firma GUARDIÁN S.A., sin existir –según el accionante– “motivo razonado”.

A los efectos de resolver este conflicto, deben ser analizados todos los presupuestos que hacen en este caso, a este tipo de demanda (indemnización de daños y perjuicios). Estos presupuestos son: antijuridicidad o ilicitud del hecho (que el hecho esté en contravención con alguna disposición legal), imputabilidad (posibilidad jurídica de responsabilizar a un sujeto), daño (perjuicio o menoscabo sufrido), y nexo causal (relación de causalidad entre el hecho que se dice ilícito y el daño).

La formulación de una denuncia penal consiste en poner a conocimiento de la autoridad competente (el Ministerio Público o la Policía Nacional), la comisión o sospecha de comisión de un hecho punible de acción pública o privada (art. 284 del C.P.P.). Este acto se encuentra permitido por la ley, constituyendo en ciertas ocasiones una obligación (art. 286 del C.P.P.), a fin de que el sujeto sea debidamente perseguido y castigado en caso de que se constate efectivamente la comisión del hecho punible.

El hecho de denunciar ante el Ministerio Público un presunto hecho punible hace que quien proceda a tal menester deba actuar de manera debida. Cabría entonces preguntarse ¿cuál es la manera debida en la que debe comportarse una persona al momento de formular una denuncia penal?

Esta pregunta es importante no solo para intentar esbozar una norma general y abstracta de conducta sobre el particular, sino para aplicar al presente caso concreto dicha diagramación general sobre una conducta idónea al momento de formular una denuncia y así saber si el proceder de la accionada fue correcto o no, de conformidad a la manera en que la misma debió actuar.

Al respecto, la cuestión planteada en autos nos remite, en primer lugar, a la consideración del art. 1.833 del CC¹, en razón de que la formulación de una denuncia penal que genere luego un reclamo indemnizatorio contra el denunciante nos conduce a encuadrar dicha conducta en al ámbito de la eventual responsabilidad civil extracontractual.

Esta cuestión del encuadre normativo no es menor pues, como sabemos, nuestro Código Civil sigue el sistema conocido como dualismo débil por el cual, en el mismo cuerpo legal aparecen reguladas las responsabilidades contractuales y extracontractuales en dos partes distintas: la contractual a partir del art. 417, y la extracontractual a partir del art. 1.833, unidas ellas por algunos elementos comunes, como el concepto de culpa -previsto en el art. 421² - que es compartido por ambos regímenes, por disposición expresa de la ley³.

Dicho esto, y encuadrada la cuestión en el ámbito extracontractual, cabe relevar entonces también que el ámbito de actuación del sujeto demandado, supuesto dañador, es eminentemente subjetivo, es decir, debe procederse al estudio de su conducta –tal como se anticipó más arriba– para decidir si ella fue o no fue producto de un obrar idóneo, prudente y de acuerdo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, como señala el art. 421 de nuestro CC, o derechamente si se evidencia algún obrar doloso en la formulación de la denuncia en cuestión. Si se constata que la actuación del demandado fue idónea o acorde a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona y lugar, la demanda será

¹ Art. 1.833 del C.C.: "El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente."

² Art. 421 del C.C.: "El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. **Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.** La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano". Las negritas son mías.

³ Art. 1.855 del C.C.: "Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos".

inviabile, si por el contrario fue culposa o dorchamente dolosa, habra responsabilidad civil del denunciante.

En el mismo sentido se ha expresado repetidamente la jurisprudencia de nuestros tribunales, indicándose que el ejercicio de la prerrogativa o del derecho que prevé la ley debe ser realizado siempre dentro de los límites razonables y de buena fe impuestos por la norma jurídica que nos manda actuar así en todos los ámbitos en que ejerzamos nuestras facultades⁴.

Nos encontramos aquí con un supuesto en el cual el accionado ejerció un derecho reconocido por la ley, quedando pendiente de constatar si lo hizo dentro del marco razonable y de buena fe que se espera del que ejerza una facultad, o si lo hizo extralimitándose, realizando lo que se conoce como ejercicio abusivo del derecho.

En el caso de autos, tal como expresó claramente el preopinante, en razón de los términos específicos en los que se encuentra formulada esta demanda (f. 17), solo debió analizarse si se probó el dolo en el actuar del demandado, y en este orden de ideas, del minucioso análisis realizado, se concluyó que no existió dicho factor de atribución subjetivo, puesto que, como surge de las constancias de autos, no se atribuyó directa ni indirectamente al accionante la realización de un hecho antijurídico, y además la existencia del hecho punible denunciado por el accionado fue demostrada, y si bien la participación de la actora en su realización no fue probada, ello se dio únicamente a raíz de la duda razonable del Tribunal con relación a la prueba de su autoría.

A raíz de todo lo expuesto, como expresé líneas arriba, coincido con la conclusión a la que arribó el preopinante, por la que determinó que el Acuerdo y Sentencia N° 91 del 28 de noviembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 2ª Sala de Asunción, debe ser revocado in totum, debiendo imponerse las costas al accionante en las tres instancias.

⁴ Art. 372 del C.C.: "**Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.** El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente". Las negritas son mías.

JURISPRUDENCIA

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA MIRYAM PEÑA CANDIA, DIJO: adhiero a los votos que preceden.

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 por el Abg. Avelino Britos Guillén contra el Acuerdo y Sentencia Número 91, con fecha 28 de Noviembre de 2.016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Número 91, con fecha 28 de Noviembre de 2.016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

COSTAS a la perdidosa, en todas las instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Eugenio Jiménez Rolón, Alberto Martínez Simón y Miryam Peña Candia.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 51

***Cuestión debatida:** Se trata de determinar en estos autos la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios de fuente extracontractual promovida; el origen de los daños reclamados se endilga a un accidente de tránsito entre dos vehículos. Se analiza también la atribución de responsabilidad en el demandado. En este sentido, cuando se consigue demostrar la parcial influencia causal de la culpa de la víctima en la producción del daño, se da la posibilidad de exonerar parcialmente al dueño o guardián.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil.

Hemos de recordar que el factor de atribución de responsabilidad refiere al reproche del que es pasible aquél al cual se pretende endilgar la comisión de un hecho dañoso, bien por haberlo cometido deliberadamente (dolo), bien por haber omitido las diligencias necesarias (culpa); o inclusive, como producto de una atribución objetiva impuesta por la ley con prescindencia de cualquiera de los dos elementos anteriores.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva.

Comencemos señalando que en todos aquellos casos en que un vehículo automotor se ve involucrado en la generación de daños, se plantea la posibilidad de que se suscite más de un plano dentro del cual pueda operar la responsabilidad. Por una parte, entrará a calar la responsabilidad de aquél que se haya encontrado en control del vehículo y que, por ende, haya sido el causante directo del daño por medio de la cosa. Por otra parte, tendremos al dueño o guardián del rodado, el cual responderá por el sólo hecho de revestir uno de los mencionados caracteres. El primer supuesto se tratará de un caso de responsabilidad por hecho propio, mientras que el segundo nos pondrá de frente a un caso de responsabilidad objetiva. A todo lo dicho se podrá adicionar el escenario en el cual, partiendo de la base de la culpa del conductor, se podrá no obstante proyectar dicha culpa a una tercera persona, en virtud del vínculo que unirá a estos dos, como por ejemplo, uno laboral.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio.

El artículo supra transcrito, el cual opera en concomitancia con el art. 700 inc. a) del Código Civil, sienta las bases de un mecanismo de tenor formal para la transmisión de vehículos, de modo que el acto jurídico por medio del cual se realice la transmisión en cuestión deberá necesariamente constar en una escritura pública. Además de la mentada escrituración, se requiere que el derecho dominial sea inscrito en el registro correspondiente,

que en este caso es el Registro de Automotores. Sin embargo, desde ya debemos adelantar que el requisito de registraci3n no resulta condicionante de aqu3l de transmisibilidad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio.

Para comprender esta última idea, debemos simplemente considerar la palmaria redacci3n del art. 2071 ya transliterado, el cual refiere a dos actos bien diferenciados, a saber, el de escrituraci3n y el de registraci3n. En este contexto, la conjunci3n adversativa “sino” contenida en la segunda parte del artículo, deja claramente sentado que sólo la escrituraci3n tiene implicancia para la transmisi3n de un automotor. Pero es que por dem3s, no podr3a ser de otra manera.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio.

A no olvidar que la funci3n que persigue todo Registro Público, y en particular el Registro de Automotores, no es otra que la de hacer cognoscible actos jur3dicos a terceros ajenos a éstos, tal como se sigue del art. 288 del C3digo de Organizaci3n Judicial. De este modo, la misi3n del Registro Público es meramente la de dar publicidad a los actos jur3dicos cuya registraci3n la ley exige, a los fines de robustecer la seguridad en el tráfico jur3dico. El acto registral entraña, pues, una naturaleza únicamente declarativa, y no constitutiva.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio.

La transmisi3n de un veh3culo jam3s podr3 verse enervada por la falta de registraci3n de tal acto. Dicha ausencia registral, en todo caso, solamente producir3 efectos en lo que a la oponibilidad refiere. Vale decir, el

acto como tal no podrá ser oponible ante terceros, pero será plenamente válido entre las partes con todos los efectos propios que a dicho acto caracterizan.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA.

El contrato referenciado por el demandado no viene sino a constituir un simple compromiso de compraventa, es decir, un contrato de naturaleza preliminar por el cual se obligan recíprocamente los contratantes a escriturar una compraventa futura. Pero mientras tal escrituración no tenga lugar, no se opera ninguna transmisión de dominio.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA.

Las presunciones de responsabilidad que consagra la segunda parte del art. 1847 del Código Civil a cargo de cada propietario o guardián de cosas inanimadas, riesgosas o viciosas, involucradas en un hecho dañoso, corren paralelamente sin intersectarse. Esto es, a cada quien se lo presume responsable del daño sufrido por el otro, de suerte que quien es reclamado puede exigir igualmente la indemnización de los daños por él sufridos. En ese supuesto, si ninguno prueba la culpa del otro o la de un tercero, que fracture la relación causal de atribución, ambas demandas serán procedentes, y sería sólo el monto indemnizatorio lo que podría compensarse.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA.

De ahí que resulte incuestionable la intervención de la culpa de la víctima en el hilo causal que derivó en el accidente que nos aqueja. Vale decir, si bien la responsabilidad del demandado se mantiene subsistente por

el sólo hecho de la relación de dominio, ésta, no obstante, acusa una atenuación en cuanto al grado de influencia en la generación del hecho dañoso mismo.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA.

No nos encontramos aquí ante un supuesto de concurrencias de culpas, puesto que a diferencia del Tribunal inferior, estamos juzgando sobre la base de atribución objetiva. De este modo, la concurrencia que aquí se plantea es la de causalidades, en donde una sería el factor objetivo del dueño de la cosa riesgosa y la otra la culpa de la víctima o un tercero.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad objetiva. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. DOMINIO. Prueba del dominio. CONTRATO. COMPRAVENTA.

Por otra parte, e independientemente a lo anterior, debemos resaltar como el accionado incurre en un grave error conceptual al pretender que la noción de concurrencia conlleva necesariamente la distribución en partes iguales. Nada más alejado de la realidad. Por el contrario, la idea de concurrencia entraña la participación de diferentes factores en la conformación del hecho dañoso, participación ésta que puede ser de la más variada, de modo que un factor puede tener un rango de influencia que va de lo mínimo a lo máximo.

C.S.J. Sala Civil. 16/08/2019. “Jorge Alfredo Casco Gómez c/ Miguel Ángel Paiva Krouse s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 51).

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, JIMENEZ ROLÓN y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: Ha de advertirse que el recurrente ante esta Excma. Sala Civil ha fundado promiscuamente sus recursos, sin trazar una clara delimitación entre los agravios que atienen al recurso de nulidad y aquéllos que conciernen al de apelación. No obstante ello, tras realizar una detenida lectura del escrito de expresión de agravios obrante a fs. 227/230 de autos, se permiten entrever dos argumentos que guardarían relación con el recurso de nulidad. Por un lado, aseveró que la distribución de porcentajes de culpabilidad realizada por el Tribunal de Apelación sería arbitraria y carecería de fundamento. Por otra parte, recalcó que el Tribunal inferior otorgó intereses moratorios cuando ello no había sido solicitado por la parte actora.

En lo que atañe a la falta de fundamentación, sabido es que uno de los presupuestos extrínsecos fundamentales de toda resolución judicial es que ésta se encuentre motivada. La motivación de la sentencia consiste, pues, en el deber funcional del órgano jurisdiccional de expresar las razones y fundamentos de su resolución. Es la obligación impuesta al juzgador el tomar en cuenta, en la construcción de la sentencia, todos los elementos que conforman el expediente y que deben servir de base para el análisis y posterior valoración del conflicto. Su observancia se traduce en una garantía verdadera y eficaz para los litigantes, pues es uno de los medios de evitar la arbitrariedad. El objetivo último del instituto es mantener la confianza en la justicia y, al mismo tiempo, posibilitar el control de fundabilidad por el tribunal superior en instancias recursivas.

La fundamentación, a su vez, supone que la sentencia –definitiva o de otra índole- debe ser dictada conforme con la letra de la Constitución y las leyes. Ello precisamente se sigue de la norma del art. 256 de la Ley Fundamental, norma que encuentra su reverberación en el art. 15 del Código Procesal Civil. Claramente, la fundamentación no consiste únicamente en enumerar una serie de preceptos jurídicos de determinado texto legal que se estimen aplicables a cada caso, sino que requiere además que el juzgador exponga de modo lógico las razones por las que ha decidido aplicar dichos preceptos, vinculándolos a los datos fácticos tenidos como probados o admitidos.

En lo que a este caso concierne, al dirigirnos concretamente al punto específico del fallo recurrido (f. 212), encontramos que Tribunal a quo estableció la existencia de culpa concurrente entre la parte actora y demandada y, sobre dicha base, distribuyó dicha culpa en razón de 15% a una parte y 85% a la otra. Al respecto, cabe señalar en primer orden que la posibilidad de distribuir las culpas entre las partes participantes de un hecho dañoso se encuentra explícitamente consagrado por el art. 1836 y concordantes del Código Civil. De ahí que dicha facultad recaiga naturalmente en cabeza del juzgador y no constituya de ningún modo el ejercicio de una potestad inexistente.

Luego, en cuanto a la fundamentación que exige el ejercicio de la facultad distribuidora supra aludida, encontramos que el Tribunal de Apelación desplegó un extenso análisis sobre el comportamiento ejecutado por cada una de las partes participantes del accidente de tránsito que sirve de base a esta demanda, además de haber resaltado en cada caso las normas trasgredidas por cada uno de dichos participantes, al igual que su grado de implicancia en el acaecimiento del accidente mismo. Por tanto, resulta incontrovertible la existencia de una acabada motivación que sustenta la asignación pergeñada por el Tribunal, de modo que resulta inexistente la orfandad motivacional argüida.

Hemos también señalado el argumento evocado por el recurrente respecto del otorgamiento de intereses por parte del Tribunal, cuando ellos supuestamente no habían sido peticionados por la actora. Dicho agravio supone un genuino supuesto de extra petición.

En ese sentido, constituye igualmente un requisito esencial de toda resolución judicial el que ésta sea dictada conforme con el principio de congruencia. Dicho requisito es estipulado expresamente por nuestro Código de Formas en su art. 15 inc. b), el cual impone al juzgador el deber de fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad.

Aquí, el principio de congruencia debe ser entendido como el deber que posee todo juzgador de analizar en la sentencia definitiva o interlocutoriada y cada una de las pretensiones propuestas por las partes litigantes, resolviendo todas ellas en la parte dispositiva, en forma expresa, positiva y

precisa, declarando cabalmente el derecho subjetivo de las partes, concediendo o denegando, según corresponda, exclusivamente aquello que ha sido objeto de las pretensiones.

Al analizar la parte del fallo que acomete la concesión de intereses (f. 217), encontramos efectivamente que el Tribunal principió haciendo referencia la petición hecha por la actora para que la indemnización sea actualizada a razón de un 3%. Sin embargo, el mismo Colegiado terminó interpretando dicha petitoria como una auténtica solicitud de intereses. Dicha recalificación dada por el Tribunal constituye nuevamente una facultad legítima otorgada por el ordenamiento, se trata precisamente del principio *iura novit curiae*.

Nuestro ordenamiento procesal consagra la facultad del órgano jurisdiccional de poder calificar las pretensiones de las partes de conformidad con el marco legal que éste estime aplicable, todo ello, inclusive con prescindencia de las propias calificaciones que las partes hayan podido realizar. Ello precisamente se sigue del art. 159 inc. e) del Código Procesal Civil.

La potestad así trazada autoriza al juzgador a valorar el contenido significativo de las afirmaciones fácticas que las partes hayan realizado, a los fines de situarlas dentro de los distintos tipos legales que se siguen de la ley. En efecto, toda norma jurídica contiene siempre supuestos de hecho cuya configuración constituye el elemento dimanante del derecho u obligación que de ésta resulta. De ahí que el deber principal de las partes sea aportar al proceso la plataforma fáctica sobre cuya base se edificará el constructo legal que permitirá arribar a la sentencia. Siendo ésta última labor una facultad exclusiva del juez.

Ahora bien, el ejercicio de la facultad calificativa no se presenta en modo alguno de manera irrestricta, sino que necesariamente encuentra sus fronteras en el mismo elemento que le sirve de sustrato, es decir, la pretensión. Recordemos que por medio de la pretensión una parte reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto que se ha suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Dicho acto proporciona, junto con la eventual contra-pretensión que pueda plantear el demandado, la materia alrededor de la cual el proceso se inicia, desarrolla y extingue.

De este modo, el juez podrá válidamente aplicar el derecho no invocado por las partes y aplicar el que corresponda si se lo adujo erróneamente, siempre que al así hacerlo no modifique de tal modo la imputación jurídica

del pretendiente y exceda por tanto lo debatido en el proceso, incurriendo en violación del derecho de defensa, amén de cometer una incongruencia procesal en la sentencia. En otras palabras, una cosa es la invocación del derecho y otra, completamente distinta, la atribución específica de las consecuencias jurídicas que se pretenden derivar de un hecho o la determinación de la situación jurídica en la que concretamente se busca posicionar al demandado o en la que el actor se ubica a sí mismo; queremos decir con esto que la aplicación del derecho es prerrogativa del juez quien puede por ello prescindir del invocado por las partes. Pero esa prerrogativa la debe ejercer, por supuesto, dentro de los límites o del marco definido por la imputación jurídica efectuada por el demandante, protegiendo de esta manera principios fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de ritos civiles.

En este caso, comprobamos que el Tribunal de Apelación, al momento de recalificar la pretensión de actualización monetaria, señaló, por un lado, la inexistencia de dicha figura en nuestro ordenamiento legal y, por otro, como la descripción realizada por la actora respecto de la pretendida figura correspondía a aquella de los intereses moratorios. Resulta entonces claro que el Tribunal se ciñó en todo momento a la pretensión puntual que era perseguida por el recurrente, limitándose meramente a dispensarle el parámetro jurídico que le correspondía. Por ende, la recalificación realizada se ajusta a derecho y, por tanto, no existió introducción alguna de pretensión foránea que contravenga el principio de congruencia.

Con todo lo dicho, resulta claro que el presente recurso de nulidad carece de sustentos para prevalecer y, al no existir otros vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de oficio en los términos de los arts. 404 y 113 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar el presente recurso.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: Se adhiere al voto del Ministro Alberto Martínez Simón, por sus mismos fundamentos.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR MINISTRO CESAR ANTONIO GARAY DIJO: Adhiero la opinión al voto del señor Ministro preopinante, por idénticas motivaciones. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Por S.D. N° 117 de fecha 09 de marzo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Se-

gundo Turno de la Capital resolvió: “HACER LUGAR, con costas, a la excepción de Falta de Acción opuesta por la parte demandada y en consecuencia, DESESTIMAR la presente acción promovida por el Sr. JORGE ALFREDO CASCO GOMEZ en contra del Sr. MIGUEL ANGEL PAIVA KROUSE S/ INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, de conformidad al considerando de la presente resolución. ANOTAR...” (sic.) (f. 179).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 16 de agosto de 2016, resolvió: “ANULAR parcialmente la sentencia recurrida y, en consecuencia, rechazar el incidente de redargución de falsedad deducido por la parte recurrente en la instancia anterior, e imponer las costas del mismo a la parte perdidosa, de conformidad con el exordio de la presente resolución. REVOCAR la resolución recurrida y, en consecuencia, no hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por el demandado; hacer lugar a la presente demanda y condenar al Sr. MIGUEL ANGEL PAIVA a pagar la suma de G. 13.036.875 (GUARANÍES TRECE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios al Sr. JORGE ALFREDO CASCO GÓMEZ, más los intereses devengados a partir de la promoción de la demanda hasta el dictado de la sentencia definitiva, a una tasa del 2,9% mensual, de conformidad con el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas en ambas instancias en un 55% a la parte demandada y en un 45% a la parte actora, también de conformidad con el exordio de la presente resolución. ANÓTESE...” (sic.) (f. 218).

Se agravió la parte recurrente de la sentencia dictada por el Tribunal inferior por juzgar que ésta no se ajusta a derecho. Primeramente, estimó que la determinación de los porcentajes de la culpa en la que incurrió cada una de las partes fue arbitraria, por cuanto no encontraría sustento objetivo. Igual consideración realizó en relación con la imposición de costas, la cual consideró infundada. Adujó que el Tribunal ha errado al atribuir la responsabilidad a su parte sobre la base de la norma del art. 1845 del Código Civil, cuando que dicho precepto legal no guarda relación alguna con el supuesto de autos. En ese sentido, remarcó como existe una diferencia entre la culpabilidad y la responsabilidad, y en ese sentido, señaló como la culpabilidad del accidente recae en el chofer del vehículo Mitsubishi, vehículo el cual, según destacó, no le pertenece, tal como se seguiría del informe de la

Dirección General del Registro del Automotor. Esgrimió como el Tribunal de Apelación condujo una valoración parcializada de las pruebas, por sobre todo, al establecer un vínculo laboral entre su parte y el chofer del camión. Resaltó como el Tribunal rechazó el incidente de redargución de falsedad, de modo que el contrato de compraventa realizado entre su parte y el chofer del camión resulta plenamente válido y fue, por tanto, erradamente desconsiderado por el referido colegiado. Finalmente, se agravió del monto al que su parte ha sido condenada, al igual que la tasa de interés estipulada, la cual, según manifestó, siquiera fue peticionada. Solicitó así la revocación del fallo recurrido y la confirmación del pronunciamiento de primera instancia.

Se presenta la adversa en los términos de su escrito obrante a fs. 232/235 de autos. Principió su contestación resaltando como la cuestión atinente a la graduación de la culpa no puede ser motivo de agravios por parte de la recurrente dado que no conforma parte del único punto que fue apelado, a saber, aquél referido a la excepción de falta de acción. No obstante, sostuvo que el argumento sobre la culpa concurrente se sigue de una mala interpretación dada por el apelante en cuanto a dicha figura. Al respecto, aseveró que la concurrencia de culpa implica la existencia conjunta de culpabilidad por parte de los afectados, sin que tal reunión implique en modo alguno igualdad. Por el contrario, destacó como tal conjunción puede darse en medidas totalmente diferentes. Manifestó como el fallo apelado se encuentra adecuadamente fundado, y que, la alusión al art. 1845 del Código Civil constituye un simple error que en modo alguno desvirtuaría la adecuada y suficiente motivación que se sigue de la integridad del pronunciamiento. Por otra parte, señaló como la existencia del vínculo laboral entre el señor Hugo Joel Arce y el señor Miguel Ángel Paiva resulta palmario con base en las probanzas obrantes en autos, por sobre todo, la declaración del primero de los referidos en donde expresamente reconoció ser empleado del último, además de constar en autos el informe sobre las condiciones de dominio del camión que participó en el accidente. Finalmente, indicó como la interpretación que es pretendida por el demandado en torno al art. 2071 del Código Civil carece de todo asidero desde el momento que pretende dar mayor relevancia a un instrumento privado por encima de una escritura pública. Con todo, peticionó la confirmación del fallo recurrido por ajustarse a derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se trata de determinar en estos autos la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios de fuente extracontractual promovida por el señor Jorge Alfredo Casco Gómez contra el señor Miguel Ángel Paiva Krouse; el origen de los daños reclamados se endilga a un accidente de tránsito.

A los fines de delimitar de modo cabal el ámbito competencial que posee esta Excma. Sala Civil en oportunidad de entender en el presente recurso, corresponde reiterar -de manera sucinta- los puntos específicos que han sido motivos de agravios. Así pues, el apelante rechazó la atribución de responsabilidad hecha a su parte, es decir, controvertió el análisis sobre el factor de atribución conducido por el colegiado inferior, en concreto, la responsabilidad que le fue atribuida por el daño causado por su supuesto dependiente laboral. En otro orden, estimó como arbitraria la distribución de culpabilidad que se hizo a ambas partes del proceso, junto con el modo de repartición de las costas.

Siendo este el escenario dado y, en vista de los presupuestos estudiados para la procedencia de la acción indemnizatoria perseguida en autos, tenemos que el apelante no contradice las consideraciones hechas por el Tribunal respecto de la circunstancias del accidente de tránsito que motivó la presente acción judicial. Es más, tal como se sigue del temperamento adoptado por el demandado a lo largo del proceso, en especial, del mismo escrito de oposición de excepción previa, al igual que del escrito de contestación de la demanda (fs. 24 y 33 respectivamente), éste admitió expresamente las circunstancias del accidente alegadas por el actor.

De igual manera, no cuestionó la legitimación activa del accionante, el cual, según el Tribunal inferior, se encontraría facultado a promover la presente acción como poseedor del vehículo siniestrado en los términos del art. 1835 del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva, cabe señalar que el recurrente no ha impugnado específicamente las consideraciones expuestas en cuanto a ésta, es decir, la manera en cómo se resolvió la excepción de falta de acción. No obstante, sí ha cuestionado ante esta instancia, tal como mencionamos, la falta de configuración de uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber, la atribución de responsabilidad a su persona, por estimar que no se configuró ninguno de los supuestos posibles. No se debe olvidar que -por regla- todo estudio que sea conducido para establecer la procedencia de una reclamación acarrea siempre la determinación de la titularidad del derecho invocado, de ahí que el análisis sobre la

legitimación-generalmente- se encuentre ínsito en dicho estudio. Por ende, al acometer la revisión sobre el factor de atribución en nuestro caso, ya se estará igualmente abordando la legitimación pasiva del demandado.

Por último, particular atención debemos dirigir a lo resuelto en cuanto a la cuantificación de los daños y fijación de intereses. Sobre este punto comprobamos que el recurrente se limitó a sostener su disconformidad con el monto impuesto por el órgano revisor inferior, específicamente, ha manifestado que: “se agravia mi parte por el excesivo monto a que es condenado por la simple reparación del vehículo y con una tasa de interés altísima, establecida en un 2,9% mensual...” (sic. f. 230). Pues bien, tal mera enunciación dista enormemente de constituir una crítica a los fundamentos vertidos por el Tribunal inferior, puesto que ni existe un recuento y análisis de los argumentos esbozados en el fallo, ni menos aún una exposición de las razones que los tornarían entuertos. Por consiguiente, la desaprobación manifestada en dichos términos superfluos y escuetos no deja de constituir una mera lamentación carente de toda proyección crítica, que, como tal, no se aproxima mínimamente a dar cumplimiento al art. 419 del Código Procesal Civil, por lo que no se puede estimar que exista agravio válido respecto de dichas cuestiones, de donde se sigue que las consideraciones hechas por el Tribunal de Apelación en cuanto al monto de los daños y a la tasa de interés a ser abonadas se encuentran firmes. Todo ello sin detrimento de que, claro ésta, no exista responsabilidad en primer lugar, en cuyo caso, naturalmente, ya no cabra hacer lugar a condena alguna.

Así pues, tras haberse delineado las cuestiones que serán atendidas en esta instancia, corresponde acometer la presente labor recursiva, principiando con el análisis del factor de atribución de responsabilidad. Para dicho efecto, resulta apropiado trazar un breve recuento de los supuestos fácticos del accidente de tránsito que sería dimanante de la acción pretendida. Conforme lo dejó fijado el Tribunal de Apelación, el percance vial acaeció en fecha 15 de enero de 2006y fue protagonizado, por un lado, por un camión de la marca Mitsubishi conducido por Hugo Joel Arce, y por otro, por el automóvil de la marca Peugeot conducido por Rodrigo Sergio Osorio Acosta. El automóvil, el cual se encontraba con la marcha detenida sobre la avenida Madame Lynch casi Juan de Salazar para descender pasajeros, habría sido embestido por detrás por el camión, el cual se desplazaba a una velocidad superior a 60 km/h. Como consecuencia de dicho impacto, el rodado arremetido fue arrastrado varios metros de donde se encontraba (vide: fs. 209).

Con base en tal relato, interesa determinar el tipo de responsabilidad -si alguno- que puede ser atribuido a la parte demandada. A dicho efecto hemos de recordar que el factor de atribución de responsabilidad refiere al reproche del que es pasible aquél al cual se pretende endilgar la comisión de un hecho dañoso, bien por haberlo cometido deliberadamente (dolo), bien por haber omitido las diligencias necesarias (culpa); o inclusive, como producto de una atribución objetiva impuesta por la ley con prescindencia de cualquiera de los dos elementos anteriores.

Al analizar la postura propugnada por la parte actora en lo que a esta última cuestión respecta, encontramos que ésta invocó dos tipos de responsabilidades que pretendió atribuir a la accionada. Por una parte, apeló a la responsabilidad objetiva que resulta del dominio de un vehículo automotriz, es decir, con base en el art. 1847 del Código Civil; por otra, a la responsabilidad refleja que deviene de los actos cometidos por el dependiente en relación con su empleador, según resulta del art. 1842 del mismo cuerpo legal (vide: fs. 20/22).

Esta alusión a dos órdenes de responsabilidad fue adecuadamente advertida por el Tribunal a quo, el cual principió el estudio tomando en cuenta la primera de las mencionadas. Al respecto, si bien concluyó que el demandado era propietario del vehículo cuyo dominio se le atribuía, terminó por desestimar este plano de responsabilidad en vista de la participación de otro rodado en el accidente de tránsito, de modo que se habría operado, según el Tribunal, una neutralización del factor objetivo, lo que dejaría como única vía de estudio el factor subjetivo. De ahí que posteriormente procedió a estudiar la culpa del chofer del automóvil demandado, para concluir que este incurrió efectivamente en culpa en la producción del hecho dañoso, aunque en concurrencia con el chofer del otro vehículo. Finalmente, sobre la base de la convicción alcanzada en cuanto a la existencia de una relación de dependencia entre el chofer del vehículo del demandado y éste, el Tribunal atribuyó la responsabilidad del accidente a éste último.

De cara a los argumentos vertidos por el colegiado inferior en el fallo recurrido, son varias las cuestiones cuya puntual acometida debemos aventurar para poder dar una cabal respuesta al presente recurso.

Comencemos señalando que en todos aquellos casos en que un vehículo automotor se ve involucrado en la generación de daños, se plantea la posibilidad de que se suscite más de un plano dentro del cual pueda operar la responsabilidad. Por una parte, entrará a calar la responsabilidad de

aquél que se haya encontrado en control del vehículo y que, por ende, haya sido el causante directo del daño por medio de la cosa. Por otra parte, tendremos al dueño o guardián del rodado, el cual responderá por el sólo hecho de revestir uno de los mencionados caracteres. El primer supuesto se tratará de un caso de responsabilidad por hecho propio, mientras que el segundo nos pondrá de frente a un caso de responsabilidad objetiva. A todo lo dicho se podrá adicionar el escenario en el cual, partiendo de la base de la culpa del conductor, se podrá no obstante proyectar dicha culpa a una tercera persona, en virtud del vínculo que unirá a estos dos, como por ejemplo, uno laboral.

La concurrencia simultanea de más de uno de estos planos es plenamente plausible, lo cual, de principio, no debe suscitar mayores inconvenientes. Antes bien, bastará con que se pueda realizar la imputación de responsabilidad, ora por vía objetiva, ora por vía subjetiva, para que ya resulte cumplimentado el requisito en cuestión. Por consiguiente, el órgano juzgador podrá estructurar su estudio de la cuestión de la manera que juzgue más pertinente.

Como ya adelantamos, el Tribunal de Apelación emprendió su examen con la responsabilidad objetiva. Para ello, atribuyó primeramente la propiedad del vehículo en cabeza del demandado. Tal colofón obedeció al estudio que el Tribunal condujo entorno a una escritura pública que habría acreditado la pretendida titularidad. El apelante se ha agraviado particularmente de esta cuestión por sostener que tal escritura nunca fue inscrita, amén de señalar la existencia de un contrato privado que atestiguaría como la propiedad del vehículo habría sido traspasado a quién era conductor de éste durante el accidente.

Hecha la aclaración pertinente, corresponde que analicemos la escritura pública en cuestión, la cual obra a fs. 135/137 de autos, ésta ha sido ofrecida como prueba por parte de la actora y no ha sido impugnada en forma alguna por la demandada. Por medio de ella se instrumentó la compraventa de un vehículo tipo camión de la marca Mitsubishi, rodado que fue vendido por el señor Miguel Ángel Castro y Miguelina Angélica Aquino al ahora demandado Miguel Ángel Paiva. Cabe acotar que dicho automotor fue precisamente el involucrado en el accidente que sirve de base a esta demanda. Ahora bien, es importante advertir que la escritura sometida a exa-

men no fue nunca inscrita en la Dirección de Registro de Automotores. Precisamente es esta la razón que conduce al demandado a soslayar el valor de ésta como medio para acreditar la propiedad del vehículo.

Al respecto, debemos recordar que el modo de transmisión de los automotores se encuentre reglado por el art. 2071 del Código Civil, el cual reza: “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor debe inscribirse en el Registro habilitado en la Dirección General de Registros, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado Registro.”

El artículo supra transcrito, el cual opera en concomitancia con el art. 700 inc. a) del Código Civil, sienta las bases de un mecanismo de tenor formal para la transmisión de vehículos, de modo que el acto jurídico por medio del cual se realice la transmisión en cuestión deberá necesariamente constar en una escritura pública. Además de la mentada escrituración, se requiere que el derecho dominial sea inscrito en el registro correspondiente, que en este caso es el Registro de Automotores. Sin embargo, desde ya debemos adelantar que el requisito de registración no resulta condicionante de aquél de transmisibilidad.

Para comprender esta última idea, debemos simplemente considerar la palmaria redacción del art. 2071 ya transliterado, el cual refiere a dos actos bien diferenciados, a saber, el de escrituración y el de registración. En este contexto, la conjunción adversativa “sino” contenida en la segunda parte del artículo, deja claramente sentado que sólo la escrituración tiene implicancia para la transmisión de un automotor. Pero es que por demás, no podría ser de otra manera.

A no olvidar que la función que persigue todo Registro Público, y en particular el Registro de Automotores, no es otra que la de hacer cognoscible actos jurídicos a terceros ajenos a éstos, tal como se sigue del art. 288 del Código de Organización Judicial. De este modo, la misión del Registro Público es meramente la de dar publicidad a los actos jurídicos cuya registración la ley exige, a los fines de robustecer la seguridad en el tráfico jurídico. El acto registral entraña, pues, una naturaleza únicamente declarativa, y no constitutiva.

De esta guisa, la transmisión de un vehículo jamás podrá verse enervada por la falta de registración de tal acto. Dicha ausencia registral, en todo caso, solamente producirá efectos en lo que a la oponibilidad refiere. Vale decir, el acto como tal no podrá ser oponible ante terceros, pero será

plenamente válido entre las partes con todos los efectos propios que a dicho acto caracterizan.

Con base en las consideraciones hasta aquí expuestas, se puede de igual modo adelantar las razones por las cuales el contrato privado de compraventa señalado por el demandado (vide: fs. 37/40) no puede bajo ninguna circunstancia trasuntar la transferencia de dominio alguno. En efecto, siendo que la ley es clara en señalar un requisito de forma a ser observado para la transmisión de vehículos automotores, mientras tal presupuesto no sea cumplido, no existirá traspaso de propiedad válido.

En cuanto al valor que reviste dicho instrumento privado, el art. 701 del Código Civil es lo suficientemente claro al respecto. Al tomar en cuenta que la compraventa de rodados debe imperativamente ser efectivizada por escritura pública, mientras así no lo sea, no queda concluida como tal. De esta manera, el contrato referenciado por el demandado no viene sino a constituir un simple compromiso de compraventa, es decir, un contrato de naturaleza preliminar por el cual se obligan recíprocamente los contratantes a escriturar una compraventa futura. Pero mientras tal escrituración no tenga lugar, no se opera ninguna transmisión de dominio.

Lo que en todo caso sí resulta relevante destacar al tomar en cuenta la intención del demandado de apelar al contrato privado, es que al así hacerlo, ha reconocido expresamente que al momento de la celebración de dicho acto, éste era el propietario del vehículo, hecho que resulta plenamente esclarecedor para el presente caso. De todos modos, al pasar a entender en el contenido de la escritura pública ya mencionada anteriormente, se desprende que el demandado adquirió la propiedad del camión en cuestión en fecha 21 de enero de 2010. Por tanto, al no existir constancia de que tal dominio haya sido válidamente transferido a otra persona, más aún, al patentizarse el reconocimiento del accionado de ser propietario del vehículo según los términos del contrato privado anteriormente aludido, podemos con certeza concluir que éste era propietario del rodado al tiempo del accidente.

Estamos así en condiciones de coincidir enteramente con la valoración realizada por el Tribunal de Apelación en este sentido. Luego, al quedar acreditada la propiedad del automotriz por parte del demandado, podemos comenzar a trazar las consideraciones respectivas en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable. Así, el art. 1847 del Código Civil norma la responsabilidad objetiva que deviene como consecuencia de la propiedad de

una cosa inanimada, sea ésta con o sin riesgo. En lo que a nosotros concierne, la jurisprudencia ya ha harto establecido que el supuesto del automóvil se encuadra bajo el hipotético de cosa riesgosa, de modo que el caso que nos aqueja se rige por la segunda parte del artículo susodicho. En este esquema, el dueño de la cosa riesgosa responde siempre por los daños que ésta cause, salvo que el daño obedezca a la culpa de la víctima o a la de un tercero por el cual éste no deba responder o por caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, aquí debemos advertir que el Tribunal inferior, si bien comenzó a juzgar sobre la base del art. 1847, terminó por desechar las prescripciones que de éste devienen, al estimar que el accidente se produjo por la conjunción de dos automóviles, es decir, dos cosas riesgosas. Tal circunstancia conllevaría -según el referido colegiado- a la neutralización de la responsabilidad objetiva, puesto que el factor de riesgo recíprocamente creado no podría ser atribuido en exclusividad a ninguna de las partes, razón por la cual el Tribunal decidió juzgar tomando en cuenta el criterio subjetivo (vide: f. 211 vlto.).

Así pues, tal como ya se sigue del fallo recurrido, según la doctrina de la neutralización, ante los reclamos efectuados entre sí por dueños o guardianes de cosas inanimadas no encuentra aplicación el art. 1847 del Código Civil, atendiendo a que la presunción de responsabilidad, que la mentada norma incorpora en su segunda parte, pesa sobre ambos. De este modo, se operaría una suerte de compensación de las presunciones, lo cual conduce a la solución ya vista.

Debemos sin embargo disentir actualmente con tal noción, puesto que, tal postura, conduce a la inaplicación de las claras prescripciones de una norma que no contiene ni de modo expreso ni de modo implícito ninguna excepción en dicho sentido. Por demás, se sigue de todo esto que las presunciones de responsabilidad que consagra la segunda parte del art. 1847 del Código Civil a cargo de cada propietario o guardián de cosas inanimadas, riesgosas o viciosas, involucradas en un hecho dañoso, corren paralelamente sin intersectarse. Esto es, a cada quien se lo presume responsable del daño sufrido por el otro, de suerte que quien es reclamado puede exigir igualmente la indemnización de los daños por él sufridos. En ese supuesto, si ninguno prueba la culpa del otro o la de un tercero, que fracture la relación causal de atribución, ambas demandas serán procedentes, y sería sólo el monto indemnizatorio lo que podría compensarse. Ahora, si "...sólo deduce pretensión uno de los damnificados, responde el otro con igual fundamento

y el demandado carga con la afirmación y prueba de la eximente, que no puede consistir en su falta de culpa porque este factor es extraño a la imputación objetiva del ordenamiento, sino únicamente una de las tres nombradas precedentemente. En consecuencia, al que pretende la indemnización le basta probar el contacto de sus bienes dañados con la cosa riesgosa productora del daño, e incumbe al demandado la carga de la prueba de la eximente” (CNCiv., Sala G, 4/9/91, “Biancucci, Marcelo M. c. Estado nacional-Ministerio de Defensa”, LL, 1992-C, 128, con nota de María Delia Pereiro; DJ, 1992-2-389).

Al traer a la vista todo lo hasta aquí desarrollado, podemos ciertamente predicar la responsabilidad inicial del demandado por el simple hecho de revestir el carácter de propietario del automotor en cuestión. Sin embargo, debemos considerar las demás alegaciones hechas a lo largo del juicio, y en particular, en lo que a las circunstancias del accidente respectan, de forma a esclarecer si es que han existido alguno de los supuestos excepcionales que contempla el art. 1847 en estudio.

Recordemos que la responsabilidad que pesa sobre el propietario o guardián de la cosa riesgosa puede verse morigerada o hasta exonerada toda vez que en la producción del daño intervenga la misma víctima o un tercero. Estos supuestos suponen un auténtico quiebre del nexo causal que, como tales, impiden que el daño pueda ser atribuido total o parcialmente al riesgo irradiado por la cosa.

Tal como quedó determinado en la instancia inferior en ocasión de juzgar las circunstancias del accidente, el vehículo de la parte actora también incurrió en una serie de trasgresiones de normas de tráfico, entre otras, la de detener la marcha sobre una avenida, en donde ello se encuentra explícitamente prohibido, además de realizar tal parada sin recurrir a ningún tipo de señalización que lo advierta a los demás conductores que por allí circulaban (vide: fs. 208/211). Tal temperamento constituye una clara violación de normativas contenidas en la Ordenanza Municipal 21/1994 que resultaba aplicable en aquel entonces, y de esta forma, una supina desconsideración de las diligencias esenciales a ser tomadas en la circulación de vehículos automotores.

De ahí que resulte incuestionable la intervención de la culpa de la víctima en el hilo causal que derivó en el accidente que nos aqueja. Vale decir, si bien la responsabilidad del demandado se mantiene subsistente por

el sólo hecho de la relación de dominio, ésta, no obstante, acusa una atenuación en cuanto al grado de influencia en la generación del hecho dañoso mismo.

En este sentido, cuando se consigue demostrar la parcial influencia causal de la culpa de la víctima en la producción del daño, se da la posibilidad de exonerar parcialmente al dueño o guardián. Es que, entonces, se presenta una conjunción de causas, a saber, la probada culpa de la víctima y la no eliminada presencia activa del vicio de la cosa, sin que un factor absorba al otro. (vide: LLAMBÍAS, Jorge. 1976. Tratado de Derecho Civil Obligaciones. Tomo IV-A. 13° Edición. Buenos Aires. Editorial Perrot. p. 617). Con lo dicho, no hacemos sino referir a un auténtico supuesto de concurrencias de factores causales.

A propósito de este tema, el demandado se ha agravado puntualmente en cuanto a las concurrencias de culpas, por el hecho de que tal figura presupondría, según éste, la asignación en partes iguales de la culpa, es decir, en razón de 50%/50%. Dos cosas debemos señalar en este caso. Primeramente, ya no nos encontramos aquí ante un supuesto de concurrencias de culpas, puesto que a diferencia del Tribunal inferior, estamos juzgando sobre la base de atribución objetiva. De este modo, la concurrencia que aquí se plantea es la de causalidades, en donde una sería el factor objetivo del dueño de la cosa riesgosa y la otra la culpa de la víctima o un tercero.

Por otra parte, e independientemente a lo anterior, debemos resaltar como el accionado incurre en un grave error conceptual al pretender que la noción de concurrencia conlleva necesariamente la distribución en partes iguales. Nada más alejado de la realidad. Por el contrario, la idea de concurrencia entraña la participación de diferentes factores en la conformación del hecho dañoso, participación ésta que puede ser de la más variada, de modo que un factor puede tener un rango de influencia que va de lo mínimo a lo máximo.

Al retomar entonces la labor de determinar el grado responsabilidad del demandado, tenemos que éste -de principio- responde por la totalidad del daño. Empero, al comprobarse un comportamiento negligente por parte del conductor del vehículo de la parte actora, al detenerse en una avenida de rápida circulación sin anunciar tal maniobra, se comprende que éste también ha contribuido a la ocurrencia del accidente. Es que, aun cuando la entidad riesgosa del automóvil del demandado haya sido determinante en la consecución del hecho dañoso, no es menos cierto que tal riesgo nunca

habría producido el daño en cuestión si el vehículo del demandante hubiese ajustado su comportamiento a la reglas de conducción que correspondían al lugar en donde sucedió el percance.

Por tanto, estimamos igualmente ajustada la distribución de la cuota de participación en razón de 85% y 15%, como lo hubiere fijado el Tribunal a quo, mas con la salvedad conceptual ya mencionada anteriormente. Nótese en este sentido que la reducida asignación porcentual concedida a la parte actora obedece al grado de culpa del chofer de su vehículo en la producción del accidente, el cual, si bien existente, es en última instancia de una trascendencia sustancialmente inferior a la del riesgo del vehículo del demandado. De ahí que no corresponda asignar un mayor valor a tal circunstancia.

Con todo lo dicho, tenemos que la comprobación de la existencia del factor de atribución de responsabilidad ya se encuentra cumplimentado, con lo cual ya se han configurado todos los elementos que hacen a la procedencia de una demanda indemnizatoria.

Por cierto, no pasa inadvertido que el actor ha igualmente invocado la responsabilidad que se cimienta en la supuesta relación de dependencia que existía entre el chofer de su vehículo y éste, anclando así su pretensión en la responsabilidad refleja que se sigue del art. 1842 del Código Civil. Sin embargo, al haberse ya acreditado la presencia del factor de atribución objetivo, deviene ya infecundo todo estudio sobre otro tipo de imputación. En efecto, ello constituiría un ejercicio plenamente fútil, desde el momento que la demostración -o no- de tal supuesto de atribución en nada afectaría al factor objetivo ya acreditado, de forma que ni aumentaría el grado de responsabilidad ni menos aún lo atenuaría.

Por ello, siendo que la única cuestión cuyo debate era admitido en esta instancia era aquél que refiere al factor de atribución, tenemos que, al haberse determinado la existencia de éste, corresponde solamente establecer el monto indemnizatorio. Este sentido, ya tenemos dicho que la cuantificación alcanzada por el Tribunal de Apelación no ha sido objeto de agravio valedero, por lo que corresponde tomar como base dicha suma, que asciende a G. 15.337.550, y aplicar sobre ella el porcentaje de 85% que corresponde al demandado, con lo que la condena que pesa sobre éste consiste en G. 13.036.875, tal como ya lo había fijado el Tribunal de Apelación.

En lo atinente a los intereses, tenemos nuevamente que estos no han receptado embates argumentativos por parte del apelante, de modo que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

debe estar a los intereses fijados por el Tribunal tanto en cuanto a su tasa como en cuanto a su tiempo de decurso.

En suma, corresponde confirmar el apartado segundo del fallo recurrido, en vista de las consideraciones trazadas anteriormente.

Por último, las costas sí han sido motivo de agravios por parte del apelante, quién disintió en cuanto a la forma de distribución de éstos. Al revisar el fallo recurrido, hallamos que el Tribunal dispuso las costas en forma proporcional en ambas instancias, a razón de 55% a la demandada y 45% a la actora.

Pues bien, al promover la presente demanda, la actora reclamó la suma total de G. 29.070.000 en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral (f. 22). Sin embargo, como ya quedó visto, la presente acción sólo prosperó por el concepto de daño emergente en la suma de G. 13.036.875. La suma de G. 16.033.125 fue, por tanto, objeto de rechazo; lo cual, desde un punto de vista matemático y, al aplicar la regla del art. 203 inc. c) en consonancia con el art. 193 del Código Procesal Civil, supone efectivamente una asignación de cuota en razón de 55% y 45% para la parte demandada y actora, respectivamente. Corresponde entonces confirmar la forma de imposición de costas en la primera y segunda instancia.

En cuanto a las costas en esta instancia, al tomar en cuenta que el recurso de apelación no ha prosperado y la sentencia recurrida ha sido confirmada, corresponde imponer las costas al apelante en virtud de lo dispuesto en el art. 205, en concordancia con los arts. 203 y 192, del Código Procesal Civil.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMENEZ ROLÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Se adhiere al voto del Ministro Alberto Martínez, por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR MINISTRO CESAR GARAY PROSIGUIÓ DICIENDO:

Preliminar, habrá que determinar si el accionado tiene legitimación para ser demandado en juicio. Y, en caso afirmativo, estudiar la procedencia de la demandad de indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito.

Jorge Alfredo Casco Gómez, promovió demanda contra Miguel Angel Paiva Krouse, por resarcimiento de daños y perjuicios causados en accidente de tránsito, en base a la responsabilidad prevista en los artículos n° 1842 y

1847 del Código Civil. Por su parte, Miguel Angel Paiva Krouse opuso excepción de falta de acción como medio general de defensa, esgrimiendo que no ponía en tela de juicio que el accidente ocurrió en la forma indicada por el accionante, pero negó que el vehículo con que se produjo la colisión sea de su propiedad. En tal sentido, sostuvo que la acción debió ser dirigida contra Hugo Joel Arce, quien según el es propietario del vehículo por haberlo adquirido por contrato privado (Fs. 50/2).

El artículo 700 del Código Civil, prescribe en lo pertinente: “Deberán ser hechos en escritura pública: a) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados...”. En concordancia, el artículo 701 de dicha normativa reza: “Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedaran concluidos como tales, mientras no estuviere firmada aquella escritura, valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esta formalidad...”.

En el caso, ha sido debidamente demostrado que Miguel Angel Paiva Krause adquirió el camión Mitsubishi Canter, por escritura N°1 del 21 de Enero del 2002, autorizada por la notaria pública Rosa de los Angeles Oddone de González (fs. 135/8). Así mismo, se acreditó que el 12 de Enero del 2006, fue celebrado contrato privado de compraventa respecto a dicho rodado, por el que Miguel Angel Paiva Krause vendió a favor de Hugo Joel Arce el vehículo en cuestión (fs. 39/41). Sin embargo dicho contrato privado, solo es eficiente para demostrar el negocio jurídico celebrado entre los contratantes, no así la propiedad del vehículo cuya transferencia debió realizarse con las formalidades establecidas en el art.700, inc. a) del Código Civil.

Por lo demás, el hecho que la Escritura pública de transferencia a favor del demandado no haya sido inscripta en el Registro del Automotor, no puede enervar su calidad de propietario, pues la Constitución de derechos reales está completamente desvinculada de las formas de registración. En efecto, nuestro sistema registral tiene por finalidad dar publicidad y seguridad a los actos jurídicos, según el art.1968 del Código Civil, pero no posee efectos constitutivos. Dicho de otra manera, la registración no es requisito para la validez o existencia de Escrituras públicas entre las partes, con lo que en el caso, Miguel Angel Paiva Krouse, sigue siendo propietario del

vehículo en cuestión, por lo que tiene suficiente legitimación para ser demandado en Juicio.

Entonces, habrá a continuación que dilucidar si se encuentran acreditados los presupuestos para la procedencia de la acción como ser: a) el hecho generador; b) La relación de causalidad entre el hecho y el daño; c) la imputación de responsabilidad en el agente y d) el quantum del daño.

En sub lite, no fue cuestión discutida que el accidente de tránsito acaeció el 15 de Enero de 2006 a las 4:20 hs. , aproximadamente, en la Avda. Madame Lynch casi Juan de Salazar, entre el automóvil marca Peugeot, modelo 505, color marrón, año de fabricación 1982, placa n°ASU949 Paraguay, conducido por Rodrigo Sergio Acosta, chofer de categoría particular y el camión marca Mitsubishi, modelo Canter, color blanco, año de fabricación 1981, placa n° ATL 673 Paraguay, guiado por Hugo Joel Arce, chofer de categoría Clase “B” profesional.

Tampoco existe controversia respecto a las circunstancias en que aconteció el accidente de tránsito, pues el demandado reconoció expresamente la versión dada por el actor, según se constata a fs. 24/5; 50/54. En efecto al tiempo de oponer excepción de falta de acción sostuvo: “...que el accionante asimismo sostiene que el accidente se produjo por impericia del conductor del vehículo Mitsubishi tipo Canter con chapa ATL 673, estando presumiblemente el conductor del mencionado rodado en estado de ebriedad por lo que no pudo controlar el automotor, circunstancia por la cual se produjo la coalición. Que mi parte no pone en tela de juicio que haya ocurrido el accidente en la forma que determina el accionante, pero lo que no es cierto es que el vehículo con el que se produjo la supuesta coalición sea de mi propiedad... “. (fs.24). En igual sentido, al contestar la demanda reitero: “...que mi parte no pone en tela de juicio que haya ocurrido el accidente en la forma como lo determina el accionante, pero lo que no es cierto es que el vehículo con el que se produjo la supuesta colisión sea de mi propiedad.”(fs.50).

Dicha confesión espontánea del demandado hace plena fe en juicio, respecto a la mecánica del accidente de tránsito, según lo dispuesto el art. 302 del Código Procesal Civil. Es decir, que en lugar, día y hora señalados, el automóvil Peugeot 505 guiado por Rodrigo Sergio Osorio Acosta propiedad del accionante circulaba por el carril lado derecho de la calzada de la AVda. Madame Lynch con dirección sur y que, al momento de transponer la intersección de esta con la Calle Juan de Salazar fue colisionado en la parte trasera (lado izquierdo) por el camión Canter guiado por Hugo Joel

Arce, quien también circulaba en ese momento por el carril lado derecho de la Avda. Madamen Lynch con dirección sur, detrás del automóvil Peugeot 505. Igualmente, resulta incuestionable a estas alturas que el accidente se produjo debido a la negligencia e impericia exclusiva del conductor del camión, quien al parecer se encontraba en estado de ebriedad y como consecuencia de ello se quedó dormido en el volante, no pudiendo guiar el automotor como para tratar de no colisionar con la parte trasera del vehículo no percatándose de la velocidad excesiva que imprimía a su camión, transgrediendo igualmente la distancia exigida entre los vehículos (fs. 20/1).

Se aprecia, pues, que al estar plenamente acreditada la titularidad del camión en cabeza del accionado y reconocidas expresamente por el , resulta innegable que el demandado deberá responder por el hecho ilícito por ser propietario del camión según el art.1847 del Código Civil. No obstante ello, tal responsabilidad será distribuida en 85% para el demandado, proporción que ya no puede ser aumentada en esta instancia, según disposición del art. 403 del Código Procesal civil(fs. 232/5).

Por lo demás, resulta inocuo el estudio de la responsabilidad prevista del art. 1842 del Código Civil -también alegada por el accionante- pues ya está acreditado supuesto de atribución de responsabilidad objetiva prevista en el Artículo 1.847 del Código Civil.

Respecto al monto de la condena por daño emergente, los agravios vertidos por el accionante no cumple con las exigencias del art. 419 del Código Procesal Civil. Cabe rememorar que la expresión de agravios debe puntualizar los errores imputados al sentenciante concretamente en cada caso, los motivos por los cuales se considera equivocada la resolución, extremo que no se dio en el caso. Por esa razón corresponde confirmar el fallo impugnado, fijándose el monto de la condena por daño emergente Gs. 13.036.875.

Tampoco el recurrente se agravo del computo de intereses moratorios, razón por la cual confirmar el fallo impugnado que resolvió calcularlos desde el día de la promoción de la demanda hasta el dictado de la sentencia. Sin embargo, habrá de atender el agravio referido a la tasa de interés del 2,9%, la cual el recurrente considero excesiva. En tal sentido atendiendo la publicación del Banco central del Paraguay respecto al promedio ponderado de las tasas nominales, vigentes al tiempo de promoción de la demanda (26 de setiembre de 2006), cabe modificarlas dejándolas en 1,5% mensual.

Referente a la imposición de costas en Primera y Segunda instancias, corresponde aplicarlas a la perdidosa, en atención al principio objetivo de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

derrota que rige en nuestra normativa previsto en los arts. 192 y 205 del Código Procesal Civil.

Ello así, pues quien obtiene pronunciamiento adverso a la posición jurídica que adopto en el proceso reviste la calidad de perdidosa y debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de sus derechos. Es que “Las costas en tanto erogaciones necesarias hechas por los sujetos del proceso para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden, deben ser íntegramente resarcidas al vencedor por quien resulto objetivamente derrotado en el debate judicial, debiendo acordarse su excepción solo excepcionalmente frente a fundadas razones que justifiquen el apartamiento del principio de estricta objetividad con que debe resolverse lo concerniente a la imposición de aquellas” (AR/JUR/5579/2.2005).

Por las motivaciones explicitadas, corresponde afirmar parcialmente el fallo impugnado. Las costas en esta Instancia también deberán ser impuestas a la perdidosa, a tenor de lo dispuesto en los arts. 192 y 205 del Código Procesal civil. Es mi voto.

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

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

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el apartado segundo del Acuerdo y Sentencia Número 58, con fecha 16 de Agosto del 2.016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, en atención a las consideraciones expuestas en exordio de la presente Resolución.

IMPONER las Costas al apelante en esta Instancia.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Eugenio Jiménez Rolón, Alberto Martínez Simón y César Antonio Garay.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 53

Cuestión debatida: *El fallo en estudio trata de una demanda de indemnización de daños y perjuicios presentado por la señora Isidora Contreras en representación de su hija María Belén Ramírez. Por Sentencia Definitiva N° 6 de fecha 01/02/2012, el Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda de indemnización de daños y perjuicios. Según Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 11 de abril de 2014, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial resolvió rechazar el recurso de nulidad y revocar la S.D. N° 06 de fecha 01/02/2012. Los agravios del caso versan sobre el daño emergente y daño moral a causa de una intervención médica a su hija, por parte de la señora Ana María Macchi, Anestesióloga.*

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva.

Los fallos deben, pues, ser congruentes con la forma en que ha quedado trabada la litis, bajo pena de nulidad. No pueden resolver ultra petitem, es decir, más allá de lo pedido por las partes; extra petitem, o sea, fuera de los términos del circuito litigioso; ni citra petitem, esto es, omitiendo alguna de las pretensiones deducidas.

Sin embargo, el inferior no ha sabido interpretar apropiadamente la pretensión por daño moral, la que, si se mira con atención, ha sido promovida por la señora Isidora Contreras, única y solamente en representación de su hija y de ninguna manera por derecho propio. Los términos literales, expuestos en el escrito inicial, no pueden dejar el menor resquicio de duda: “Por ser la damnificada directa y conforme lo dispone el art. 1835 del CC corresponde a la menor afectada reclamar en este concepto” (f. 18). El sentido de la pretensión es todavía más concluyente si se considera lo dispuesto, en lo pertinente, por la norma civil a que se hace alusión: “La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo”. Pues bien, a pesar de la aparente claridad, el Tribunal ha considerado que tanto madre como hija han sufrido daño moral, fijando el crédito indemnizatorio en la suma de Gs. 10.000.000, sin discriminar siquiera cuánto correspondía

a cada una, para finalmente pronunciar condena estableciendo que es la señora Isidora Contreras la acreedora de dicha suma de dinero.

En resumidas cuentas, el fallo recurrido debe ser anulado, por una parte, por extra petición, por haber juzgado una pretensión no promovida a nombre propio por la señora Isidora Contreras y, por la otra, por citra petición, dado que finalmente no ha resuelto la pretensión por daño moral intentada por María Belén Ramírez Contreras. El juzgamiento omitido será hecho en sede de apelación, donde, habrá de respetarse el principio de reformatio in peius, toda vez que la señora Macchi, al ser la única que ha recurrido, no puede obtener de esta Sala Civil una condena más grave que la establecida en su contra en la instancia inferior.

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva.

En cuanto anula la condena por daño moral por dos razones: por extrapetición, al haber otorgado a la madre, la señora Isidora Contreras, una pretensión -indemnización en concepto de daño moral- que no reclamó a nombre propio, sino solo en representación de su hija, entonces menor de edad -María Belén Ramírez- como damnificada directa. Asimismo, por citrapetición, al no haber resuelto la pretensión por daño moral propuesta por María Belén Ramírez, ahora mayor de edad.

La irregularidad anotada efectivamente constituye una afrenta al principio de congruencia, cuya declaración de nulidad -de oficio- es autorizada por el Art. 420 del C.P.C., en concordancia con el Art. 113 del mismo cuerpo legal. Ciertamente, la inobservancia del imperativo legal es expresamente sancionada con la nulidad, según establece el Art. 15 del C.P.C., en consonancia con el Art. 159 incisos c) y e) del mismo cuerpo legal.

Asimismo, por aplicación del Art. 406 del C.P.C., el pronunciamiento omitido debe ser abordado en sede de apelación, y teniendo en cuenta en este caso la limitación que supone el principio de la reformatio in peius.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual.

La adversa contestó el traslado corrídole a través del escrito obrante a fs. 797/806. Manifestó que la prueba pericial ofrecida no reúne los requisitos exigidos por el código de forma. Adicionalmente a ello, expresó que las conclusiones de los peritos no incluyeron si las secuelas que afectan a la

paciente eran normales, temporales o irreversibles. Indicó que la propia demandada confesó haber conocido los antecedentes clínicos de la paciente y su rechazo a algunas drogas, omitiendo realizar una prueba de tolerancia a la droga anestésica a serle aplicada. Finalmente, petitionó la confirmación con costas de la recurrida.

El fallo sometido a la revisión sustancial de esta Sala Civil revocó la decisión del a quo de rechazar la demanda promovida por la señora Isidora Contreras, por derecho propio y en representación de la entonces menor María Belén Ramírez Contreras, condenando en consecuencia a la señora Ana María Macchi a pagar a la señora Contreras la suma de G. 9.200.000 en concepto de daño emergente, a un 2% de interés mensual computado desde la notificación de la demanda, más la suma de G. 10.000.000 por daño moral –condena esta última que ha quedado anulada–.

Antes de pasar revista a los fundamentos que han servido de sustento a dicha decisión, servirá recordar que el conflicto que nos convoca reconoce por origen la intervención quirúrgica de fecha 06 de mayo de 2003 llevada a cabo por el cirujano Juan José Escauriza en el Hospital Policlínico de la Policía Nacional sobre la entonces menor María Belén Ramírez Contreras, en la que había actuado como anesthesióloga la señora Ana María Macchi. La madre de la intervenida ha presentado demanda, por sí y por su hija, contra los citados profesionales, además de demandar al Estado Paraguayo y a la Policía Nacional –habiendo quedado todos desvinculados del juicio a excepción de la codemandada Ana María Macchi- relatando que, previo a la operación, que obedeció a una hernia inguinal, fueron realizados todos los estudios médicos pertinentes, los que resultaron óptimos, sin que nadie le advirtiera sobre riesgo alguno y menos sobre la posibilidad que su hija quedara en estado de coma, con daños neurológicos irreversibles, alteraciones físicas, neurológicas y psíquicas, tal como sucedió según sus alegaciones. Aseguró que mediante conversaciones con médicos y enfermeras se enteró que el accidente ocurrido se debió a que se suministró a la niña una droga anestésica que no logró resistir y que derivó en una falta de oxigenación cerebral. Luego de hacer una reseña de las vicisitudes por las que tuvo que transitar junto a su hija y de apuntar que la señora Macchi solventó los dos primeros meses de tratamiento en el Centro de Rehabilitación del Niño Impedido Físico –por sus siglas, CERENIF-, alegó que tanto el cirujano como la anesthesióloga, le acercaron una propuesta de reparación, la cual consideró inapropiada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El Tribunal inferior se ha decantado por la atribución de responsabilidad a la anestesióloga, luego de considerar, principalmente, que la misma había soportado los primeros gastos de recuperación de la intervenida, y de tener en cuenta la testimonial de la señora Tomasa Vázquez Torres así como la absolución de la codemandada, en la que había reconocido tener conocimiento que la niña había presentado intolerancia a las drogas con anterioridad a la operación. Por esto último, el inferior concluyó que era deber de la anestesióloga tomar mayores recaudos para asegurarse que la niña resistiría las drogas a ser utilizadas en las dosis necesarias.

En su memorial de agravios de fs. 790/795, la apelante procuró desmeritar el fallo en revisión tachándolo de inmotivado, a la par de añadir que el inferior se ha apartado de las constancias de autos y que ha prescindido de pruebas decisivas, de las cuales hace transcripción y/o cita seguida. Criticó también la recurrente el valor probatorio que se ha dado a la testimonial de la señora Tomasa Vázquez Torres, para luego asegurar que no se ha aportado prueba del daño moral cuyo resarcimiento se demanda, el cual no puede ser tomado aquí como acreditado *in re ipsa*.

Las demandantes contestaron el traslado respectivo manifestando, en primer lugar, que la pericia practicada en autos no puede ser tomada en cuenta por no haberse hecho con las formalidades que manda el rito civil. A continuación, alegaron que la condena de la señora Macchi encuentra suficiente sustento en las pruebas producidas en autos, de entre las cuales destacan: a) los recibos de dinero otorgados a su favor por la señora Isidora Contreras, agregados por la misma señora Macchi; b) la declaración testimonial de la mencionada señora Tomasa Vázquez Torres y c) la absolución de posiciones de la señora Macchi, en la que habría confesado conocer que la niña tenía un historial de enfermedades y de intolerancia a las drogas, que habría hecho obligatoria la realización de una prueba de tolerancia anestésica.

Delineados así los términos del debate mantenido en esta instancia, va de suyo que el análisis que se propone exige una previa introducción teórica y jurisprudencial de lo que se conoce como responsabilidad médica. En ese orden, se ha expuesto de forma muy precisa -Acuerdo y Sentencia N° 96 de fecha 30 de agosto de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala- que esta disciplina ha ido modificándose en el curso de los años a través de una continua evolución que refleja no solo el progreso de la ciencia médica en cuanto tal, sino también el desarrollo de

cuestiones siempre debatidas en la ciencia jurídica, como ser la naturaleza y distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, así como la repartición de la carga de la prueba y la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, todos asuntos de puro derecho y estrechamente vinculados con las cuestiones que aquí nos ocupan.

Ahora bien, es evidente que en el caso de los servicios médicos y hospitalarios estamos frente al tipo de responsabilidad contractual, es decir, la derivada de una relación previa acordada o establecida de algún modo por las partes. No estamos ante el tipo de responsabilidad proveniente de un ilícito. Esta precisión es necesaria puesto que los elementos que se deben analizar para determinarlas tienen sus diferencias en el tratamiento y en la aplicación normativa. Sobre esto no pueden haber dudas, puesto que la casi totalidad de la doctrina indica que la relación paciente–médico es de naturaleza contractual (en nuestro país, TORRES KIRMSER, José Raúl; Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley Paraguaya, Asunción 2^a ed., 2001, pág. 51; para el extranjero, véanse, entre otros, las precisiones de TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, 1^a ed., Buenos Aires 2005, tomo II, págs. 307 y 308, donde la profusión de doctrina conforme exime de ulteriores citas al respecto). En idéntico sentido, véanse las sentencias de la Casación italiana Cass. 22.12.1999, n. 589; Cass., 29.9.2004, n. 19564; Cass., 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085/2006, entre muchas otras. Cabe, pues, analizar la controversia, en su totalidad, a la luz de los principios de la responsabilidad contractual, lo que, desde la perspectiva de los médicos, se refuerza si se considera que este tipo de responsabilidad se configura cuando hay “un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado” (ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M; Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2^a ed., 2000, pág. 153).

Siendo que se trata de una responsabilidad contractual, la primera consideración que cabe hacer es la existencia o no de un incumplimiento contractual. Y ello es así porque la existencia del incumplimiento hace, en la responsabilidad contractual, una inmediata referencia al segundo presupuesto de procedencia, que es el factor de atribución, que será primariamente subjetivo. En efecto, establecido el hecho del incumplimiento, cabe al incumpliente exonerarse y demostrar que de su parte no hubo culpa, la que se presume a partir de ese hecho de incumplimiento, aduciendo y probando

una causal de exculpación, como el caso fortuito o la culpa del acreedor de la prestación contractual. En pocas palabras, se siguen aquí simplemente los criterios que rigen la carga de la prueba en toda relación contractual, según la cual el actor debe probar la existencia del contrato y la del incumplimiento, y al demandado incumbe la prueba de la ausencia de culpa; en este sentido, el ejemplar fallo de las Secciones Unidas de la Casación italiana, Cass. n. 13.533, del 30 de octubre de 2001, es de lectura casi obligada, por la claridad de conceptos y la densidad argumentativa en tal sentido.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Así pues, el hecho del incumplimiento tiene una relevancia crucial para discernir cualquier demanda de responsabilidad civil contractual. Y en el menester de determinar si tal hecho se dio o no en el presente caso, debemos primeramente establecer el contenido de la prestación en el contexto de la relación contractual existente entre las partes.

Y aquí se entra de lleno a la cuestión relativa a la determinación de si la prestación médica es una obligación de medios o de resultados. Cabe destacar que un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia actuales ha abandonado este distingo como categoría dogmática, empleándolo más bien solo en un sentido descriptivo, en cuanto al análisis de las particulares circunstancias del caso, entendido esto tanto en los aspectos atinentes a la concertación o acuerdo de lo debido, como a la ejecución o desarrollo posterior de la relación contractual.

En pocas palabras el debate ha dado lugar a orientaciones diversas; es, sin dudas, seguido por parte de la doctrina (véase la extensa exposición que hacen TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 1ª ed., 2005, tomo II, págs. 347 y siguientes; este criterio, sin embargo, no lo acogen *tout court*, sino que tan solo *prima facie*, a tenor de la afirmación contenida en la p. 352 de la mentada obra). En nuestro país se recepciona la distinción con muchos matices (Vide: TORRES KIRMSER, José Raúl; Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley Paraguaya, Asunción, 2ª ed., 2001, pág. 51); y en otros ordenamientos, afines al nuestro por tradición jurídica, la distinción resulta incluso rechazada; en tal sentido, véase lo puntualizado por MIRIELLO, Cesare; *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, en la revista “La responsabilità civile”, número 3, año 2009, págs. 228 y 229. Los

autores más modernos y autorizados en tema de responsabilidad civil son inequívocos en indicar que, una vez mantenido el régimen de prueba en materia contractual como lo reseñamos más arriba, la distinción adquiere un valor meramente descriptivo, e incluso si se la quisiera conservar “debe puntualizarse que esta elección no tiene ningún tipo de incidencia en el régimen de responsabilidad del profesional liberal ni respecto de la carga de la prueba” (FRANZONI, Massimo; *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2010, pág. 257).

Así las cosas, hemos de decir que, en principio, la prestación médica es prestación de servicios, una actividad dirigida a la obtención de un resultado, cual es la curación del paciente, que en sí mismo no es, en todos los casos, debido; pero que debe llevar aparejada, necesariamente, la existencia de otros deberes de resultado, estos sí, absolutos. Ejemplo de ello sería la prescripción de una terapia curativa, acto éste el de prescribir que, en sí mismo, constituye indudablemente un resultado; no ha de negarse que dicha prescripción también es pretendida, buscada y anhelada por el paciente que concurre al consultorio clínico.

Ahora bien, asumido y establecido que la prestación médica es primordialmente una actividad e importa el empleo de medios, es obvio que no cualquier medio satisface su cumplimentación, sino solo ciertos medios técnicos, dirigidos hacia un resultado positivo, que es el que se quiere alcanzar. Y por lo mismo importa también la elusión de ciertos resultados negativos, que son los que se han de evitar. La implicación de estos dos extremos se encuentra presente, con diversas variantes dependientes de las circunstancias, en todas las relaciones de prestación de servicios médicos.

En esta línea argumental, las operaciones o intervenciones médicas sencillas y rutinarias normalmente no derivan consecuencias de gravedad para la salud del paciente, de modo que, cuando así sucede, se concluye por vía de presunción que debió haber mediado una conducta negligente del profesional en cuestión. En otras palabras, si la persona casi fallece, lo cual es un evento o resultado no ordinario o conforme con el tipo de procedimiento médico, toca entonces al prestatario o prestatarios del servicio explicar la aparición de un evento fortuito que ocasionó tal resultado. La explicación debe ser suficiente en el sentido científico y también ser específica; no basta con aludir genéricamente a condiciones preexistentes en el paciente o a aleatoriedades generales.

Entonces, de acuerdo con este principio, y considerando los postulados de la jurisprudencia más evolucionada en la materia que nos ocupa, es decir, en hipótesis de operaciones de rutina, el paciente, para cumplir con la carga de la prueba del incumplimiento sólo debe demostrar que la operación fue corriente, rutinaria o fácil de realizar, y que de la misma derivó un resultado peor del previsible; ante una circunstancia como ésta no cabe sino presumir la inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional del médico (Cass. civ., sez. III, 11 de abril de 1995, n. 4152, en Giust. civ. Mass. 1995, 807; Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1993, n. 11287, en Giust. civ. Mass. 1993, fasc. 11; Cass. civ., sez. III, 1 de febrero de 1991 n. 977, en Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 2, y en Giur. it. 1991, I, 1, 1379; Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1988, n. 6220, en Giust. civ. Mass. 1988, fasc. 11; Cass. civ., sez. III, 21 de diciembre de 1978 n. 6141, en Arch. civ. 1979, 335, y en Foro it. 1979, 4, I; Trib. Roma 10 de octubre de 1992, in Giur. it. 1993, I, 2, 337).

Así las cosas, establecido que el paciente obtuvo un resultado perjudicial, es decir, el empeoramiento de la enfermedad o la aparición de una dolencia nueva, la carga de la prueba pasa al médico, quien para liberarse de su responsabilidad debe “probar en contrario, es decir, demostrar que la operación fue ejecutada idóneamente y que el resultado perjudicial fue ocasionado por un hecho fortuito e imprevisible o bien por la presencia de una situación de particular condición física del enfermo, no comprobable previamente con el criterio de la diligencia profesional ordinaria” Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1993, n. 11287, in Giust. civ. Mass. 1993, fasc. 11.

En suma, juegan aquí las presunciones hominis, como factor que contribuye a la carga de la prueba y a la apreciación de la misma conforme con lo dispuesto por el art. 269 del Código Procesal Civil. Es decir, una vez demostrada la relativa sencillez de la intervención quirúrgica, es normal entender que la misma no puede tener, de ordinario, el resultado de empeorar la situación clínica del paciente; por ende, ante dichas situaciones, el incumplimiento contractual negligente es presumido y el médico interviniente es quien debe demostrar, en dichos casos, la pericia y corrección de su actuar en el caso concreto; es decir, los elementos que lo eximan de su responsabilidad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. Carga de la Prueba.

Así las cosas, establecido que el paciente obtuvo un resultado perjudicial, es decir, el empeoramiento de la enfermedad o la aparición de una dolencia nueva, la carga de la prueba pasa al médico, quien para liberarse de su responsabilidad debe “probar en contrario, es decir, demostrar que la operación fue ejecutada idóneamente y que el resultado perjudicial fue ocasionado por un hecho fortuito e imprevisible o bien por la presencia de una situación de particular condición física del enfermo, no comprobable previamente con el criterio de la diligencia profesional ordinaria” Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1993, n. 11287, in Giust. civ. Mass. 1993, fasc. 11.

En suma, juegan aquí las presunciones hominis, como factor que contribuye a la carga de la prueba y a la apreciación de la misma conforme con lo dispuesto por el art. 269 del Código Procesal Civil. Es decir, una vez demostrada la relativa sencillez de la intervención quirúrgica, es normal entender que la misma no puede tener, de ordinario, el resultado de empeorar la situación clínica del paciente; por ende, ante dichas situaciones, el incumplimiento contractual negligente es presumido y el médico interviniente es quien debe demostrar, en dichos casos, la pericia y corrección de su actuar en el caso concreto; es decir, los elementos que lo eximan de su responsabilidad.

En otras palabras, como se decía ya en derecho antiguo y lo subraya la mejor doctrina: “opera aquí la técnica probatoria de la res ipsa loquitur, en cuya base, de acuerdo a una regla de experiencia común, permite al juez la imputación de responsabilidad al médico, presuponiendo la razonabilidad de atribuir un evento determinado a una conducta negligente” (FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano, Giuffrè, 2ª ed., 2010, p. 262). Es decir, volvemos a reiterarlo, la presunción hominis se construye sobre la base de que la operación de dificultad menor no lleva, de ordinario, a la muerte o al empeoramiento de la situación del enfermo; por lo que, de producirse esta circunstancia, la misma exorbita el curso normal y ordinario de las cosas, y consiguientemente coloca en cabeza del médico la necesidad de probar y explicar las causas que condujeron al resultado disvalioso.

Ahora bien, aquí no debe perderse de vista, sin embargo, que no parece haber discusión entre las partes que el resultado indeseado obedeció a una reacción anestésica. Obviamente, las demandantes sostienen que la

anestesióloga se apartó de su *lex artis*, suministrando una droga no resitada por la menor, sin haber realizado previamente una prueba de tolerancia anestésica ni informado sobre los riesgos, mientras que la señora Macchi, si bien reconoce que la intervenida tuvo “...una reacción inesperada a las drogas...” (f. 348 vlto.), alega que ningún acto anestésico está exento de riesgos de accidentes de este tipo y que en todo momento ajustó su actuar al protocolo que para el caso regía.

Pues bien, más allá de los pormenores del acto anestésico alegados por las partes, lo que interesa en primer término es que el resultado lesivo puede ser tenido por acaecido como consecuencia de una reacción a la anestesia. No es distinta, por lo demás, la conclusión a la que arriban las pericias que se han practicado en relación con el desafortunado suceso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. Teoría del daño desproporcionado.

Es de advertirse, además, que la derivación más trascendente de dicha conclusión –de que el daño es producto de una reacción a la anestesia– es la de impedir la aplicación de la teoría del daño desproporcionado de la que antes se había hablado. Ello es así por la sencilla razón que el acto anestésico de por sí comporta siempre un grave riesgo para la salud y la integridad del paciente, de donde no es dable presumir que un desenlace desventurado sea negligencia del profesional anestesiólogo. Es abundante la jurisprudencia que en ese sentido se ha pronunciado, pudiendo aludirse en primer lugar a la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 30 de julio de 2009, que ha juzgado el caso de una paciente que, tras una cirugía mamaria, resultó con una paraparesia derivada posteriormente en un “síndrome de cola de caballo”. Considerando que el incidente se encontraba dentro de los riesgos del acto anestésico, los juzgadores señalaron que no era posible la aplicación de la teoría del daño desproporcionado y que no cabía atribuir el desenlace a una mala práctica médica ni era posible evitarlo por no haber existido un factor de riesgo que podría haber permitido a la facultativa conjeturar un posible accidente. En juicios posteriores el Tribunal Supremo se mantuvo en el mismo sendero, señalando que “la doctrina jurisprudencial relativa al daño desproporcionado y que justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que probar el nexo causal, no es de aplicación al caso enjuiciado en el que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de un accidente anestésico. Nos encontramos

ante un daño indeseado o no satisfactorio que, por encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, no permite la inversión de la carga de la prueba, solo aplicable para supuestos en los que, pese a no tratarse de una situación comprometida o de riesgo se llega a resultados insólitos y desproporcionados de gravedad” (Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Contencioso Administrativa, 18 de diciembre de 2009); “Sin duda para cualquier profano en temas médicos, la intervención de una hernia inguinal no debería tener en principio como resultado la paraplejía del intervenido. Ahora bien, el daño tiene su origen en la aplicación de la anestesia y es indudable que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente” (Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, 22 de setiembre de 2010).

Este último pronunciamiento es de particular relevancia para el caso de autos. No sólo por tratarse de una intervención quirúrgica de la misma dolencia que la que aquejaba a María Belén Ramírez Contreras –hernia inguinal- sino por lograr distinguir la simplicidad de la afección motivadora de la operación, de la complejidad y de los riesgos ínsitos al acto anestésico. “Así, una determinada dolencia puede ser banal y requerir para su terapia una intervención quirúrgica sencilla y de escaso riesgo, pero ello no implica que el acto anestésico sea, asimismo, sencillo y de bajo riesgo. Pensemos, a título de ejemplo, en un paciente cardiópata, hipertenso y diabético que padece un edema de Reinke en ambas cuerdas vocales, al que se le practica una microcirugía laríngea, bajo anestesia general, para tratar tal proceso; podremos afirmar que la enfermedad laríngea que padece y la técnica quirúrgica practicada son sencillas y de poco riesgo, pero la anestesia, por el contrario, es en este supuesto de alto riesgo. En el caso de que en el curso de esta cirugía surgiera una complicación cardiaca que provocara el fallecimiento del paciente, un profano podría pensar que se trataba de un daño desproporcionado (esgrimiendo al respecto que «un paciente se interviene de un edema de Reinke y fallece»), pero en puridad tal fallo cardiaco constituye uno de los riesgos típicos de la anestesia de este paciente y, por lo tanto, no debe calificarse en modo alguno de desproporcionado o clamoroso, por

cuanto no lo es” (GALÁN GUTIÉRREZ, J.C. y GALÁN CORTES, J.C.; “Responsabilidad en anestesiología: teoría del daño desproporcionado” en Revista española de anestesiología y reanimación, 2013; 60(8), pág. 463).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. Pericia.

La ponderación de tales factores requiere, como de otra manera no podría ser por el elevado tecnicismo de la ciencia médica, que nos remitamos a la pericia practicada en autos y, en su caso, también a las realizadas en el curso de la investigación fiscal que se propuso indagar sobre las responsabilidades penales del incidente. El inferior ha descartado el valor probatorio de la pericia que el a quo encomendó al médico cirujano Domingo Arnaldo Mendoza, bajo el argumento de que no fue realizada por tres peritos, tal como –en su decir- lo exige el rito civil. Su interpretación es errada, sin embargo. Si se leen con atención las normas que disciplinan la prueba pericial; se verá que al contestar el traslado del escrito en que se propuso la prueba en cuestión, la parte bien puede manifestar su conformidad con el perito propuesto por el oferente de la prueba. Ello demuestra que no existe la exigencia de que las pericias sean realizadas por tres especialistas y sí sólo la posibilidad de proponer otro perito, debiendo entenderse que si no se hace uso de tal prerrogativa, como en este caso sucedió, es porque no se tiene reparos de que lo haga el nombrado por la contraria (art. 346, inciso a).

Dicho ello, y aunque en realidad sobre esto no se ha producido polémica, interesa destacar que el perito ha considerado apropiada la técnica utilizada por la señora Macchi, citando suficiente bibliografía científica que se decanta por la aplicación de anestesia general para la inducción al estado de narcosis en niños a ser intervenidos por hernia inguinal. Seguidamente, acerca de las drogas utilizadas y sus dosis, el perito se detuvo en cada una de las suministradas a la intervenida, haciendo un desarrollo de su uso práctico y de las cantidades recomendadas según el peso del sujeto. Aunque parece no sorprenderle las dosis empleadas, aquí hemos de convenir con el perito Lemir –quien actuó como médico forense del Ministerio Público en la referida investigación que obra por cuerda separada (fs. 61/63, o bien 165/167 de estos autos)- de que las empleadas en ciertas drogas impresionan como muy bajas, lo cual enciende cierta sospecha sobre la veracidad de lo asentado en la ficha operatoria en cuestión (f. 266). A título de ejemplo, como medicación preanestésica se utilizó el fármaco midazolán en cantidad de

0,05 mg., cuando que la dosis recomendada según el mismo perito Mendoza es de 0,5 mg. por kg. de peso del paciente, vale decir, 9 mg. en el caso de María Belén Ramírez Contreras que entonces llegaba a los 18 kg. Lo mismo puede decirse del atracurio, relajante muscular, el cual se ha asentado como dado en dosis total de 0,8 mg, siendo que la dosis habitual, de nuevo según el mismo perito Mendoza, es de 0,9 mg. por kg. de peso.

Es verdad que el perito Lemir ha aclarado que la anestesiología no es su especialidad y que por ello ha solicitado se forme junta médica con expertos en la materia; pero no es menos cierto, incluso hasta para el lego en materia médica, por las mismísimas máximas de experiencia, lógica y hasta sentido común, que las dosis empleadas en una intervención no pueden encontrarse tan alejadas de las recomendadas por la literatura científica más aceptada, como aquí sucede. Desafortunadamente, al no haberse realizado de inmediato un análisis que detectara los niveles en sangre de los principios activos en cuestión —obviamente, imaginamos, por la premura que imponía el estado comatoso de la menor—, no hay manera de saber si se incurrió en falsedad en los registros asentados. Sin embargo, está más que claro, que a pesar de dicha imposibilidad, no podríamos dejar de resaltar lo llamativo de las dosis que se dicen empleadas.

Por lo demás, parece éste buen momento para referirse y de paso restar todo valor probatorio a las pericias realizadas por el Círculo Paraguayo de Médicos (f. 77), la Sociedad Paraguaya de Anestesiología (f. 78) y la Junta Médica a la cual la Agente Fiscal encomendó el trabajo a pedido del perito Lemir (f. 97). Todas ellas tienen como denominador común conclusiones meramente dogmáticas, es decir, no precedidas por explicaciones que permitan comprender, por vía de lógica, de qué manera o por qué motivo se ha llegado a ellas, o en qué opiniones o principios científicos se han basado. Así, por ejemplo, las primeras dos pericias citadas, han señalado sin más preámbulo que “...los pasos secuenciales en la administración de la anestesia han sido correctos y una vez ocurrido el accidente se han tomado todas las medidas correctivas del caso con diligencia”. Está claro que en un análisis serio tales consideraciones no pueden otorgar la más mínima convicción al juzgador, a quien de tal manera no se permite saber y, por ende, verificar cuál fue el proceso intelectual previo que ha llevado a los expertos a concluirlos. Ya lo dice el mismo art. 360 del rito civil, que en la valoración de la fuerza probatoria de los dictámenes deben tomarse en cuenta los principios científicos que lo sustentan. La razón de ser de las pericias, precisamente, es la de

esclarecer al juzgador un punto controvertido de la litis que, por su grado de tecnicismo, exige el concurso de un experto. Desde ese punto de vista, va de suyo que el especialista en cuestión debe proporcionar al órgano jurisdiccional información suficiente que le permita comprender lo más acabadamente posible el fenómeno analizado, las distintas variables que entran a tallar en él, amén de desarrollar el proceso lógico que ha servido de base a las conclusiones, sin descuidar las referencias bibliográficos que vengan en sustento de cuanto se afirme.

Pues bien, aunque ciertamente existen ciertas dudas sobre la actuación de la anesthesióloga en la fase operatoria, hasta aquí no se han juntado elementos de convicción suficientes como para justificar una condena por mala praxis médica. Los puntos periciales relativos a la monitorización y reanimación de la intervenida una vez detectadas las señales de alarma tampoco arrojan mayor luz sobre la cuestión. Ahora, aunque completa, la pericia no alcanza a cubrir todos los factores de responsabilidad de la anesthesióloga. De hecho, ninguno de los puntos propuestos ha versado sobre la fase preoperatoria, acaso de tanta importancia como la operación misma. Se ha dicho con claridad que “en esta fase las conductas del cirujano y del anestesista serán totalmente independientes, siendo responsabilidad del anestesista: la revisión de la historia clínica, es decir, tanto de los datos objetivos diagnósticos suministrados por el laboratorio, los electrocardiogramas, la radiología [...] como la revisión de hojas anteriores de anestesia -cuando sean pertinentes y accesibles-; la entrevista con el paciente incluyendo historial de medicaciones, alergias, experiencias anestésicas previas, historial familiar, hábitos; examen físico completo; examen físico del enfermo según la clasificación A.S.A., especificando las patologías asociadas médicas y quirúrgicas y, valorando el riesgo anestésico quirúrgico, es decir, la posibilidad de daño o lesión durante o después de la actuación profesional del especialista; la información del plan anestésico al paciente -incluyendo el consentimiento expreso y por escrito- y, finalmente, la premedicación anestésica” (SERRANO GIL, Alfonso; La responsabilidad civil del médico anestesista, Tesis doctoral presentada a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015, pág. 251).

Acerca del análisis de la historia clínica de la paciente, de la indagación de sus patologías previas, su reacción a las drogas en general y el historial familiar, viene rápidamente a la memoria la alusión que hiciera el

inferior a la respuesta dada por la señora Macchi a la posición decimoprimera que se le dirigiera en oportunidad de la confesoria a que fue sometida en la baja instancia. Sin dudas, su relevancia e incidencia nos obligan a hacer transcripción. Requerida que confiese que fue el estado de profunda anestesia el causante de la hipoxemia de la intervenida, respondió: “no es verdad, y agrega que como lo tiene expresado la niña ya no tenía drogas y solo es explicable como una reacción idiosincrásica a las drogas, sin saber cuál de ellas, reacción que ha presentado MARIA BELEN en situaciones anteriores y consultas posteriores a este acto anestésico en donde ha reaccionado en forma de no tolerar a medicamentos incluso por vía oral, como figura en consultas anteriores y posteriores. La niña ha tenido innumerables enfermedades como bronquitis y neumonía con internación, vómitos incoercibles con internación, diarreas con internación, reacción a drogas, intolerancia a drogas y también conozco que la madre ha tenido reacciones de intolerancia a anestésicos en tres situaciones de su vida como ser la cesárea de la niña y (dos abortos que ha tenido, ocultados por ella en el pre-anestésico), referidos por ella y por una familiar durante el tiempo largo en que yo estuve con ellos haciéndome cargo de todos los gastos de internación en el CERENIF, alimentos, vestimentas, elementos de higiene, al no tener ella ayuda del padre de la niña, ni ella estar capacitada para ello. También me consta por referencia de la madre que la niña, siempre estuvo carenciada de afecto familiar y de recursos económicos llegando a dejarla en guarderías del mercado 4, cuando era pequeña. Debe también constar que ha tenido patologías genitales, raras en niñas de esa edad y cuadros de infección renal, lo que avala el mal cuidado de la niña, lo que demuestra su debilidad en general e intolerancia a drogas y enfermedades” (sic., f. 348 vlto.).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Emergente.

En ese orden, hemos de recordar que a tal título, es decir, de daño emergente, se han reclamado los gastos necesarios para la recuperación de la menor María Belén Ramírez Contreras, cálculo para el cual se afirmó deberían tenerse en cuenta los gastos hechos y los que en el futuro deberían realizarse en rehabilitación, sesiones de fisioterapia, estimulación muscular, medicamentos, maestras, fonoaudiólogos, honorarios médicos, etc.

El inferior ha decidido justo conceder la suma de G. 9.230.000, con intereses al 2% mensual desde la notificación de la demanda, en el referido concepto, luego de valorar la instrumental de fs. 456/457 -parte del informe

remitido por la Fundación Solidaridad. Aunque de acuerdo en que ese monto deberá integrar la condena y, si bien nos vemos impedidos de modificarla en más por motivos de cosa juzgada, y por la prohibición del principio de la *reformatio in peius*, no podemos dejar de señalar que se ha obviado por completo considerar los gastos que en lo sucesivo, es decir, luego del 14 de agosto de 2006, fecha del informe, debían haber sido soportados en pos a la recuperación o, en su caso, al mejoramiento de las condiciones de la damnificada directa; daños futuros expresamente reclamados por la señora Isidora Contreras. Del mismo informe de la Fundación Solidaridad se desprende que muchos aspectos del desarrollo físico y mental de la menor aún merecían extenso tratamiento y que continuaría por más tiempo con medicaciones, como regeneradores neuronales (véase fs. 446/454). Tal es la conclusión a la que además se arriba de las testimoniales de Adriana Aida Zacur Sharpin –Directora General del Centro de rehabilitación neurológica para el niño impedido físico o, por sus siglas, CERENIF- (fs. 376/378), Alexis Daniel Ruttia Segovia –fisioterapeuta de la damnificada- (fs. 384/385), Claudia Susana Román de Florentín –fisioterapeuta de la damnificada- (f. 386), Carolina Cicao –Directora pedagógica del Programa educativo para niños con discapacidad física o, por sus siglas, PENDIF- (fs. 395/936) y Regina Florentín –Docente de aula del Programa educativo para niños con discapacidad física o, por sus siglas, PENDIF- (fs. 397/398). Los dichos de estas personas y los informes que constan en las instrumentales remitidas por la Fundación Solidaridad, no por emanar de mayor número de personas, sino por provenir de profesionales que han dedicado considerable cantidad de horas al tratamiento y observación de María Belén Ramírez Contreras, inciden en mayor medida en nuestra convicción que la examinación única hecha por el perito Mendoza a la entonces menor (fs. 649/651). Este último informe, además, no alcanza a explicar por qué o de qué manera las pruebas realizadas permitieron concluir al examinador que la menor tiene un desarrollo normal o que no ha quedado con secuelas irreversibles. Al menos a vista de un inexperto, no queda claro cómo es que la constatación de que la menor pueda orientarse espacial y temporalmente, o que pueda realizar sencillos ejercicios de memoria o atención, haya implicado para el perito que su desarrollo es normal y que no hay lesiones permanentes. A nuestro parecer, a falta de toda explicación científica por parte del perito sobre la validez y alcance de las pruebas practicadas, los parámetros tenidos en cuenta no indican necesariamente el perfecto estado de desarrollo neurológico y físico de la menor

conforme con su edad biológica, debiendo haberse demostrado, en todo caso, por literatura científica, que las pruebas eran suficientemente indicativas de los niveles concluidos por el perito. A nadie podría ocultarse que, aunque capaz de realizar los ejercicios propuestos, quizás ellos no resultaran ser los idóneos para reflejar el desarrollo normal de la damnificada y que, expuesta a pruebas de la complejidad propia del nivel de una niña de su edad, no pudiera llevarlas a cabo satisfactoriamente. De esta guisa, es obvio que dicho informe no logra crear en nuestro ánimo certeza suficiente sobre las conclusiones a las que arribara el susodicho perito. Pero, como ya lo dijimos, por eso de que nadie recurre en su propio perjuicio, la condena por el rubro en cuestión no admite modificación.

Estas consideraciones son además de suma relevancia para la valoración cualitativa del daño moral –inegablemente- sufrido por la menor. Si bien el agravio moral no está exento de prueba, hay ocasiones en las que exigirla sería un despropósito por derivar el daño de un hecho de tal magnitud e incidencia en la esfera personal de una persona, que su existencia es notoria, ostensible y susceptible de ser percibida y entendida por todos. No hay dudas que este es uno de esos supuestos y, en realidad, mayores consideraciones serían ociosas.

Que ni siquiera se insinúe que por carecer entonces de discernimiento, o por padecer de inmadurez o deficiente desarrollo mental, la damnificada directa no es pasible de daño moral por no comprender o, no acabadamente al menos, el perjuicio que ha sufrido. A esta tesis, que hoy se encuentra en franca retirada, respondemos que la desazón o la angustia no son las únicas manifestaciones del agravio moral, que indudablemente se produce también -y acaso con mayor proporción- cuando las posibilidades psicofísicas de una persona se ven disminuidas a tal punto que la capacidad de comprensión del entorno se ve perdida. Sería inentendible, amén de sumamente injusto, que se viera en mejor posición aquel que dejara a una persona mentalmente incapaz o que dañara a un incapaz, que el victimario que no alterara las facultades mentales de una persona y/o que dañara a una persona que tuviera un pleno desarrollo normal. Pizarro y Vallespinos lo explican con mayor claridad, al decir que “la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral, pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima de un obrar ajeno. La posible falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser

tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen a su esencia. El disvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantándola, y cercena sus posibilidades intelectuales. Por eso es también daño moral la parálisis, que importa una minoración o pérdida de la aptitud de sentir. La pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos, y más aún, de la posibilidad de encontrarse en una situación anímica deseable es daño moral. Esto explica que la mera privación o supresión temporal de tales facultades deba ser indemnizada por la disminución personal que denotan. El solo disvalor subjetivo producido, que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso, alcanza para configurar el daño moral. La solución no puede ser otra cuando la víctima por su estado de salud o por su edad no puede comprender la entidad del agravio al momento de su consumación, pero en cambio sí puede hacerlo más tarde, al cesar el estado en que se encuentra, de inmadurez o inconciencia, ya por mejorar o por recuperarse del padecimiento que la afectaba (v. gr., persona en estado de coma que es violada por un enfermero, y luego se recupera), o al alcanzar la madurez suficiente para comprender la entidad del detrimento (v. gr., un menor de pocos meses que sufre un daño moral a raíz de lesión a su integridad psicofísica con secuelas futuras irreversibles como la pérdida de aptitud para procrear). Existe en tales supuestos un daño moral evidente, actual y, sobre todo, futuro que debe ser resarcido. Zavala de González ha sintetizado brillantemente esta posición: `Aun cuando se conciba al daño moral como un resultado espiritual (...) sufrir moralmente (en sentido jurídico) no es sólo experimentar un dolor físico o psíquico, sino soportar un desmedro existencial. El daño moral no es sólo lo que el sujeto siente, sino lo que vive (vive peor), por lo que precisamente constituye un daño moral gravísimo la reducción del ser humano a vida vegetativa, a raíz de la pérdida de toda aptitud para experimentar el sufrimiento´. No sorprende que nuestra jurisprudencia se incline decididamente en este sentido, admitiendo el derecho a obtener reparación del daño moral en favor de niños de corta edad, o de personas que, por alteración en sus facultades mentales, se encuentran privadas de razón, ya en forma temporaria, o bien, de manera irreversible, o de aquellas que están en estado de

vida vegetativa” (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G.; Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Tomo IV, Editorial Hamurabbi, Buenos Aires, 2008, págs. 335/336).

Juzgada así la existencia del daño moral, hemos de determinar ahora su contenido intrínseco, vale decir, la profundidad, intensidad y proyección de la alteración disvaliosa del espíritu padecida por María Belén Ramírez Contreras, teniendo en cuenta “...la entidad objetiva de la lesión, sus secuelas físicas y fisiológicas, el padecimiento experimentado por la víctima, la necesidad de intervenciones quirúrgicas, las proyecciones temporales del daño, el carácter irreversible del detrimento o la posibilidad de ser mitigado mediante terapias adecuadas; sus secuelas y la incidencia del transcurso del tiempo como factor que reduzca o agrave el perjuicio; su implicancia en la vida de relación y en el proyecto de vida del perjudicado; la reducción de las expectativas de vida que genera, la forma y modo en que se produjo el hecho lesivo, etcétera. Asimismo, la idoneidad del menoscabo para afectar la aptitud de gozar de los bienes de la vida que tenía el damnificado antes del hecho dañoso. Se incluye aquí, entre otros aspectos, las actividades intelectuales, artísticas o deportivas; las relativas a la vida de relación; o todas aquellas que normalmente le proporcionaban placer, bienestar o gozo no reprobados por el ordenamiento jurídico” (PIZARRO, Ramón Daniel; Daño moral, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 557/558). Medido de tal manera el impacto es que nos encontraremos en condiciones ideales de traducir el menoscabo a numerario, es decir, de efectuar la estimación monetaria del daño moral

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Como puede verse, parece estar fuera de toda duda que María Belén Ramírez Contreras nunca podrá desarrollar a plenitud sus capacidades psicofísicas, quedando truncadas probablemente para ella muchas de las posibilidades que de otra manera habría tenido. Es incierto para este Juzgador si podrá o no dedicarse a la profesión o a las actividades intelectuales disponibles a la generalidad de las personas, si debido a sus problemas motrices podrá o no tener cabida en juegos o deportes que exijan habilidades de tal tipo, si tendrá la capacidad suficiente como para formar una familia y criar hijos, etc. Ahora, lo que sí es seguro es que como consecuencia de la lesión, su potencial en todas esas áreas quedará, a los menos, considerablemente reducido de por vida.

Pues bien, ponderada así la magnitud de los padecimientos morales de María Belén Ramírez Contreras, resta fijar el monto de la obligación indemnizatoria consecuente. Acerca de esto, se ha señalado ya en anteriores fallos que la determinación de un monto en dinero que compense los daños morales es dificultosa, dado que el daño en cuestión tiende a resarcir la modificación disvaliosa del equilibrio de bienes no patrimoniales de una persona, cuestión que debe ser contemplada desde una perspectiva muy especial. Pero la mera dificultad en la valuación del daño no puede ser óbice para su reconocimiento. La mayor o menor dificultad de la prueba del quantum del daño moral no puede impedir su reparación, ya que a veces también resulta difícil la acreditación de la entidad del daño patrimonial, tal como sucede, verbigracia, en el caso de pérdida de chance.

Hay que tener presente que se trata de un resarcimiento aproximativo o satisfactorio donde la moneda se proyecta para obtener otros goces espirituales o materiales, que alivien, si acaso, la condición actual. Dicho en otros términos: la reparación integral del daño moral, no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio y menos sustituirlo por un equivalente. Por eso doctrinaria y jurisprudencialmente se afirma que para compensar el daño injustamente sufrido, hay que acudir al prudente arbitrio judicial, que debe atenerse a una recta ponderación de sus características, ya antes expuestas.

Este carácter resarcitorio implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agraviado (CNCiv., Sala I. 21/12/99. “Díaz de Vivar, Elisa M. c Neustadt, Bernardo y otros”. La Ley, 2000-A-305. DJ, 2000-1-998 y RCyS, 2000-879) (TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Presupuestos de la Responsabilidad Civil, Tomo I, 1ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, págs. 481/482, 499/500).

Así, se debe establecer en este concepto una suma proporcionada a la –ya descripta– magnitud de la incidencia que la lesión causada ha tenido en el plano psicofísico de la damnificada, no sin antes advertir que no se ha

solicitado una suma específica en concepto de daño moral, sino una suma global de G. 800.000.000 que, además, representaría la indemnización por lo que se denominó incapacidad sobreviniente y menoscabo a la capacidad vital, así como daño emergente. Pues bien, esta Magistratura se ve en el predicamento de fijar algún parámetro monetario de algo que es sustancialmente inmaterial e invaluable, y considera prudencial hacerlo en la suma de G. 350.000.000, que entendemos es el tope de la pretensión por daño moral, atendiendo a que algún valor habrá que otorgar también a los demás ítems incluidos en los referidos G. 800.000.000. Ahora bien, desafortunadamente nos vemos en la imposibilidad de pronunciar condena por dicho monto, toda vez que con ello estaríamos colocando a la única apelante en una situación de suyo más desfavorable que la que le afectaba y que ha motivado la interposición de este recurso. De esta suerte, la condena deberá limitarse a G. 10.000.000, suma que hace de tope por ser el monto a que había sido condenada en tal concepto en la instancia anterior. La demandante había solicitado la adición de los intereses, los que igualmente no nos es dado incluir en la condena, ya que por la pretensión de daño moral, la demandada no había sido condenada a ellos por el ad quem, sin que –insistimos– nuestro pronunciamiento puede vulnerar el principio *reformatio in peius*.

Finalmente, para la distribución de las costas deberá tenerse en cuenta, antes que nada, la individualidad e independencia de las acciones promovidas en su contra por cada una de las demandantes. Esto es, no debe perderse de vista que tanto la señora Isidora Contreras como su hija María Belén Ramírez Contreras han demandado separadamente, aunque en un mismo escrito, los daños personales que han sufrido. Lo que es lo mismo, existe acumulación subjetiva activa de acciones, de modo que a cada pretensión corresponde un pronunciamiento separado de costas. Dicho ello, consideramos que en ambos casos, las costas de todas las instancias deberán ser pagadas por su orden, atentos a que la cuestión sometida a decisión es objeto de interpretaciones y tesis dispares en jurisprudencia y doctrina, todo ello de conformidad con el art. 193 del Código Procesal Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

1. Considero que no necesariamente toda relación paciente-médico, será contractual. Piénsese al efecto los siguientes casos:

a) Cuando la prestación del médico no es contratada por el paciente, sino éste contrata con una empresa -denominada comúnmente “Seguro Médico”- quien se vale de médicos, a quienes, a su vez, contrata para que éstos atiendan a los asegurados. En este caso, la relación paciente-médico no será contractual, pues el contrato fue firmado -reitero- entre el asegurado y la empresa médica. Por ende, si existe alguna responsabilidad derivada de la actividad del médico, ésta será, en relación al paciente, claramente extracontractual.

b) Cuando el médico presta un servicio de asistencia a una persona privada, aunque sea transitoriamente, de conciencia, como el supuesto de atención a un accidentado que llega de urgencia a un hospital, totalmente inconsciente, y es sometido a una intervención quirúrgica. En este caso, la relación paciente-médico, será también extracontractual.

c) Cuando el médico presta un servicio de asistencia médica a una persona que rehúsa ser atendida porque quiere, precisamente, morir, como el caso del médico que atiende a un suicida frustrado, en el cual, ante el intento fallido de autoeliminarse, el sujeto dañado no admite ser intervenido. En este caso, tampoco existe acuerdo, y debería tratarse bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual.

d) Cuando, dentro del marco de una relación contractual, el médico comete un acto doloso contra el paciente, buscando su muerte. En este caso, la relación será también extracontractual.

Como se ve, no necesariamente la relación paciente-médico será necesariamente contractual, sino que habrá supuestos en los cuales la relación entre aquellos podrá ser extracontractual. Huelga citar las diferencias entre las relaciones contractuales y extracontractuales, pero vale decir, fugazmente, que el sistema de responsabilidad civil establecido por nuestro Código Civil responde a lo que cierta doctrina ha llamado dualismo débil, ya que, si bien tenemos dos estatutos diferentes uno para la responsabilidad contractual (Arts. 417 y ss.) y otro para la extracontractual (Arts. 1833 y ss.), con soluciones muy diferentes en muchos puntos (plazos de prescripción, extensión del resarcimiento, etc.) existen puntos en común entre ambas responsabilidades, como el concepto de culpa y la cuantificación del daño (art. 1855 CC).

Dicho esto, debo concluir que el presente caso se trata de uno de aquellos en los cuales no existe un vínculo previo entre paciente y médico tra-

tante, es decir, la eventual responsabilidad civil de éste último será claramente extracontractual, pues el vínculo previo no se dio entre paciente y médico, sino entre paciente y seguro médico -en este caso, público- por lo cual, reitero, no puede afirmarse que entre los médicos demandados y las actoras haya existido un vínculo contractual previo.

Sin embargo, en este caso puntual y concreto, el hecho de determinar que el vínculo entre las partes sea extracontractual y no contractual, no altera la decisión y los fundamentos tomados por el preopinante, y paso a explicar por qué.

Si se realiza el encuadre del caso, tal como se dio, como una responsabilidad civil contractual, es correcto también concluir que el médico tratante asume una obligación llamada “de medios” en virtud de la cual el sujeto obligado -el médico- está constreñido a observar una conducta diligente sin que le sea exigible obtener un producto o efecto determinado, aunque éste haya sido apetecido por la otra parte. De esta forma, el paciente que contrató con el médico obtendrá la conducta diligente del médico tratante, y solamente ésta, no pudiendo exigir la obtención de un resultado puntual. De esta forma, siendo la obligación del médico, una “de medios”, el médico se liberará de toda responsabilidad probando que actuó diligentemente, es decir, probando que obró según la “lex artis” indicada para el caso puntual y concreto. Omito toda referencia a la carga probatoria impuesta por nuestro sistema legislativo y la notoria traslación que en los casos de médicos se ha hecho carne en la doctrina y la jurisprudencia, a través de la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas, por ser innecesarias para la resolución de este caso.

Por otra parte, si se encuadrara correctamente el caso como responsabilidad civil extracontractual -en posición que asumo- la actividad probatoria será -en este caso- idéntica a la indicada en el párrafo anterior: deberá girar en torno a la debida diligencia que debió observar el médico tratante en la atención del caso puntual y concreto que dio pie a la demanda en cuestión. En consecuencia, aun cuando este es un caso de responsabilidad civil extracontractual por hecho propio, la actividad probatoria gira en torno al mismo eje: la conducta -culposa o no- del sujeto demandado, de modo tal a determinar si existió o no omisión de diligencias debidas, según la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Art. 421 CC).

Por tanto, es enteramente aplicable al presente caso, correctamente encuadrado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, todo lo dicho por el voto del Ministro preopinante en función a la actividad probatoria desplegada en relación a la médica demandada.

Tampoco comparto la posición que señala que producido un incumplimiento contractual, se presume la culpa del sujeto obligado en el acuerdo. Al respecto, haciendo una muy breve sinopsis del tema, debo volver a la clasificación de medios y de resultado hecha por la doctrina en cuanto a las obligaciones contractuales. En ese sentido, en las llamadas “obligaciones de medio” el sujeto obligado -tal como se anticipó- se libera probando simplemente diligencia, u otra eximente -caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena- aunque éstas últimas no son necesariamente, siendo suficiente la prueba de la debida diligencia. Si la carga probatoria pesara sobre el actor de la demanda, en este tipo de obligaciones de medios, el mismo estará constreñido a demostrar la culpa o el dolo del sujeto obligado.

Por otra parte, si la obligación contractual fuere de resultado -entendida por tales, aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener un producto o un efecto, sin tomarse en consideración la diligencia del sujeto obligado- será insuficiente que el deudor demuestre haber observado una conducta idónea para el caso concreto, sino que deberá demostrar la imposibilidad de cumplimiento, mediante un hecho externo e imprevisible: el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena, excluyéndose expresamente a la prueba de la debida diligencia como válida para exonerarse del incumplimiento de una “obligación de resultado”.

Esta diferencia fue claramente marcada ya hace muchos años, precisamente en 1925, por René Demogué, cuando demostró las diferencias entre el sistema monista y el sistema dualista de la responsabilidad civil.

Por ende, queda así ratificado mi criterio en el sentido que no todo incumplimiento hace presumir la culpa del sujeto obligado, sino que podría afirmarse, en cierto sentido ello, sólo en relación a las obligaciones de resultado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Si bien también considero que la condena en concepto de daño moral sufrido por María Belén Ramírez es ínfima, dadas las aristas del caso, no

queda otra que confirmar el quantum indemnizatorio establecido por el Tribunal, atendiendo al principio de la reformatio in peius, que no autoriza agravar la situación del único apelante.

Asimismo, estoy de acuerdo en que debe ser confirmado el fallo de segunda instancia, en cuanto hace lugar a la demanda promovida por la señora Isidora Contreras contra la Sra. Ana María Macchi, por la suma de G. 9.300.000 -daño emergente-, más intereses del 2% mensual desde la notificación de la demanda, por los mismos fundamentos. Así también, en cuanto a la imposición de costas por su orden, con base en lo dispuesto en el Art. 193 del C.P.C.

C.S.J. Sala Civil. 20/08/2019. “Isidora Contreras c/ Ana María Macchi y otros s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53).

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: JIMÉNEZ ROLÓN, MARTÍNEZ SIMÓN Y PEÑA CANDIA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: Si bien la recurrente dejó sin fundamentar el recurso de nulidad, en el estudio oficioso a que obliga el art. 420 del Código Procesal Civil –por remisión al art. 113 de la misma ley- se advierte la existencia de vicios estructurales de la sentencia en revisión.

Ha de recordarse que el art. 15 del Código Procesal Civil textualmente dispone: “Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: ...b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad”. Igualmente, el art. 420 del rito literalmente dispone: “El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 113...”.

La normativa transcripta consagra la necesidad de la fundamentación de las resoluciones definitivas conforme con el principio de congruencia. Éste puede definirse, según Peyrano, como la “exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, incidental o sustantiva, y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que lo dirime” (PEYRANO, Jorge W; El proceso civil, principios y fundamentos, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 64). El principio de congruencia con arreglo al cual el juez debe fallar, bajo sanción de nulidad, ofrece un doble aspecto. El primero, la obligación del juez de decidir sobre lo pedido con la demanda y nada más que sobre ello; el segundo, que la resolución se base en los hechos sustanciales aducidos en ella y en los que constituyen las defensas o excepciones del demandado (MAURINO, Alberto Luis; Nulidades Procesales, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 260).

Los fallos deben, pues, ser congruentes con la forma en que ha quedado trabada la litis, bajo pena de nulidad. No pueden resolver *ultra petitem*, es decir, más allá de lo pedido por las partes; *extra petitem*, o sea, fuera de los términos del circuito litigioso; ni *citra petitem*, esto es, omitiendo alguna de las pretensiones deducidas.

Sin embargo, el inferior no ha sabido interpretar apropiadamente la pretensión por daño moral, la que, si se mira con atención, ha sido promovida por la señora Isidora Contreras, única y solamente en representación de su hija y de ninguna manera por derecho propio. Los términos literales, expuestos en el escrito inicial, no pueden dejar el menor resquicio de duda: “Por ser la damnificada directa y conforme lo dispone el art. 1835 del CC corresponde a la menor afectada reclamar en este concepto” (f. 18). El sentido de la pretensión es todavía más concluyente si se considera lo dispuesto, en lo pertinente, por la norma civil a que se hace alusión: “La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo”. Pues bien, a pesar de la aparente claridad, el Tribunal ha considerado que tanto madre como hija han sufrido daño moral, fijando el crédito indemnizatorio en la suma de Gs. 10.000.000, sin discriminar siquiera cuánto correspondía a cada una, para finalmente pronunciar condena estableciendo que es la señora Isidora Contreras la acreedora de dicha suma de dinero.

Sin dudas, se evidencia una secuencia de vicios que merecen consideración por separado. Primero, es evidente la *extra petición* del inferior, que ha otorgado a la señora Contreras un rubro no petitionado por ella. Segundo, la falta de determinación por separado de la condena por daño moral,

lo que, de haberse hecho, nos habría permitido sencillamente revocar lo que se había dado a quien no lo había petitionado, dejando indemne lo pronunciado respecto de la verdadera demandante. Y, por último, el desajuste lógico, es decir, la falta de correspondencia entre las consideraciones del Tribunal y la condena finalmente proferida. Sería ocioso recordar, esperemos, que aunque la señora Contreras ejerza la representación de su hija, ésta goza de una personalidad autónoma y distinta, siendo ella y no su madre la acreedora de las obligaciones indemnizatorias a que tenga derecho por los daños de los que sea víctima. Se dirá que esta acotación es irrelevante porque a la postre será la madre la que reciba el dinero que corresponde a la hija, pero, desde el punto de vista técnico, la madre recibirá el dinero que corresponde a su hija damnificada, lógicamente no por su calidad de acreedora sino por efecto de la patria potestad. De ello surge la gravedad de la falta de correspondencia lógica entre lo “considerado” y lo “resuelto” por el Tribunal, que, en el caso de autos, deriva en un pronunciamiento contradictorio, por reconocer —en los considerandos— y negar —en el resuelve— la calidad de acreedora de la codemandante María Belén Ramírez Contreras de la indemnización en concepto de daño moral. Además, el posible argumento de la irrelevancia de tal distinción no alcanza a barajar un par de escenarios en los que ello no sería así. El más simple de ver venir es el de mayoría de la niña, que de hecho a estas alturas ya se ha alcanzado según se desprende del simple cotejo de su certificado de nacimiento obrante a f. 5. Empero, un análisis serio tampoco puede perder de vista que la patria potestad no necesariamente deberá permanecer en poder de la madre por lo que dure la minoridad, siendo perfectamente posible que, por las circunstancias que fueran, ella la pierda. De estas posibilidades surge más que obvia la necesidad del tecnicismo apuntado.

En resumidas cuentas, el fallo recurrido debe ser anulado, por una parte, por extra petición, por haber juzgado una pretensión no promovida a nombre propio por la señora Isidora Contreras y, por la otra, por citra petición, dado que finalmente no ha resuelto la pretensión por daño moral intentada por María Belén Ramírez Contreras. El juzgamiento omitido será hecho en sede de apelación, donde, habrá de respetarse el principio de *reformatio in peius*, toda vez que la señora Macchi, al ser la única que ha recurrido, no puede obtener de esta Sala Civil una condena más grave que la establecida en su contra en la instancia inferior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO JOAQUÍN MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Me adhiero al sentido del voto del Ministro preopinante, Dr. Eugenio Jiménez, por los mismos fundamentos.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA MIRYAM PEÑA CANDIA DIJO: Adhiero a la postura asumida por el colega preopinante, el Dr. Eugenio Jiménez, en cuanto anula la condena por daño moral por dos razones: por extrapetición, al haber otorgado a la madre, la señora Isidora Contreras, una pretensión -indemnización en concepto de daño moral- que no reclamó a nombre propio, sino solo en representación de su hija, entonces menor de edad -María Belén Ramírez- como damnificada directa. Asimismo, por citrapetición, al no haber resuelto la pretensión por daño moral propuesta por María Belén Ramírez, ahora mayor de edad.

La irregularidad anotada efectivamente constituye una afrenta al principio de congruencia, cuya declaración de nulidad -de oficio- es autorizada por el Art. 420 del C.P.C., en concordancia con el Art. 113 del mismo cuerpo legal. Ciertamente, la inobservancia del imperativo legal es expresamente sancionada con la nulidad, según establece el Art. 15 del C.P.C., en consonancia con el Art. 159 incisos c) y e) del mismo cuerpo legal.

Asimismo, por aplicación del Art. 406 del C.P.C., el pronunciamiento omitido debe ser abordado en sede de apelación, y teniendo en cuenta en este caso la limitación que supone el principio de la reformatio in peius.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Por Sentencia Definitiva N° 6 de fecha 1 de febrero de 2012, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Sexto Turno, de la Capital, resolvió: “I.-) RECHAZAR la demanda de indemnización promovida por ISIDORA CONTRERAS, por derecho propio y en representación de su menor hija, contra la señora ANA PETRONA MACHI DUARTE. II.-) IMPONER las costas en el orden causado. III.-) NOTIFICAR, ...” (sic.) (f. 692 vlto.).

Por Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 11 de abril de 2014, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, de la Capital, dispuso: “DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.- REVOCAR, la S.D. N° 006 de fecha 1 de febrero de 2012 condenando a la Dra. Ana Macchi a pagar a la Sra. Isidora Contreras en concepto de daños y perjuicios el monto de Gs. 9.230.000 (Guaraníes Nueve millones doscientos treinta mil) con un interés mensual de 2% mensual contados desde la notificación de la demanda del 26 de noviembre de 2003 y en concepto de daño moral la suma

de Gs. 10.000.000 (Guaraníes Diez millones).- COSTAS, imponerlas a la demandada.- DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en relación a las costas.- ANOTAR,...” (sic.) (f. 734 vlto.).

El representante convencional de la demandada fundamentó el recurso de apelación interpuesto mediante el escrito obrante a fs. 790/795. Manifestó que las pruebas producidas por su parte, a saber, la opinión del Dr. Pablo Lemir, opinión de la Junta Médica, resolución penal de desestimación de denuncia y la prueba pericial médica del Dr. Domingo Mendoza, resultan favorables a su mandante. Por otro lado, expresó que la actora se limitó a intentar probar el ilícito y no pudo probar daño alguno. En este sentido, sostuvo que el daño moral debe ser acabadamente probado y que existe una marcada diferencia entre el ilícito y la producción del daño. Adujo que la accionante no lamentó daños en su salud como consecuencia de los hechos arriba reseñados ni agregó ninguna prueba para demostrar los daños supuestamente sufridos por su hija menor María Belén Ramírez Contreras. Por todo ello, terminó solicitando la revocación de la recurrida por no encontrarse ajustada a derecho.

La adversa contestó el traslado corrídole a través del escrito obrante a fs. 797/806. Manifestó que la prueba pericial ofrecida no reúne los requisitos exigidos por el código de forma. Adicionalmente a ello, expresó que las conclusiones de los peritos no incluyeron si las secuelas que afectan a la paciente eran normales, temporales o irreversibles. Indicó que la propia demandada confesó haber conocido los antecedentes clínicos de la paciente y su rechazo a algunas drogas, omitiendo realizar una prueba de tolerancia a la droga anestésica a serle aplicada. Finalmente, petitionó la confirmación con costas de la recurrida.

El fallo sometido a la revisión sustancial de esta Sala Civil revocó la decisión del a quo de rechazar la demanda promovida por la señora Isidora Contreras, por derecho propio y en representación de la entonces menor María Belén Ramírez Contreras, condenando en consecuencia a la señora Ana María Macchi a pagar a la señora Contreras la suma de G. 9.200.000 en concepto de daño emergente, a un 2% de interés mensual computado desde la notificación de la demanda, más la suma de G. 10.000.000 por daño moral —condena esta última que ha quedado anulada.

Antes de pasar revista a los fundamentos que han servido de sustento a dicha decisión, servirá recordar que el conflicto que nos convoca reconoce por origen la intervención quirúrgica de fecha 06 de mayo de 2003 llevada

a cabo por el cirujano Juan José Escauriza en el Hospital Policlínico de la Policía Nacional sobre la entonces menor María Belén Ramírez Contreras, en la que había actuado como anestesióloga la señora Ana María Macchi. La madre de la intervenida ha presentado demanda, por sí y por su hija, contra los citados profesionales, además de demandar al Estado Paraguayo y a la Policía Nacional –habiendo quedado todos desvinculados del juicio a excepción de la codemandada Ana María Macchi- relatando que, previo a la operación, que obedeció a una hernia inguinal, fueron realizados todos los estudios médicos pertinentes, los que resultaron óptimos, sin que nadie le advirtiera sobre riesgo alguno y menos sobre la posibilidad que su hija quedara en estado de coma, con daños neurológicos irreversibles, alteraciones físicas, neurológicas y psíquicas, tal como sucedió según sus alegaciones. Aseguró que mediante conversaciones con médicos y enfermeras se enteró que el accidente ocurrido se debió a que se suministró a la niña una droga anestésica que no logró resistir y que derivó en una falta de oxigenación cerebral. Luego de hacer una reseña de las vicisitudes por las que tuvo que transitar junto a su hija y de apuntar que la señora Macchi solventó los dos primeros meses de tratamiento en el Centro de Rehabilitación del Niño Impedido Físico –por sus siglas, CERENIF-, alegó que tanto el cirujano como la anestesióloga, le acercaron una propuesta de reparación, la cual consideró inapropiada.

El Tribunal inferior se ha decantado por la atribución de responsabilidad a la anestesióloga, luego de considerar, principalmente, que la misma había soportado los primeros gastos de recuperación de la intervenida, y de tener en cuenta la testimonial de la señora Tomasa Vázquez Torres así como la absolución de la codemandada, en la que había reconocido tener conocimiento que la niña había presentado intolerancia a las drogas con anterioridad a la operación. Por esto último, el inferior concluyó que era deber de la anestesióloga tomar mayores recaudos para asegurarse que la niña resistiría las drogas a ser utilizadas en las dosis necesarias.

En su memorial de agravios de fs. 790/795, la apelante procuró desmeritar el fallo en revisión tachándolo de inmotivado, a la par de añadir que el inferior se ha apartado de las constancias de autos y que ha prescindido de pruebas decisivas, de las cuales hace transcripción y/o cita seguida. Criticó también la recurrente el valor probatorio que se ha dado a la testimonial de la señora Tomasa Vázquez Torres, para luego asegurar que no se ha

aportado prueba del daño moral cuyo resarcimiento se demanda, el cual no puede ser tomado aquí como acreditado *in re ipsa*.

Las demandantes contestaron el traslado respectivo manifestando, en primer lugar, que la pericia practicada en autos no puede ser tomada en cuenta por no haberse hecho con las formalidades que manda el rito civil. A continuación, alegaron que la condena de la señora Macchi encuentra suficiente sustento en las pruebas producidas en autos, de entre las cuales destacan: a) los recibos de dinero otorgados a su favor por la señora Isidora Contreras, agregados por la misma señora Macchi; b) la declaración testimonial de la mencionada señora Tomasa Vázquez Torres y c) la absolución de posiciones de la señora Macchi, en la que habría confesado conocer que la niña tenía un historial de enfermedades y de intolerancia a las drogas, que habría hecho obligatoria la realización de una prueba de tolerancia anestésica.

Delineados así los términos del debate mantenido en esta instancia, va de suyo que el análisis que se propone exige una previa introducción teórica y jurisprudencial de lo que se conoce como responsabilidad médica. En ese orden, se ha expuesto de forma muy precisa -Acuerdo y Sentencia N° 96 de fecha 30 de agosto de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala- que esta disciplina ha ido modificándose en el curso de los años a través de una continua evolución que refleja no solo el progreso de la ciencia médica en cuanto tal, sino también el desarrollo de cuestiones siempre debatidas en la ciencia jurídica, como ser la naturaleza y distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, así como la repartición de la carga de la prueba y la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, todos asuntos de puro derecho y estrechamente vinculados con las cuestiones que aquí nos ocupan.

Ahora bien, es evidente que en el caso de los servicios médicos y hospitalarios estamos frente al tipo de responsabilidad contractual, es decir, la derivada de una relación previa acordada o establecida de algún modo por las partes. No estamos ante el tipo de responsabilidad proveniente de un ilícito. Esta precisión es necesaria puesto que los elementos que se deben analizar para determinarlas tienen sus diferencias en el tratamiento y en la aplicación normativa. Sobre esto no pueden haber dudas, puesto que la casi totalidad de la doctrina indica que la relación paciente-médico es de naturaleza contractual (en nuestro país, TORRES KIRMSER, José Raúl; Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley Paraguaya, Asunción 2ª

ed., 2001, pág. 51; para el extranjero, véanse, entre otros, las precisiones de TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, 1ª ed., Buenos Aires 2005, tomo II, págs. 307 y 308, donde la profusión de doctrina conforme exime de ulteriores citas al respecto). En idéntico sentido, véanse las sentencias de la Casación italiana Cass. 22.12.1999, n. 589; Cass., 29.9.2004, n. 19564; Cass., 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085/2006, entre muchas otras. Cabe, pues, analizar la controversia, en su totalidad, a la luz de los principios de la responsabilidad contractual, lo que, desde la perspectiva de los médicos, se refuerza si se considera que este tipo de responsabilidad se configura cuando hay “un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado” (ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M; Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 2000, pág. 153).

Siendo que se trata de una responsabilidad contractual, la primera consideración que cabe hacer es la existencia o no de un incumplimiento contractual. Y ello es así porque la existencia del incumplimiento hace, en la responsabilidad contractual, una inmediata referencia al segundo presupuesto de procedencia, que es el factor de atribución, que será primariamente subjetivo. En efecto, establecido el hecho del incumplimiento, cabe al incumpliente exonerarse y demostrar que de su parte no hubo culpa, la que se presume a partir de ese hecho de incumplimiento, aduciendo y probando una causal de exculpación, como el caso fortuito o la culpa del acreedor de la prestación contractual. En pocas palabras, se siguen aquí simplemente los criterios que rigen la carga de la prueba en toda relación contractual, según la cual el actor debe probar la existencia del contrato y la del incumplimiento, y al demandado incumbe la prueba de la ausencia de culpa; en este sentido, el ejemplar fallo de las Secciones Unidas de la Casación italiana, Cass. n. 13.533, del 30 de octubre de 2001, es de lectura casi obligada, por la claridad de conceptos y la densidad argumentativa en tal sentido.

Así pues, el hecho del incumplimiento tiene una relevancia crucial para discernir cualquier demanda de responsabilidad civil contractual. Y en el menester de determinar si tal hecho se dio o no en el presente caso, debemos primeramente establecer el contenido de la prestación en el contexto de la relación contractual existente entre las partes.

Y aquí se entra de lleno a la cuestión relativa a la determinación de si la prestación médica es una obligación de medios o de resultados. Cabe

destacar que un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia actuales ha abandonado este distingo como categoría dogmática, empleándolo más bien solo en un sentido descriptivo, en cuanto al análisis de las particulares circunstancias del caso, entendido esto tanto en los aspectos atinentes a la concertación o acuerdo de lo debido, como a la ejecución o desarrollo posterior de la relación contractual.

En pocas palabras el debate ha dado lugar a orientaciones diversas; es, sin dudas, seguido por parte de la doctrina (véase la extensa exposición que hacen TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 1^a ed., 2005, tomo II, págs. 347 y siguientes; este criterio, sin embargo, no lo acogen *tout court*, sino que tan solo *prima facie*, a tenor de la afirmación contenida en la p. 352 de la mentada obra). En nuestro país se recepciona la distinción con muchos matices (Vide: TORRES KIRMSER, José Raúl; Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley Paraguaya, Asunción, 2^a ed., 2001, pág. 51); y en otros ordenamientos, afines al nuestro por tradición jurídica, la distinción resulta incluso rechazada; en tal sentido, véase lo puntualizado por MIRIELLO, Cesare; *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, en la revista “La responsabilità civile”, número 3, año 2009, págs. 228 y 229. Los autores más modernos y autorizados en tema de responsabilidad civil son inequívocos en indicar que, una vez mantenido el régimen de prueba en materia contractual como lo reseñamos más arriba, la distinción adquiere un valor meramente descriptivo, e incluso si se la quisiera conservar “debe puntualizarse que esta elección no tiene ningún tipo de incidencia en el régimen de responsabilidad del profesional liberal ni respecto de la carga de la prueba” (FRANZONI, Massimo; *L’illecito*, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2010, pág. 257).

Así las cosas, hemos de decir que, en principio, la prestación médica es prestación de servicios, una actividad dirigida a la obtención de un resultado, cual es la curación del paciente, que en sí mismo no es, en todos los casos, debido; pero que debe llevar aparejada, necesariamente, la existencia de otros deberes de resultado, estos sí, absolutos. Ejemplo de ello sería la prescripción de una terapia curativa, acto éste el de prescribir que, en sí mismo, constituye indudablemente un resultado; no ha de negarse que dicha prescripción también es pretendida, buscada y anhelada por el paciente que concurre al consultorio clínico.

Ahora bien, asumido y establecido que la prestación médica es primordialmente una actividad e importa el empleo de medios, es obvio que no cualquier medio satisface su cumplimentación, sino solo ciertos medios técnicos, dirigidos hacia un resultado positivo, que es el que se quiere alcanzar. Y por lo mismo importa también la elusión de ciertos resultados negativos, que son los que se han de evitar. La implicación de estos dos extremos se encuentra presente, con diversas variantes dependientes de las circunstancias, en todas las relaciones de prestación de servicios médicos.

En esta línea argumental, las operaciones o intervenciones médicas sencillas y rutinarias normalmente no derivan consecuencias de gravedad para la salud del paciente, de modo que, cuando así sucede, se concluye por vía de presunción que debió haber mediado una conducta negligente del profesional en cuestión. En otras palabras, si la persona casi fallece, lo cual es un evento o resultado no ordinario o conforme con el tipo de procedimiento médico, toca entonces al prestatario o prestatarios del servicio explicar la aparición de un evento fortuito que ocasionó tal resultado. La explicación debe ser suficiente en el sentido científico y también ser específica; no basta con aludir genéricamente a condiciones preexistentes en el paciente o a aleatoriedades generales.

Entonces, de acuerdo con este principio, y considerando los postulados de la jurisprudencia más evolucionada en la materia que nos ocupa, es decir, en hipótesis de operaciones de rutina, el paciente, para cumplir con la carga de la prueba del incumplimiento sólo debe demostrar que la operación fue corriente, rutinaria o fácil de realizar, y que de la misma derivó un resultado peor del previsible; ante una circunstancia como ésta no cabe sino presumir la inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional del médico (Cass. civ., sez. III, 11 de abril de 1995, n. 4152, en Giust. civ. Mass. 1995, 807; Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1993, n. 11287, en Giust. civ. Mass. 1993, fasc. 11; Cass. civ., sez. III, 1 de febrero de 1991 n. 977, en Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 2, y en Giur. it. 1991, I, 1, 1379; Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1988, n. 6220, en Giust. civ. Mass. 1988, fasc. 11; Cass. civ., sez. III, 21 de diciembre de 1978 n. 6141, en Arch. civ. 1979, 335, y en Foro it. 1979, 4, I; Trib. Roma 10 de octubre de 1992, in Giur. it. 1993, I, 2, 337).

Así las cosas, establecido que el paciente obtuvo un resultado perjudicial, es decir, el empeoramiento de la enfermedad o la aparición de una dolencia nueva, la carga de la prueba pasa al médico, quien para liberarse

de su responsabilidad debe “probar en contrario, es decir, demostrar que la operación fue ejecutada idóneamente y que el resultado perjudicial fue ocasionado por un hecho fortuito e imprevisible o bien por la presencia de una situación de particular condición física del enfermo, no comprobable previamente con el criterio de la diligencia profesional ordinaria” Cass. civ., sez. III, 16 de noviembre de 1993, n. 11287, in Giust. civ. Mass. 1993, fasc. 11.

En suma, juegan aquí las presunciones hominis, como factor que contribuye a la carga de la prueba y a la apreciación de la misma conforme con lo dispuesto por el art. 269 del Código Procesal Civil. Es decir, una vez demostrada la relativa sencillez de la intervención quirúrgica, es normal entender que la misma no puede tener, de ordinario, el resultado de empeorar la situación clínica del paciente; por ende, ante dichas situaciones, el incumplimiento contractual negligente es presumido y el médico interviniente es quien debe demostrar, en dichos casos, la pericia y corrección de su actuar en el caso concreto; es decir, los elementos que lo eximan de su responsabilidad.

En otras palabras, como se decía ya en derecho antiguo y lo subraya la mejor doctrina: “opera aquí la técnica probatoria de la res ipsa loquitur, en cuya base, de acuerdo a una regla de experiencia común, permite al juez la imputación de responsabilidad al médico, presuponiendo la razonabilidad de atribuir un evento determinado a una conducta negligente” (FRANZONI, Massimo. *L’illecito*. Milano, Giuffrè, 2ª ed., 2010, p. 262). Es decir, volvemos a reiterarlo, la presunción hominis se construye sobre la base de que la operación de dificultad menor no lleva, de ordinario, a la muerte o al empeoramiento de la situación del enfermo; por lo que, de producirse esta circunstancia, la misma exorbita el curso normal y ordinario de las cosas, y consiguientemente coloca en cabeza del médico la necesidad de probar y explicar las causas que condujeron al resultado disvalioso.

Ahora bien, aquí no debe perderse de vista, sin embargo, que no parece haber discusión entre las partes que el resultado indeseado obedeció a una reacción anestésica. Obviamente, las demandantes sostienen que la anesthesióloga se apartó de su *lex artis*, suministrando una droga no resistida por la menor, sin haber realizado previamente una prueba de tolerancia anestésica ni informado sobre los riesgos, mientras que la señora Macchi, si bien reconoce que la intervenida tuvo “...una reacción inesperada a las drogas...” (f. 348 vlto.), alega que ningún acto anestésico está exento de

riesgos de accidentes de este tipo y que en todo momento ajustó su actuar al protocolo que para el caso regía.

Pues bien, más allá de los pormenores del acto anestésico alegados por las partes, lo que interesa en primer término es que el resultado lesivo puede ser tenido por acaecido como consecuencia de una reacción a la anestesia. No es distinta, por lo demás, la conclusión a la que arriban las pericias que se han practicado en relación con el desafortunado suceso.

Es de advertirse, además, que la derivación más trascendente de dicha conclusión –de que el daño es producto de una reacción a la anestesia– es la de impedir la aplicación de la teoría del daño desproporcionado de la que antes se había hablado. Ello es así por la sencilla razón que el acto anestésico de por sí comporta siempre un grave riesgo para la salud y la integridad del paciente, de donde no es dable presumir que un desenlace desventurado sea negligencia del profesional anesthesiólogo. Es abundante la jurisprudencia que en ese sentido se ha pronunciado, pudiendo aludirse en primer lugar a la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 30 de julio de 2009, que ha juzgado el caso de una paciente que, tras una cirugía mamaria, resultó con una paraparesia derivada posteriormente en un “síndrome de cola de caballo”. Considerando que el incidente se encontraba dentro de los riesgos del acto anestésico, los juzgadores señalaron que no era posible la aplicación de la teoría del daño desproporcionado y que no cabía atribuir el desenlace a una mala práctica médica ni era posible evitarlo por no haber existido un factor de riesgo que podría haber permitido a la facultativa conjeturar un posible accidente. En juicios posteriores el Tribunal Supremo se mantuvo en el mismo sendero, señalando que “la doctrina jurisprudencial relativa al daño desproporcionado y que justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que probar el nexo causal, no es de aplicación al caso enjuiciado en el que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de un accidente anestésico. Nos encontramos ante un daño indeseado o no satisfactorio que, por encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, no permite la inversión de la carga de la prueba, solo aplicable para supuestos en los que, pese a no tratarse de una situación comprometida o de riesgo se llega a resultados insólitos y desproporcionados de gravedad” (Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Contencioso Administrativa, 18 de diciembre de 2009); “Sin duda para cualquier profano en temas médicos, la intervención de una hernia inguinal no debería tener en principio como resultado la paraplejía del intervenido.

Ahora bien, el daño tiene su origen en la aplicación de la anestesia y es indudable que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente” (Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, 22 de setiembre de 2010).

Este último pronunciamiento es de particular relevancia para el caso de autos. No sólo por tratarse de una intervención quirúrgica de la misma dolencia que la que aquejaba a María Belén Ramírez Contreras –hernia inguinal- sino por lograr distinguir la simplicidad de la afección motivadora de la operación, de la complejidad y de los riesgos ínsitos al acto anestésico. “Así, una determinada dolencia puede ser banal y requerir para su terapia una intervención quirúrgica sencilla y de escaso riesgo, pero ello no implica que el acto anestésico sea, asimismo, sencillo y de bajo riesgo. Pensemos, a título de ejemplo, en un paciente cardiópata, hipertenso y diabético que padece un edema de Reinke en ambas cuerdas vocales, al que se le practica una microcirugía laríngea, bajo anestesia general, para tratar tal proceso; podremos afirmar que la enfermedad laríngea que padece y la técnica quirúrgica practicada son sencillas y de poco riesgo, pero la anestesia, por el contrario, es en este supuesto de alto riesgo. En el caso de que en el curso de esta cirugía surgiera una complicación cardiaca que provocara el fallecimiento del paciente, un profano podría pensar que se trataba de un daño desproporcionado (esgrimiendo al respecto que «un paciente se interviene de un edema de Reinke y fallece»), pero en puridad tal fallo cardiaco constituye uno de los riesgos típicos de la anestesia de este paciente y, por lo tanto, no debe calificarse en modo alguno de desproporcionado o clamoroso, por cuanto no lo es” (GALÁN GUTIÉRREZ, J.C. y GALÁN CORTES, J.C.; “Responsabilidad en anestesiología: teoría del daño desproporcionado” en Revista española de anestesiología y reanimación, 2013; 60(8), pág. 463).

De esta suerte, determinado que no es posible presumir la negligencia de la anestesióloga sencillamente por la gravedad del resultado, interesa verificar ahora si ha desarrollado la prestación médica que le fue encomendada dentro de los parámetros de una buena práctica anestésica. Aquí es

donde adquiere relevancia determinar si la técnica utilizada fue la adecuada para la naturaleza de la operación a llevarse a cabo, si las dosis fueron prudentes, si se informó a la madre de los riesgos, si se tomaron los cuidados y las medidas de rigor previo a la operación y si se observaron los demás deberes de cuidado que eran exigibles para el caso en concreto. Bien se ha dicho que “en la base de toda responsabilidad médica ha de existir, por consiguiente, una «culpa médica», y esta, como «omisión de la diligencia», equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*, concebida como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos y exógenos, para calificar dicho acto como conforme o no con la técnica normal requerida” (GALÁN GUTIÉRREZ, J.C. y GALÁN CORTES, J.C.; “Responsabilidad en anestesiología: teoría del daño desproporcionado” en *Revista española de anestesiología y reanimación*, 2013; 60(8), pág. 458).

La ponderación de tales factores requiere, como de otra manera no podría ser por el elevado tecnicismo de la ciencia médica, que nos remitamos a la pericia practicada en autos y, en su caso, también a las realizadas en el curso de la investigación fiscal que se propuso indagar sobre las responsabilidades penales del incidente. El inferior ha descartado el valor probatorio de la pericia que el a quo encomendó al médico cirujano Domingo Arnaldo Mendoza, bajo el argumento de que no fue realizada por tres peritos, tal como –en su decir– lo exige el rito civil. Su interpretación es errada, sin embargo. Si se leen con atención las normas que disciplinan la prueba pericial; se verá que al contestar el traslado del escrito en que se propuso la prueba en cuestión, la parte bien puede manifestar su conformidad con el perito propuesto por el oferente de la prueba. Ello demuestra que no existe la exigencia de que las pericias sean realizadas por tres especialistas y sí sólo la posibilidad de proponer otro perito, debiendo entenderse que si no se hace uso de tal prerrogativa, como en este caso sucedió, es porque no se tiene reparos de que lo haga el nombrado por la contraria (art. 346, inciso a).

Dicho ello, y aunque en realidad sobre esto no se ha producido polémica, interesa destacar que el perito ha considerado apropiada la técnica utilizada por la señora Macchi, citando suficiente bibliografía científica que se decanta por la aplicación de anestesia general para la inducción al estado de narcosis en niños a ser intervenidos por hernia inguinal. Seguidamente,

acerca de las drogas utilizadas y sus dosis, el perito se detuvo en cada una de las suministradas a la intervenida, haciendo un desarrollo de su uso práctico y de las cantidades recomendadas según el peso del sujeto. Aunque parece no sorprenderle las dosis empleadas, aquí hemos de convenir con el perito Lemir –quien actuó como médico forense del Ministerio Público en la referida investigación que obra por cuerda separada (fs. 61/63, o bien 165/167 de estos autos)- de que las empleadas en ciertas drogas impresionan como muy bajas, lo cual enciende cierta sospecha sobre la veracidad de lo asentado en la ficha operatoria en cuestión (f. 266). A título de ejemplo, como medicación preanestésica se utilizó el fármaco midazolán en cantidad de 0,05 mg., cuando que la dosis recomendada según el mismo perito Mendoza es de 0,5 mg. por kg. de peso del paciente, vale decir, 9 mg. en el caso de María Belén Ramírez Contreras que entonces llegaba a los 18 kg. Lo mismo puede decirse del atracurio, relajante muscular, el cual se ha asentado como dado en dosis total de 0,8 mg, siendo que la dosis habitual, de nuevo según el mismo perito Mendoza, es de 0,9 mg. por kg. de peso.

Es verdad que el perito Lemir ha aclarado que la anestesiología no es su especialidad y que por ello ha solicitado se forme junta médica con expertos en la materia; pero no es menos cierto, incluso hasta para el lego en materia médica, por las mismísimas máximas de experiencia, lógica y hasta sentido común, que las dosis empleadas en una intervención no pueden encontrarse tan alejadas de las recomendadas por la literatura científica más aceptada, como aquí sucede. Desafortunadamente, al no haberse realizado de inmediato un análisis que detectara los niveles en sangre de los principios activos en cuestión –obviamente, imaginamos, por la premura que imponía el estado comatoso de la menor-, no hay manera de saber si se incurrió en falsedad en los registros asentados. Sin embargo, está más que claro, que a pesar de dicha imposibilidad, no podríamos dejar de resaltar lo llamativo de las dosis que se dicen empleadas.

Por lo demás, parece éste buen momento para referirse y de paso restar todo valor probatorio a las pericias realizadas por el Círculo Paraguayo de Médicos (f. 77), la Sociedad Paraguaya de Anestesiología (f. 78) y la Junta Médica a la cual la Agente Fiscal encomendó el trabajo a pedido del perito Lemir (f. 97). Todas ellas tienen como denominador común conclusiones meramente dogmáticas, es decir, no precedidas por explicaciones que permitan comprender, por vía de lógica, de qué manera o por qué motivo se ha llegado a ellas, o en qué opiniones o principios científicos se han basado. Así, por

ejemplo, las primeras dos pericias citadas, han señalado sin más preámbulo que "...los pasos secuenciales en la administración de la anestesia han sido correctos y una vez ocurrido el accidente se han tomado todas las medidas correctivas del caso con diligencia". Está claro que en un análisis serio tales consideraciones no pueden otorgar la más mínima convicción al juzgador, a quien de tal manera no se permite saber y, por ende, verificar cuál fue el proceso intelectual previo que ha llevado a los expertos a concluirlos. Ya lo dice el mismo art. 360 del rito civil, que en la valoración de la fuerza probatoria de los dictámenes deben tomarse en cuenta los principios científicos que lo sustentan. La razón de ser de las pericias, precisamente, es la de esclarecer al juzgador un punto controvertido de la litis que, por su grado de tecnicismo, exige el concurso de un experto. Desde ese punto de vista, va de suyo que el especialista en cuestión debe proporcionar al órgano jurisdiccional información suficiente que le permita comprender lo más acabadamente posible el fenómeno analizado, las distintas variables que entran a tallar en él, amén de desarrollar el proceso lógico que ha servido de base a las conclusiones, sin descuidar las referencias bibliográficos que vengan en sustento de cuanto se afirme.

Pues bien, aunque ciertamente existen ciertas dudas sobre la actuación de la anesthesióloga en la fase operatoria, hasta aquí no se han juntado elementos de convicción suficientes como para justificar una condena por mala praxis médica. Los puntos periciales relativos a la monitorización y reanimación de la intervenida una vez detectadas las señales de alarma tampoco arrojan mayor luz sobre la cuestión. Ahora, aunque completa, la pericia no alcanza a cubrir todos los factores de responsabilidad de la anesthesióloga. De hecho, ninguno de los puntos propuestos ha versado sobre la fase preoperatoria, acaso de tanta importancia como la operación misma. Se ha dicho con claridad que "en esta fase las conductas del cirujano y del anestesista serán totalmente independientes, siendo responsabilidad del anestesista: la revisión de la historia clínica, es decir, tanto de los datos objetivos diagnósticos suministrados por el laboratorio, los electrocardiogramas, la radiología [...] como la revisión de hojas anteriores de anestesia -cuando sean pertinentes y accesibles-; la entrevista con el paciente incluyendo historial de medicaciones, alergias, experiencias anestésicas previas, historial familiar, hábitos; examen físico completo; examen físico del enfermo según la clasificación A.S.A., especificando las patologías asociadas médicas y quirúrgicas y, valorando el riesgo anestésico quirúrgico, es decir, la posibilidad

de daño o lesión durante o después de la actuación profesional del especialista; la información del plan anestésico al paciente -incluyendo el consentimiento expreso y por escrito- y, finalmente, la premedicación anestésica” (SERRANO GIL, Alfonso; La responsabilidad civil del médico anestesista, Tesis doctoral presentada a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015, pág. 251).

Acerca del análisis de la historia clínica de la paciente, de la indagación de sus patologías previas, su reacción a las drogas en general y el historial familiar, viene rápidamente a la memoria la alusión que hiciera el inferior a la respuesta dada por la señora Macchi a la posición decimoprimera que se le dirigiera en oportunidad de la confesoria a que fue sometida en la baja instancia. Sin dudas, su relevancia e incidencia nos obligan a hacer transcripción. Requerida que confiese que fue el estado de profunda anestesia el causante de la hipoxemia de la intervenida, respondió: “no es verdad, y agrega que como lo tiene expresado la niña ya no tenía drogas y solo es explicable como una reacción idiosincrásica a las drogas, sin saber cuál de ellas, reacción que ha presentado MARIA BELEN en situaciones anteriores y consultas posteriores a este acto anestésico en donde ha reaccionado en forma de no tolerar a medicamentos incluso por vía oral, como figura en consultas anteriores y posteriores. La niña ha tenido innumerables enfermedades como bronquitis y neumonía con internación, vómitos incoercibles con internación, diarreas con internación, reacción a drogas, intolerancia a drogas y también conozco que la madre ha tenido reacciones de intolerancia a anestésicos en tres situaciones de su vida como ser la cesárea de la niña y (dos abortos que ha tenido, ocultados por ella en el pre-anestésico), referidos por ella y por una familiar durante el tiempo largo en que yo estuve con ellos haciéndome cargo de todos los gastos de internación en el CERENIF, alimentos, vestimentas, elementos de higiene, al no tener ella ayuda del padre de la niña, ni ella estar capacitada para ello. También me consta por referencia de la madre que la niña, siempre estuvo carenciada de afecto familiar y de recursos económicos llegando a dejarla en guarderías del mercado 4, cuando era pequeña. Debe también constar que ha tenido patologías genitales, raras en niñas de esa edad y cuadros de infección renal, lo que avala el mal cuidado de la niña, lo que demuestra su debilidad en general e intolerancia a drogas y enfermedades” (sic., f. 348 vlto.).

Precisamente esa frágil y endeble salud que la señora Macchi describe de la intervenida la obligaba a tomar el más riguroso de los cuidados preoperatorios. Es cierto que las patologías a las que alude y las reacciones alérgicas constituían sin dudas un alto factor de riesgo de accidente anestésico, que de alguna manera podrían llegar a explicar o dar cuenta del porqué del incidente. Pero, para que dichos factores operen como eximentes de su responsabilidad, es obvio que ella debió tomar todas las medidas necesarias para evitar un resultado lesivo.

Justamente acerca de las medidas previas a la intervención que la señora Macchi debía adoptar de acuerdo con la *lex artis ad-hoc*, las demandantes aseguran que necesariamente se tuvo que haber practicado una prueba de tolerancia anestésica. Se trata de un cuestionamiento que a simple vista parece tener mérito, pero que, a no dudarlo, merecía el análisis y la experticia de un perito, lo cual, por supuesto, no nos exime de respuesta y nos obliga a indagar en la literatura médica que al respecto se ha pronunciado. Dicho ello, hemos de partir de la base que la propia Federación Mundial de Sociedades de Anestesiología considera que no es necesaria la realización con carácter general de este tipo de pruebas (Véase *Canadian Journal of Anesthesia*, 2010, págs. 57/123). Ello indica que hay ciertos supuestos en los que sí sería aconsejable o, incluso, obligatoria su práctica. A este respecto, y más puntualmente, se ha considerado que “la realización de un estudio alérgico, ha sido un tema controvertido. No obstante en la actualidad parece claro que no se deben realizar de forma indiscriminada. Algunos autores han defendido la realización de pruebas en pacientes con determinados factores de riesgo, como historia previa de alergia a fármacos, exposición previa a bloqueantes neuromusculares, contacto frecuente con derivados de amonio cuaternario, antecedentes de atopia y sexo femenino. Estudios recientes no han demostrado que la mayor parte de estos factores condicione un riesgo real de padecer una reacción adversa. Lo único que queda claro actualmente es que se deben realizar pruebas en pacientes de riesgo, considerando como tales: -Pacientes con alergia conocida o sospechada a un bloqueante neuromuscular. Debido a la reactividad cruzada entre ellos (60-80%), se deben testar todos con el fin de encontrar el fármaco seguro. -Pacientes que han presentado una reacción adversa previa tras la aplicación de una técnica anestésica. En este caso se deben testar los fármacos utilizados y el látex. -Pacientes en los que se sospeche una alergia al látex o a frutas tropicales, o en pacientes asintomáticos pero expuestos de

forma médica u ocupacional al látex y que además sean atópicos” (TORRES MORERA, Luis Miguel; Tratado de anestesia y reanimación, Tomo II, Ediciones Arán, Madrid, 2001, pág. 1779).

Los bloqueantes neuromusculares son fármacos que procuran la paralización del musculo esquelético mediante la interrupción de la transmisión neuromuscular a nivel de la sinapsis neuromuscular. Entre ellos se puede citar precisamente al atracurio utilizado en ocasión del acto en cuestión, al pancuriono, vencuriono, suxametonio, decatonio y otros. Ahora bien, al menos hasta donde resulta legible el historial médico de la menor agregado a fs. 244/253, no consta que las alergias manifestadas en María Belén Ramírez Contreras, previas a la intervención, a las que hiciera mención la señora Macchi, hayan sido producto del empleo de alguna de dichas drogas. Vale decir, hasta donde se tiene conocimiento, las reacciones adversas de la intervenida no se habían dado en el marco de la utilización de bloqueantes neuromusculares en ella, sino de otro tipo de medicamentos. Aquí es donde debe insistirse que no hay comprobación ni indicación científica alguna, según la autorizada doctrina médica transcripta, que haga creer que las reacciones a fármacos en general represente riesgo de alergia a los anestésicos. Desde ese punto de vista, no consideramos haya sido exigible la prueba de tolerancia y, por ende, la falta de ella no configura incumplimiento alguno de la demandada.

La otra objeción hecha por las demandantes en relación con el preoperatorio, es la de no haber sido informadas en momento alguno respecto de los riesgos propios de la intervención. Es indiscutible que los profesionales están obligados a proporcionar a sus pacientes información adecuada y veraz sobre las particularidades del tratamiento a ser aplicado y los potenciales riesgos ínsitos a él. Legislativamente esa obligación deriva del art. 123 del Código Penal, que castiga con pena de multa al facultativo que no obtuviera para el tratamiento a ser el aplicado el consentimiento de su paciente; consentimiento que será válido “...sólo cuando el afectado haya sido informado sobre el modo, la importancia y las consecuencias posibles del tratamiento que pudieran ser relevantes para la decisión de una persona de acuerdo con un recto criterio” (inciso 4º).

El consentimiento del paciente, en efecto, sólo puede ser expresado a plenitud una vez tenida a mano la información respectiva. En otras palabras, el derecho humano a consentir las intervenciones médicas depende

fundamentalmente del correcto cumplimiento del deber del médico de proporcionar de manera entendible y certera la información relevante o, si se quiere, de hacer una proyección del escenario con sus respectivas variables. Ya lo decía un antiguo precedente norteamericano, considerado como uno de los leading cases en la materia: “Es el derecho de autodeterminación del paciente el que establece la carga del deber de revelación. Este derecho solo puede ejercerse de forma efectiva si el paciente posee una información suficiente que le capacite para elegir de forma inteligente” (Canterbury vs. Spencer, 1972). En el mismo sentido, se ha puesto de relieve que “...para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presente, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación” (fundamento quinto del art. 15 de la Constitución Española).

En esta línea, la doctrina nacional refiere: “...como el quehacer del médico se relaciona con los bienes más preciados del ser humano, el médico está en la obligación de explicar al paciente el tratamiento, el diagnóstico y eventualmente los resultados que espera obtener, por ejemplo, de una intervención quirúrgica, sin ocultar los riesgos; pero la amplitud y el grado de esta información son esencialmente variables, dependientes ante todo de la naturaleza de la información proyectada” (TORRES KIRMSER, José Raúl; Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley Paraguaya, Asunción, 2ª ed., 2001, págs. 96/97).

Por lo demás, la trascendencia de este derecho ha sido vehementemente resaltada por el Tribunal Supremo español, al señalar que “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los de-

rechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo” (Sala 1^a, Civil, 12 de enero de 2001).

A estas alturas huelga decir que el incumplimiento o la deficiente observancia del deber de información del médico constituye una vulneración de la *lex artis*, que lo deja expuesto a responsabilidad civil. Doctrina de renombre rescata al respecto, que “el consentimiento informado es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado... forma parte de toda actuación asistencial y se encuentra incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico, por tanto, se constituye como una exigencia de la *lex artis* para poder realizar la actividad médico-quirúrgica” (GALÁN CORTES, Julio César; Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001, pág. 23).

La pregunta obvia es de qué manera debe exteriorizarse, instrumentalizarse o, lo que es lo mismo, cómo ha de constar la información que se ha dado y el consentimiento del paciente o de la persona encargada. No hace falta decir que por la incipiente edad con que entonces contaba la intervenida era su madre la que debía recibir la información y dar su consentimiento. A esta interrogante, respondemos nosotros que el consentimiento informado de la señora Contreras debía, a los efectos probatorios, constar por escrito. La exigencia deriva de la relevancia de la intervención que requería de la utilización de anestésicos, los que según vimos representan siempre un elevado riesgo para la salud del paciente que sea y, sobre todo, para aquellos cuyo estado es de por sí delicado como parece haber sido el caso de la menor. Es evidente que a medida que mayores sean los riesgos o más delicada sea la intervención, también mayor es el interés de que se haya dejado constancia en el medio más seguro posible de la comunicación de ellos -los riesgos- y de su asunción. Otra manera de ponerlo sería diciendo que, cuanto más expuesto se viera el bien jurídico que el ordenamiento busca proteger, más mecanismos de tutela se deberían proveer. Ello se ve reflejado en la legislación comparada, de entre la cual a título de ejemplo puede citarse al art. 8.2 de la ley española N^o 41/2002, de 14 de noviembre, que transcrita reza lo siguiente: “El consentimiento será verbal por regla

general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. Actualmente, incluso, los establecimientos de salud del país, ora públicos, ora privados, están obligados a seguir el manual de normas y procedimientos del expediente clínico, creado por Resolución S.G. Nº 27 de fecha 05 de agosto de 2010, dictada por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el cual define al consentimiento informado como el “documento donde el paciente o el familiar más cercano jurídicamente responsable, tutor o curador manifiesta que fue debidamente informado por el médico tratante y firma su reconocimiento sobre la situación de salud y/o enfermedad, así como los posibles tratamientos, beneficios y riesgos de cada uno, probables complicaciones, mortalidad y secuelas y acepta en forma voluntaria recibir el tratamiento médico/quirúrgico y/o procedimientos necesarios”. Técnicamente, el documento es la concreción o materialización de alguna idea o declaración en el medio físico que sea. Sin embargo, como la definición habla de firma de consentimiento, entendemos que se ha querido referir a un instrumento o, lo que es lo mismo, al medio escrito en particular.

Está claro que el hecho que no se haya registrado el consentimiento por escrito no empece a que se lo demuestre por otros medios. En otras palabras, la forma escrita no es impuesta con carácter absoluto o ad solemnitatem, sino a fines de facilidad probatoria. Pero de la misma manera, no puede haber dudas de que la prueba que pretenda suplir a la escrita deberá ser lo suficientemente precisa y contundente como para crear la necesaria convicción. Es la solución que adopta López Mesa, para quien “...no se trata en ninguno de dichos casos de formas sacramentales sino orientadas a facilitar la prueba, por lo que si aun no existiendo consentimiento por escrito, se probara que ha existido consentimiento verbal del paciente, la práctica médica sería igualmente válida. Lo contrario implicaría un ritualismo vano y sin sentido” (LOPEZ MESA, Marcelo; “Pacientes, médicos y consentimiento informado”, en Revista Jurídica La Ley, Responsabilidad civil, Doctrinas esenciales 1936-2007. Jorge Horacio Alterini (Director), Tomo V. Fondo Editorial Derecho y Economía, Buenos Aires, 2007, pág. 632).

La demandada ha alegado que la provisión de la información consta en el historial clínico de la intervenida, pero si se observa con atención se nota que en realidad es en la ficha operatoria en la que se ha asentado que

se había informado a la madre sobre el riesgo anestésico (f. 266). Apenas si hace falta decir que tal registro unilateral, incluido en apartado ni siquiera previsto para el efecto, sin mayores detalles sobre los riesgos concretos y puntuales y sin participación ni conformidad alguna de la demandante, no puede hacer prueba de que se ha suministrado la información pertinente, relevante y necesaria para que el consentimiento se prestara plenamente, en completo estado de consciencia sobre la magnitud de las potenciales consecuencias del acto anestésico. No hay, por lo demás, otro escrito -ni prueba alguna- en el que conste o que demuestre que la señora Isidora Contreras ha manifestado asumir los riesgos de la intervención que previamente le hubieran sido explicados por la facultativa y esto, como no puede ser de otra manera, implica un incumplimiento de la obligación de medios de la anes-tesióloga, potencialmente generador de responsabilidad.

Esto nos deriva, en primer término, al examen de la rectitud del juzgamiento que sobre los catalogados como daños emergentes ha hecho el inferior.

En ese orden, hemos de recordar que a tal título, es decir, de daño emergente, se han reclamado los gastos necesarios para la recuperación de la menor María Belén Ramírez Contreras, cálculo para el cual se afirmó deberían tenerse en cuenta los gastos hechos y los que en el futuro deberían realizarse en rehabilitación, sesiones de fisioterapia, estimulación muscular, medicamentos, maestras, fonoaudiólogos, honorarios médicos, etc.

El inferior ha decidido justo conceder la suma de G. 9.230.000, con intereses al 2% mensual desde la notificación de la demanda, en el referido concepto, luego de valorar la instrumental de fs. 456/457 -parte del informe remitido por la Fundación Solidaridad. Aunque de acuerdo en que ese monto deberá integrar la condena y, si bien nos vemos impedidos de modificarla en más por motivos de cosa juzgada, y por la prohibición del principio de la reformatio in peius, no podemos dejar de señalar que se ha obviado por completo considerar los gastos que en lo sucesivo, es decir, luego del 14 de agosto de 2006, fecha del informe, debían haber sido soportados en pos a la recuperación o, en su caso, al mejoramiento de las condiciones de la damnificada directa; daños futuros expresamente reclamados por la señora Isidora Contreras. Del mismo informe de la Fundación Solidaridad se desprende que muchos aspectos del desarrollo físico y mental de la menor aún merecían extenso tratamiento y que continuaría por más tiempo con medicaciones, como regeneradores neuronales (véase fs. 446/454). Tal es la conclusión a la

que además se arriba de las testimoniales de Adriana Aida Zacur Sharpin –Directora General del Centro de rehabilitación neurológica para el niño impedido físico o, por sus siglas, CERENIF- (fs. 376/378), Alexis Daniel Rutia Segovia –fisioterapeuta de la damnificada- (fs. 384/385), Claudia Susana Román de Florentín –fisioterapeuta de la damnificada- (f. 386), Carolina Cicao –Directora pedagógica del Programa educativo para niños con discapacidad física o, por sus siglas, PENDIF- (fs. 395/936) y Regina Florentín –Docente de aula del Programa educativo para niños con discapacidad física o, por sus siglas, PENDIF- (fs. 397/398). Los dichos de estas personas y los informes que constan en las instrumentales remitidas por la Fundación Solidaridad, no por emanar de mayor número de personas, sino por provenir de profesionales que han dedicado considerable cantidad de horas al tratamiento y observación de María Belén Ramírez Contreras, inciden en mayor medida en nuestra convicción que la examinación única hecha por el perito Mendoza a la entonces menor (fs. 649/651). Este último informe, además, no alcanza a explicar por qué o de qué manera las pruebas realizadas permitieron concluir al examinador que la menor tiene un desarrollo normal o que no ha quedado con secuelas irreversibles. Al menos a vista de un inexperto, no queda claro cómo es que la constatación de que la menor pueda orientarse espacial y temporalmente, o que pueda realizar sencillos ejercicios de memoria o atención, haya implicado para el perito que su desarrollo es normal y que no hay lesiones permanentes. A nuestro parecer, a falta de toda explicación científica por parte del perito sobre la validez y alcance de las pruebas practicadas, los parámetros tenidos en cuenta no indican necesariamente el perfecto estado de desarrollo neurológico y físico de la menor conforme con su edad biológica, debiendo haberse demostrado, en todo caso, por literatura científica, que las pruebas eran suficientemente indicativas de los niveles concluidos por el perito. A nadie podría ocultarse que, aunque capaz de realizar los ejercicios propuestos, quizás ellos no resultaran ser los idóneos para reflejar el desarrollo normal de la damnificada y que, expuesta a pruebas de la complejidad propia del nivel de una niña de su edad, no pudiera llevarlas a cabo satisfactoriamente. De esta guisa, es obvio que dicho informe no logra crear en nuestro ánimo certeza suficiente sobre las conclusiones a las que arribara el susodicho perito. Pero, como ya lo dijimos, por eso de que nadie recurre en su propio perjuicio, la condena por el rubro en cuestión no admite modificación.

Estas consideraciones son además de suma relevancia para la valoración cualitativa del daño moral –innegablemente– sufrido por la menor. Si bien el agravio moral no está exento de prueba, hay ocasiones en las que exigirla sería un despropósito por derivar el daño de un hecho de tal magnitud e incidencia en la esfera personal de una persona, que su existencia es notoria, ostensible y susceptible de ser percibida y entendida por todos. No hay dudas que este es uno de esos supuestos y, en realidad, mayores consideraciones serían ociosas.

Que ni siquiera se insinúe que por carecer entonces de discernimiento, o por padecer de inmadurez o deficiente desarrollo mental, la damnificada directa no es pasible de daño moral por no comprender o, no acabadamente al menos, el perjuicio que ha sufrido. A esta tesis, que hoy se encuentra en franca retirada, respondemos que la desazón o la angustia no son las únicas manifestaciones del agravio moral, que indudablemente se produce también -y acaso con mayor proporción- cuando las posibilidades psicofísicas de una persona se ven disminuidas a tal punto que la capacidad de comprensión del entorno se ve perdida. Sería inentendible, amén de sumamente injusto, que se viera en mejor posición aquel que dejara a una persona mentalmente incapaz o que dañara a un incapaz, que el victimario que no alterara las facultades mentales de una persona y/o que dañara a una persona que tuviera un pleno desarrollo normal. Pizarro y Vallespinos lo explican con mayor claridad, al decir que “la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral, pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima de un obrar ajeno. La posible falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen a su esencia. El disvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantándola, y cercena sus posibilidades intelectuales. Por eso es también daño moral la parálisis, que importa una minoración o pérdida de la aptitud de sentir. La pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos, y más aún, de la posibilidad de encontrarse en una situación anímica deseable es daño moral. Esto explica que la mera privación o supresión temporal de tales facultades

deba ser indemnizada por la disminución personal que denotan. El solo disvalor subjetivo producido, que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso, alcanza para configurar el daño moral. La solución no puede ser otra cuando la víctima por su estado de salud o por su edad no puede comprender la entidad del agravio al momento de su consumación, pero en cambio sí puede hacerlo más tarde, al cesar el estado en que se encuentra, de inmadurez o inconciencia, ya por mejorar o por recuperarse del padecimiento que la afectaba (v. gr., persona en estado de coma que es violada por un enfermero, y luego se recupera), o al alcanzar la madurez suficiente para comprender la entidad del detrimento (v. gr., un menor de pocos meses que sufre un daño moral a raíz de lesión a su integridad psicofísica con secuelas futuras irreversibles como la pérdida de aptitud para procrear). Existe en tales supuestos un daño moral evidente, actual y, sobre todo, futuro que debe ser resarcido. Zavala de González ha sintetizado brillantemente esta posición: `Aun cuando se conciba al daño moral como un resultado espiritual (...) sufrir moralmente (en sentido jurídico) no es sólo experimentar un dolor físico o psíquico, sino soportar un desmedro existencial. El daño moral no es sólo lo que el sujeto siente, sino lo que vive (vive peor), por lo que precisamente constituye un daño moral gravísimo la reducción del ser humano a vida vegetativa, a raíz de la pérdida de toda aptitud para experimentar el sufrimiento´. No sorprende que nuestra jurisprudencia se incline decididamente en este sentido, admitiendo el derecho a obtener reparación del daño moral en favor de niños de corta edad, o de personas que, por alteración en sus facultades mentales, se encuentran privadas de razón, ya en forma temporaria, o bien, de manera irreversible, o de aquellas que están en estado de vida vegetativa” (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G.; Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Tomo IV, Editorial Hamurabbi, Buenos Aires, 2008, págs. 335/336).

Juzgada así la existencia del daño moral, hemos de determinar ahora su contenido intrínseco, vale decir, la profundidad, intensidad y proyección de la alteración disvaliosa del espíritu padecida por María Belén Ramírez Contreras, teniendo en cuenta “...la entidad objetiva de la lesión, sus secuelas físicas y fisiológicas, el padecimiento experimentado por la víctima, la necesidad de intervenciones quirúrgicas, las proyecciones temporales del daño, el carácter irreversible del detrimento o la posibilidad de ser mitigado mediante terapias adecuadas; sus secuelas y la incidencia del transcurso

del tiempo como factor que reduzca o agrave el perjuicio; su implicancia en la vida de relación y en el proyecto de vida del perjudicado; la reducción de las expectativas de vida que genera, la forma y modo en que se produjo el hecho lesivo, etcétera. Asimismo, la idoneidad del menoscabo para afectar la aptitud de gozar de los bienes de la vida que tenía el damnificado antes del hecho dañoso. Se incluye aquí, entre otros aspectos, las actividades intelectuales, artísticas o deportivas; las relativas a la vida de relación; o todas aquellas que normalmente le proporcionaban placer, bienestar o gozo no reprobados por el ordenamiento jurídico” (PIZARRO, Ramón Daniel; Daño moral, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 557/558). Medido de tal manera el impacto es que nos encontraremos en condiciones ideales de traducir el menoscabo a numerario, es decir, de efectuar la estimación monetaria del daño moral.

A tal respecto, recordamos que ya habíamos hecho remisión a ciertas testificales que daban cuenta de las dimensiones de las secuelas de la lesión sufrida y de sus proyecciones futuras; declaraciones que, por cierto, permiten inferir también las potenciales incidencias en el disfrute de las posibilidades que la vida de relación ofrece. La mera remisión, sin embargo, no será ahora suficiente, por la necesidad de que ciertos pasajes queden indelebles en la letra de esta sentencia y así se tenga bien presente la magnitud de las alteraciones sufridas por la damnificada. En ese orden, podemos rescatar en primer lugar la respuesta que diera Adriana Zacur al ser preguntada si la lesión neurológica puede revertirse en forma completa, como si nunca hubiese existido. A ello dijo: “habitualmente no, las lesiones cerebrales son de carácter estable, no progresivas cuando son producidas en un cerebro inmaduro. Una vez establecidas las lesiones con daño neuronal, no es reversible” (sic., f. 376 vlto.). A otra pregunta contestó que “la niña todavía no tiene establecida una recuperación neurológica y funcional que permita dejar el tratamiento de rehabilitación y este tratamiento de rehabilitación se mantendrá en cuanto exista potencial a ser optimizado en todas las áreas neuropsicomotoras (sic., f. 376 vlto.); y más adelante señaló que: “fisioterapia debe continuar mientras existan trastornos de coordinación y equilibrio, la frecuencia habitual es de por lo menos tres veces por semana en esta etapa” (sic., f. 376 vlto.). Por su parte, tanto Alexis Ruttia como Claudia Román han contestado igualmente que no hay posibilidades de reversión completa de la lesión neurológica (fs. 384 vlto. y 386). También cabe citar lo señalado

por Carolina Cicao quien señaló que la damnificada respondía muy lentamente a los estímulos de aprendizaje, que “posee dificultad de coordinación viso motora y gruesa y también tiene desequilibrio, tropieza fácilmente...” (sic., f. 395 vltto.) y que “...el desfasaje existe y nunca va a funcionar como una niña normal de su edad” (sic., f. 395 vltto.). En el mismo sentido, Regina Florentín afirmó que “...la niña no se desenvuelve en muchos aspectos como una niña de ocho años de edad” (sic., f. 397 vltto.).

Como puede verse, parece estar fuera de toda duda que María Belén Ramírez Contreras nunca podrá desarrollar a plenitud sus capacidades psicofísicas, quedando truncadas probablemente para ella muchas de las posibilidades que de otra manera habría tenido. Es incierto para este Juzgador si podrá o no dedicarse a la profesión o a las actividades intelectuales disponibles a la generalidad de las personas, si debido a sus problemas motrices podrá o no tener cabida en juegos o deportes que exijan habilidades de tal tipo, si tendrá la capacidad suficiente como para formar una familia y criar hijos, etc. Ahora, lo que sí es seguro es que como consecuencia de la lesión, su potencial en todas esas áreas quedará, a los menos, considerablemente reducido de por vida.

Pues bien, ponderada así la magnitud de los padecimientos morales de María Belén Ramírez Contreras, resta fijar el monto de la obligación indemnizatoria consecuente. Acerca de esto, se ha señalado ya en anteriores fallos que la determinación de un monto en dinero que compense los daños morales es dificultosa, dado que el daño en cuestión tiende a resarcir la modificación disvaliosa del equilibrio de bienes no patrimoniales de una persona, cuestión que debe ser contemplada desde una perspectiva muy especial. Pero la mera dificultad en la valuación del daño no puede ser óbice para su reconocimiento. La mayor o menor dificultad de la prueba del quantum del daño moral no puede impedir su reparación, ya que a veces también resulta difícil la acreditación de la entidad del daño patrimonial, tal como sucede, verbigracia, en el caso de pérdida de chance.

Hay que tener presente que se trata de un resarcimiento aproximativo o satisfactorio donde la moneda se proyecta para obtener otros goces espirituales o materiales, que alivien, si acaso, la condición actual. Dicho en otros términos: la reparación integral del daño moral, no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio y menos sustituirlo por

un equivalente. Por eso doctrinaria y jurisprudencialmente se afirma que para compensar el daño injustamente sufrido, hay que acudir al prudente arbitrio judicial, que debe atenerse a una recta ponderación de sus características, ya antes expuestas.

Este carácter resarcitorio implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agraviado (CNCiv., Sala I. 21/12/99. “Díaz de Vivar, Elisa M. c Neustadt, Bernardo y otros”. La Ley, 2000-A-305. DJ, 2000-1-998 y RCyS, 2000-879) (TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J; Presupuestos de la Responsabilidad Civil, Tomo I, 1ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, págs. 481/482, 499/500).

Así, se debe establecer en este concepto una suma proporcionada a la –ya descripta– magnitud de la incidencia que la lesión causada ha tenido en el plano psicofísico de la damnificada, no sin antes advertir que no se ha solicitado una suma específica en concepto de daño moral, sino una suma global de G. 800.000.000 que, además, representaría la indemnización por lo que se denominó incapacidad sobreviniente y menoscabo a la capacidad vital, así como daño emergente. Pues bien, esta Magistratura se ve en el predicamento de fijar algún parámetro monetario de algo que es sustancialmente inmaterial e invaluable, y considera prudencial hacerlo en la suma de G. 350.000.000, que entendemos es el tope de la pretensión por daño moral, atendiendo a que algún valor habrá que otorgar también a los demás ítems incluidos en los referidos G. 800.000.000. Ahora bien, desafortunadamente nos vemos en la imposibilidad de pronunciar condena por dicho monto, toda vez que con ello estaríamos colocando a la única apelante en una situación de suyo más desfavorable que la que le afectaba y que ha motivado la interposición de este recurso. De esta suerte, la condena deberá limitarse a G. 10.000.000, suma que hace de tope por ser el monto a que había sido condenada en tal concepto en la instancia anterior. La demandante había solicitado la adición de los intereses, los que igualmente no nos es dado incluir en la condena, ya que por la pretensión de daño moral, la

demandada no había sido condenada a ellos por el ad quem, sin que –insistimos- nuestro pronunciamiento puede vulnerar el principio reformatio in peius.

Finalmente, para la distribución de las costas deberá tenerse en cuenta, antes que nada, la individualidad e independencia de las acciones promovidas en su contra por cada una de las demandantes. Esto es, no debe perderse de vista que tanto la señora Isidora Contreras como su hija María Belén Ramírez Contreras han demandado separadamente, aunque en un mismo escrito, los daños personales que han sufrido. Lo que es lo mismo, existe acumulación subjetiva activa de acciones, de modo que a cada pretensión corresponde un pronunciamiento separado de costas. Dicho ello, consideramos que en ambos casos, las costas de todas las instancias deberán ser pagadas por su orden, atentos a que la cuestión sometida a decisión es objeto de interpretaciones y tesis dispares en jurisprudencia y doctrina, todo ello de conformidad con el art. 193 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO JOAQUÍN MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Me adhiero al sentido del voto del preopinante.-

Comparto también los fundamentos dados a la resolución tomada. Sin embargo, deseo realizar unas puntualizaciones, meramente conceptuales, a fin de expresar mis criterios sobre puntos que considero necesario aclarar.

1. Considero que no necesariamente toda relación paciente-médico, será contractual. Piénsese al efecto los siguientes casos:

a) Cuando la prestación del médico no es contratada por el paciente, sino éste contrata con una empresa -denominada comúnmente “Seguro Médico”- quien se vale de médicos, a quienes, a su vez, contrata para que éstos atiendan a los asegurados. En este caso, la relación paciente-médico no será contractual, pues el contrato fue firmado -reitero- entre el asegurado y la empresa médica. Por ende, si existe alguna responsabilidad derivada de la actividad del médico, ésta será, en relación al paciente, claramente extracontractual.

b) Cuando el médico presta un servicio de asistencia a una persona privada, aunque sea transitoriamente, de conciencia, como el supuesto de atención a un accidentado que llega de urgencia a un hospital, totalmente inconsciente, y es sometido a una intervención quirúrgica. En este caso, la relación paciente-médico, será también extracontractual.

c) Cuando el médico presta un servicio de asistencia médica a una persona que rehúsa ser atendida porque quiere, precisamente, morir, como

el caso del médico que atiende a un suicida frustrado, en el cual, ante el intento fallido de autoeliminarse, el sujeto dañado no admite ser intervenido. En este caso, tampoco existe acuerdo, y debería tratarse bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual.

d) Cuando, dentro del marco de una relación contractual, el médico comete un acto doloso contra el paciente, buscando su muerte. En este caso, la relación será también extracontractual.

Como se ve, no necesariamente la relación paciente-médico será necesariamente contractual, sino que habrá supuestos en los cuales la relación entre aquellos podrá ser extracontractual. Huelga citar las diferencias entre las relaciones contractuales y extracontractuales, pero vale decir, fugazmente, que el sistema de responsabilidad civil establecido por nuestro Código Civil responde a lo que cierta doctrina ha llamado dualismo débil, ya que, si bien tenemos dos estatutos diferentes uno para la responsabilidad contractual (arts. 417 y ss.) y otro para la extracontractual (arts. 1833 y ss.), con soluciones muy diferentes en muchos puntos (plazos de prescripción, extensión del resarcimiento, etc.) existen puntos en común entre ambas responsabilidades, como el concepto de culpa y la cuantificación del daño (art. 1855 C.C.).

Dicho esto, debo concluir que el presente caso se trata de uno de aquellos en los cuales no existe un vínculo previo entre paciente y médico tratante, es decir, la eventual responsabilidad civil de éste último será claramente extracontractual, pues el vínculo previo no se dio entre paciente y médico, sino entre paciente y seguro médico -en este caso, público- por lo cual, reitero, no puede afirmarse que entre los médicos demandados y las actoras haya existido un vínculo contractual previo.

Sin embargo, en este caso puntual y concreto, el hecho de determinar que el vínculo entre las partes sea extracontractual y no contractual, no altera la decisión y los fundamentos tomados por el preopinante, y paso a explicar por qué.

Si se realiza el encuadre del caso, tal como se dio, como una responsabilidad civil contractual, es correcto también concluir que el médico tratante asume una obligación llamada “de medios” en virtud de la cual el sujeto obligado -el médico- está constreñido a observar una conducta diligente sin que le sea exigible obtener un producto o efecto determinado, aunque éste haya sido apetecido por la otra parte. De esta forma, el paciente que contrató con el médico obtendrá la conducta diligente del médico tratante,

y solamente ésta, no pudiendo exigir la obtención de un resultado puntual. De esta forma, siendo la obligación del médico, una “de medios”, el médico se liberará de toda responsabilidad probando que actuó diligentemente, es decir, probando que obró según la “lex artis” indicada para el caso puntual y concreto. Omito toda referencia a la carga probatoria impuesta por nuestro sistema legislativo y la notoria traslación que en los casos de médicos se ha hecho carne en la doctrina y la jurisprudencia, a través de la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas, por ser innecesarias para la resolución de este caso.

Por otra parte, si se encuadrara correctamente el caso como responsabilidad civil extracontractual -en posición que asumo- la actividad probatoria será -en este caso- idéntica a la indicada en el párrafo anterior: deberá girar en torno a la debida diligencia que debió observar el médico tratante en la atención del caso puntual y concreto que dio pie a la demanda en cuestión. En consecuencia, aun cuando este es un caso de responsabilidad civil extracontractual por hecho propio, la actividad probatoria gira en torno al mismo eje: la conducta -culposa o no- del sujeto demandado, de modo tal a determinar si existió o no omisión de diligencias debidas, según la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 421 C.C.).

Por tanto, es enteramente aplicable al presente caso, correctamente encuadrado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, todo lo dicho por el voto del Ministro preopinante en función a la actividad probatoria desplegada en relación a la médica demandada.

Tampoco comparto la posición que señala que producido un incumplimiento contractual, se presume la culpa del sujeto obligado en el acuerdo. Al respecto, haciendo una muy breve sinopsis del tema, debo volver a la clasificación de medios y de resultado hecha por la doctrina en cuanto a las obligaciones contractuales. En ese sentido, en las llamadas “obligaciones de medio” el sujeto obligado -tal como se anticipó- se libera probando simplemente diligencia, u otra eximente -caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena- aunque éstas últimas no son necesariamente, siendo suficiente la prueba de la debida diligencia. Si la carga probatoria pesara sobre el actor de la demanda, en este tipo de obligaciones de medios, el mismo estará constreñido a demostrar la culpa o el dolo del sujeto obligado.

Por otra parte, si la obligación contractual fuere de resultado -entendida por tales, aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener un

producto o un efecto, sin tomarse en consideración la diligencia del sujeto obligado- será insuficiente que el deudor demuestre haber observado una conducta idónea para el caso concreto, sino que deberá demostrar la imposibilidad de cumplimiento, mediante un hecho externo e imprevisible: el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena, excluyéndose expresamente a la prueba de la debida diligencia como válida para exonerarse del incumplimiento de una “obligación de resultado”.

Esta diferencia fue claramente marcada ya hace muchos años, precisamente en 1925, por René Demogué, cuando demostró las diferencias entre el sistema monista y el sistema dualista de la responsabilidad civil.

Por ende, queda así ratificado mi criterio en el sentido que no todo incumplimiento hace presumir la culpa del sujeto obligado, sino que podría afirmarse, en cierto sentido ello, sólo en relación a las obligaciones de resultado. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA MIRYAM PEÑA CANDIA DIJO: Coincido igualmente con el colega preopinante en cuanto aborda el reclamo indemnizatorio desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, y específicamente, en cuanto concluye que la anesthesióloga, la Dra. Ana María Machi, ha incumplido con la obligación de medio a su cargo, en lo que respecta al deber de obtener el consentimiento de la paciente, en este caso, de la representante legal de la niña. Ciertamente, era carga de su parte la prueba escrita del consentimiento informado, esto es, del consentimiento obtenido previa información detallada acerca de los riesgos que traía aparejada la intervención, no siendo suficiente para el efecto un registro unilateral sin mayores detalles de los riesgos, y sin participación alguna de la representante legal de la niña.

Si bien también considero que la condena en concepto de daño moral sufrido por María Belén Ramírez es ínfima, dadas las aristas del caso, no queda otra que confirmar el quantum indemnizatorio establecido por el Tribunal, atendiendo al principio de la reformatio in pejus, que no autoriza agravar la situación del único apelante.

Asimismo, estoy de acuerdo en que debe ser confirmado el fallo de segunda instancia, en cuanto hace lugar a la demanda promovida por la señora Isidora Contreras contra la Sra. Ana María Macchi, por la suma de G. 9.300.000 -daño emergente-, más intereses del 2% mensual desde la notificación de la demanda, por los mismos fundamentos. Así también, en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

cuanto a la imposición de costas por su orden, con base en lo dispuesto en el Art. 193 del C.P.C.

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:

ANULAR OFICIOSA y PARCIALMENTE el Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 11 de abril de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala, en cuanto ha juzgado como propia de la señora Isidora Contreras una pretensión promovida por ella a título de representante de su entonces menor hija, María Belén Ramírez Contreras, y en cuanto ha omitido pronunciamiento respecto de la pretensión por daño moral promovida por María Belén Ramírez Contreras contra la señora Ana María Macchi; y consecuentemente;

REVOCAR la Sentencia Definitiva N° 6 de fecha 01 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital y, en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda indemnizatoria promovida por María Belén Ramírez Contreras contra la señora Ana María Macchi, quien resulta condenada por la suma de G. 10.000.000, en concepto de daño moral, a ser pagada en el plazo de 10 días de quedar firme esta resolución. IMPONER las costas en todas las instancias en el orden causado.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 11 de abril de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala, en cuanto ha hecho lugar a la demanda promovida por la señora Isidora Contreras contra la señora Ana María Macchi, por la suma de G. 9.230.000, más intereses al 2% mensual desde el 26 de noviembre de 2003. IMPONER las costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Eugenio Jiménez Rolón, Alberto Joaquín Martínez Simón y Miryam Peña Candia.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Secretaria Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

Cuestión debatida: El presente fallo se trata en una demanda sobre indemnización de daños y perjuicios originados en un supuesto antijurídico civil proveniente de una querrela promovida en sede penal, en donde la parte actora ha reclamado una indemnización de daños y perjuicios por el abandono de querrela.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios.

A priori es preciso indicar los requisitos sine quam non, que deben existir para que cualquier demanda sobre indemnización prospere. Así se requiere la existencia de: a) antijuridicidad, que es el comportamiento o conducta en contradicción con el ordenamiento jurídico, b) imputabilidad, que es la posibilidad de atribuir la antijuridicidad a una persona determinada, siendo claro que esta imputación puede ser física u objetiva, o jurídica o subjetiva, c) dañosidad, que es el menoscabo -material o moral-, que se produce en forma directa por el mal hecho a la persona, a sus derechos o facultades, o en forma indirecta por el mal hecho en las cosas de su dominio o posesión, siendo siempre pasible de apreciación económica, y d) causalidad, que es la relación entre la conducta antijurídica, y las consecuencias dañosas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Dolo.

Demandar daños y perjuicios como derivación de una acción penal rechazada no es un aspecto nuevo en el Derecho de Responsabilidad Civil.

Veamos, a contrario de lo expuesto por la parte actora, el A-quo no utilizó como columna vertebral el Art. 1090 del Código Civil Argentino, sino más bien puntualizó que se debe analizar si existió dolo en el actuar de la

parte demandada al promover la querrela, dolo que se traduce en el conocimiento cierto de la inocencia de la persona involucrada, y por ende su inclusión en un proceso penal al solo efecto de perjudicarla, lo que el A-quo considero es la corriente doctrinaria y jurisprudencia mayoritaria, reconociendo que existen voces en contrario.

En la cuestión, actualmente, y luego de la decisión de la máxima instancia judicial (Ac. y Sent. N° 1286 (bis) del 3 de diciembre de 2007) soy de la opinión que la sola existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado o querellado no es suficiente para que éste pueda reclamar al denunciante daños y perjuicios. La pretensión resarcitoria exige determinar el carácter calumnioso de la acusación o denuncia, fuere porque el denunciante sabía que el imputado era inocente (dolo), fuere porque radicó una denuncia negligente, precipitada o imprudente (culpa). Se conjugan los factores de atribución -el dolo o la culpa- con la causa del daño que se atribuye al responsable.

Básicamente, la reparación de los perjuicios derivados de una denuncia sólo procede cuando quien la efectuó ha obrado con malicia, temeridad o, por lo menos, con ligereza culpable. El acusado puede perfectamente ser absuelto y sin embargo, no haber incurrido el querellante o denunciante, en el delito de acusación calumniosa ni contraer responsabilidad civil, cuando la forma en que se presenten los hechos que dan margen a la querrela, realmente autorizaban la opinión de la existencia del delito. De no acreditarse las violaciones legales denunciadas deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria.

No esta por demás, mencionar que en lo que respecta a la persecución de los hechos punibles, subyace el interés de la sociedad, la que se encuentra directamente interesada en la investigación y represión de los delitos penales. Por lo tanto, para que el mecanismo reparador previsto en la ley civil pueda ponerse en marcha, es menester que el denunciante o querellante actúe con total desaprensión, en forma temeraria e imprudente, entendiéndose que debe responder por el daño causado cuando formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la Acción Penal.

En efecto, y en tal sentido, en supuestos como el que nos ocupa, una autorizada doctrina establece que no procede atribuir carácter falso o calumnioso a la denuncia o querrela si el querellante o denunciante en su caso,

abrigaban motivos fundados para estimar como verosímil la imputación o lógica la sospecha, o si obraron en defensa de un interés perjudicado y sin saber la falsedad de la imputación. Se establece doctrinariamente: “La falsedad de la imputación debe referirse, para que exista calumnia o acusación calumniosa, a los hechos en sí, y no a la calificación legal de los hechos, Salvo burda equivocación (ROBERTO PECACH, Responsabilidad Civil por denuncias o querellas precipitadas e imprudentes”. (J.A., 65, pp. 110ss, en nota).- En dicho artículo se enumeran los requisitos a conjugar para que pueda hablarse de acusación calumniosa: a) Que se haya acreditado la inocencia del acusado, por la correspondiente absolución o sobreseimiento definitivo; b) Que haya existido dolo, malicia o intención de dañar, en el denunciante o querellante; c) Que el denunciante o querellante haya conocido la falsedad de los hechos de que acusaron e imputaron.”- (PECACH, op. cit., pp. 113-114).- Por otra parte los Tribunales han establecido como presupuestos indispensables de la calumnia: la imputación de un delito de acción penal pública, la falsedad de la imputación y el conocimiento de la falsedad (ver, La Ley, 15-281; La Ley, 44-711; D.J., VI-145.- De igual modo, la jurisprudencia extranjera señala: “... en la demanda calumniosa no basta la falsa imputación de un delito que de lugar a la acción pública, se requiere además, que el imputante, esté consciente de esa falsedad, elemento subjetivo indispensable para cohonestar la incriminación legal con la colaboración popular requerida por el Estado en defensa de la sociedad, y en pro de una más eficaz administración de Justicia; como en este caso el interés protegido no es solo el honor de las personas, sino la administración de justicia; si la sola falsedad objetiva fuera suficiente para condenar al que denuncia la comisión de un crimen, muy difícilmente se atrevería nadie a hacerlo y la justicia debería prescindir de éste útil auxilio...” (J.A., 1952-III, pág. 259).

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción.

En primer lugar, se hace necesario mencionar que la excepción de falta de acción se halla prevista en el art. 224 inc. “c” del Cód. Proc. Civ.; constituye el modo de denunciar la falta de legitimación sustancial activa o pasiva de las partes, que se configurará en aquellos casos en los que el actor o el demandado no son titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. La normativa procesal supedita el tratamiento como

previa de dicha defensa a la circunstancia de que la falta de legitimación sustancial surja manifiesta, notoria, patente o evidente, vale decir, que pueda resolverse con los elementos incorporados al expediente sin necesidad de producirse prueba, ya que esta última circunstancia indicaría que la ausencia de legitimación no aparecería con la evidencia exigida por la ley.

Para que prospere la excepción de falta de acción se requiere, entonces, que no exista vínculo jurídico que sustente la pretensión entre actor y demandado. No se trata, pues, de que no se den los presupuestos o requisitos de procedencia de la pretensión –fundabilidad- sino en que no haya sustrato obligacional o relacional de derecho entre las partes. Así pues, habiéndolo, la excepción no prosperará, aunque la pretensión misma resulte luego no ser admitida por falta de algún requisito de procedencia o fundabilidad. Aquí debe resaltarse la distinción entre vínculo o vinculación y requisitos de procedencia o fundabilidad de la pretensión, ya que son cosas distintas. Así lo ha entendido la doctrina; “(...)entre la falta de legitimación y la falta de interés median diferencias conceptuales, puesto que la primera se refiere pura y exclusivamente a la cualidad de titular o no de la relación jurídica sustancial, mientras que la segunda es un elemento sustancial del llamado “derecho de acción” que ha sido debidamente diferenciado por CARNE-LUTTI (Instituciones, I, pág. 516), el que en síntesis hace notar que el interés en obrar solamente puede plantearse ante quien ya posee legitimación” (FALCÓN, Enrique. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tomo III. Editorial Abelardo – Perrot. Buenos Aires. 43 p.); “La falta de acción hace a la posibilidad de dirigir la acción contra la demandada, donde la expresión “falta de acción” es sinónima de “falta de legitimación”, en este caso, activa. Su objeto es tan solo determinar si el accionante se encuentra en una situación fáctica que justifica su interés en el planteamiento del proceso contencioso. El pronunciamiento sobre la procedencia de la pretensión principal del demandante surgirá de la reunión de los requisitos necesarios para configurar el instituto jurídico(...)”. Juicio: “Doroteo Burgos y Daniela Ortelado de Burgos c/ Concepción Roa de Florentín y otros s/ reivindicación de inmueble”, Acuerdo y Sentencia N° 552 de fecha 21 de julio de 2008 dictado por la Corte Suprema de Justicia de los Tribunales de Asunción; “5) Debe distinguirse entre la mera titularidad de una relación jurídica en que se funda una pretensión y la fundabilidad de ésta. Solamente la primera se vincula con la legitimación para obrar y cumple una función procesal, a sa-

ber, que el proceso se desarrolle entre los sujetos que, respecto de la pretensión deducida, puedan ser los destinatarios de los efectos del proceso (CNCom, Sala C, 2/7/79, LL, t. 1979-D, p.35; ED, t.84, p.497, n°4)". (DE SANTO, Victor, El Proceso Civil, Tomo I, Reimpresión, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 626).

T. Apel. Tercera Sala. 14/07/2017. “Santiago Aristóbulo Lovera Velázquez c/ Ubaldo Enrique Clari Fisher y otros s/ Reivindicación” (Ac. y Sent. N° 67).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal, 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: VILLALBA FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ PRIETO Y BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: El recurrente no ha fundamentado expresamente éste recurso. Tampoco se observa en la Sentencia ni en el procedimiento vicios que motiven la declaración de nulidad, por lo que voto por que se declare desierto.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO; EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: Manifiesta que se adhiere al voto del preopinante por compartir los mismos fundamentos.

A SU TURNO LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, MANIFIESTA: Que se adhiere al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ; DIJO: La parte actora interpone Recurso de Apelación contra la S.D. N° 807 del 15 de diciembre de 2015, dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, cuya parte resolutive dispone: “NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción opuesta como previa por el codemandado señor CARLOS ALFREDO FERNANDEZ ACEVAL, y diferida para esta oportunidad, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes. HACER LUGAR, con costas, a esta acción de reivindicación promovida por el señor SANTIAGO ARISTOBULO LOVERA VELAZQUEZ, respecto del inmueble de

su propiedad, identificado como Matricula 10926, con Cta. Cte. Ctral. N° 14-1016-29, del Distrito de La Recoleta, contra los señores AGUSTIN ASOYA VERGARA, CARLOS RUBEN FRANCO OTTO, JULIO ANDRES MARTINEZ BAEZ, UBALDO ENRIQUE CLARI FISCHER, y CARLOS ALFREDO FERNANDEZ ACEVAL, y ordenar en consecuencia, que dichos demandados desocupen el inmueble en el plazo de diez días corridos contados desde que esta resolución quede firme, bajo apercibimiento de disponerse su desapoderamiento con auxilio de la fuerza pública, conforme y con el alcance expuesto en los considerandos precedentes. ANOTAR, registrar, y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”

La parte actora presenta su escrito de expresión de agravios. Relata que la demanda se entablo para que se reciba el resarcimiento legal que le corresponde por los daños económicos y morales causados a consecuencia de la querrela entablada por el BANCO CONTINENTAL S.A. Aduce que en la sentencia no se analizó la existencia de daños económicos y morales producidos a consecuencia de la querrela. Indica que el A-quo utilizó como columna vertebral de su fallo el Art. 1090 del Código Civil Argentino ya derogado, así como jurisprudencia argentina, sosteniendo equivocadamente que para que este tipo de demandas prospere es necesario que el querellante este consiente de la falsedad de la imputación, por ser este el elemento subjetivo necesario para configurar el delito, sin que sea suficiente el rechazo de la querrela o la absolución del imputado. Argumenta que siendo la culpa civil más amplia que la culpa penal, al aplicarse los Arts. 1833 y concordantes del Código Civil, ante la temeridad de la querrela promovida por el banco y los daños causados corresponde que sea indemnizada, más todavía considerando que no se probó ninguna actividad delictual de su parte, que justificara de algún modo los delitos de defraudación, falsificación de instrumentos públicos, delitos contra la fe y la seguridad pública y la asociación ilícita para delinquir. Asevera que el banco cuanto menos actuó con negligencia y mala fe, pues luego de querrellar abandonó la misma. Alega también que el A-quo no consideró la responsabilidad objetiva, que prescinde del dolo y la culpa, para obligar a indemnizar a la víctima por los daños que la causó la actividad que realizó y el riesgo que implica tal actividad, siendo por demás evidente la responsabilidad objetiva del banco. Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, peticionando la aplicación del Art. 425 del Código Civil para la estimación de la indemnización pertinente.

Corrido traslado a la parte actora, la misma sostiene que la sentencia apelada se ajusta a derecho. Refiere que los fundamentos expresados por el A-quo en la sentencia son válidos y correctos, pues la demanda en sí ha carecido en forma total y absoluta de sustento legal, al no haberse dado ninguno de los supuestos necesarios, no habiendo la actora demostrado tampoco ninguna de las aseveraciones vertidas en su demanda. Menciona que consta que su parte ante una situación irregular ha promovido una querrela de modo a precautelar sus intereses. Remarca que las pretensiones de la actora jamás han sido evidenciadas ni demostradas, por lo que no corresponde en mogo alguno la modificación del fallo apelado.

La cuestión planteada en ésta instancia consiste en una demanda sobre indemnización de daños y perjuicios originados en un supuesto antijurídico civil proveniente de una querrela promovida en sede penal.

La parte actora ha reclamado una indemnización, siendo la misma desestimada por el A-quo, quien consideró que la promoción de la querrela no constituye un acto ilícito que permita indemnización posterior, al no poder ser calificada de calumniosa o maliciosa.

En esta instancia, entonces, corresponde analizar si la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y en ese contexto corresponde auscultar la existencia de la eventual obligación de reparación de la parte accionada.

A priori es preciso indicar los requisitos sine quam non, que deben existir para que cualquier demanda sobre indemnización prospere. Así se requiere la existencia de: a) antijuricidad, que es el comportamiento o conducta en contradicción con el ordenamiento jurídico, b) imputabilidad, que es la posibilidad de atribuir la antijuricidad a una persona determinada, siendo claro que esta imputación puede ser física u objetiva, o jurídica o subjetiva, c) dañosidad, que es el menoscabo -material o moral-, que se produce en forma directa por el mal hecho a la persona, a sus derechos o facultades, o en forma indirecta por el mal hecho en las cosas de su dominio o posesión, siendo siempre pasible de apreciación económica, y d) causalidad, que es la relación entre la conducta antijurídica, y las consecuencias dañosas.

Demandar daños y perjuicios como derivación de una acción penal rechazada no es un aspecto nuevo en el Derecho de Responsabilidad Civil.

Veamos, a contrario de lo expuesto por la parte actora, el A-quo no utilizó como columna vertebral el Art. 1090 del Código Civil Argentino, sino

más bien puntualizó que se debe analizar si existió dolo en el actuar de la parte demandada al promover la querrela, dolo que se traduce en el conocimiento cierto de la inocencia de la persona involucrada, y por ende su inclusión en un proceso penal al solo efecto de perjudicarla, lo que el A-quo considero es la corriente doctrinaria y jurisprudencia mayoritaria, reconociendo que existen voces en contrario.

En la cuestión, actualmente, y luego de la decisión de la máxima instancia judicial (Ac. y Sent. N° 1286 (bis) del 3 de diciembre de 2007) soy de la opinión que la sola existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado o querellado no es suficiente para que éste pueda reclamar al denunciante daños y perjuicios. La pretensión resarcitoria exige determinar el carácter calumnioso de la acusación o denuncia, fuere porque el denunciante sabía que el imputado era inocente (dolo), fuere porque radicó una denuncia negligente, precipitada o imprudente (culpa). Se conjugan los factores de atribución -el dolo o la culpa- con la causa del daño que se atribuye al responsable.

Básicamente, la reparación de los perjuicios derivados de una denuncia sólo procede cuando quien la efectuó ha obrado con malicia, temeridad o, por lo menos, con ligereza culpable. El acusado puede perfectamente ser absuelto y sin embargo, no haber incurrido el querellante o denunciante, en el delito de acusación calumniosa ni contraer responsabilidad civil, cuando la forma en que se presenten los hechos que dan margen a la querrela, realmente autorizaban la opinión de la existencia del delito. De no acreditarse las violaciones legales denunciadas deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria.

No esta por demás, mencionar que en lo que respecta a la persecución de los hechos punibles, subyace el interés de la sociedad, la que se encuentra directamente interesada en la investigación y represión de los delitos penales. Por lo tanto, para que el mecanismo reparador previsto en la ley civil pueda ponerse en marcha, es menester que el denunciante o querellante actúe con total desaprensión, en forma temeraria e imprudente, entendiéndose que debe responder por el daño causado cuando formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida.

Los antecedentes del caso, develan que el banco promovió una querrela criminal contra la señora LUZ PERLA HEIMPEL, evidenciando que en fecha 17 de octubre de 1995 en compañía de su esposo suscribieron una escritura de transferencia de un inmueble hipotecado a favor del banco, con

la salvedad de que tal bien se transfería como libre de gravamen. La referida transferencia la realizaron los esposos VON BISCHHOFFHAUSEN a favor de una sociedad, de la cual eran los mismos sus únicos accionistas y cuya dirección y administración se hallaba a cargo de los mismos, conforme se desprende de las instrumentales agregadas en autos.

Es más entre la escritura pública de constitución de la hipoteca del inmueble a favor del banco y la constitución de la sociedad anónima, compuesta únicamente por la actora y el señor JAIME VON BISCHHOFFHAUSEN, han transcurrido solamente 3 meses, por lo cual es de suponer que la accionante conocía plenamente que el bien inmueble que se transfería a la sociedad anónima P & J S.A. se encontraba hipotecado.

El banco ante la falta de pago del préstamo que motivó la constitución de la garantía promovió una ejecución hipotecaria, resultando la actora y su señor esposo condenados al pago de la obligación reclamada, presentándose luego la representante legal de P&J S.A., a desconocer cualquier obligación y comunicando el Juzgado que la sociedad había adquirido el inmueble libre de gravamen.

Ante la querrella promovida el Juzgado en lo Criminal del 4to. Turno, según A.I. N° 1949 de fecha 31 de octubre de 1996 resolvió instruir el sumario en averiguación y comprobación del hecho querrellado, así como la determinación y castigo de su autor o autores y/o partícipes.

Es dable señalar que tal resolución es un indicio jurisdiccional de la probabilidad de una conducta delictual por parte de la accionante. En este proceso penal el Juez ordenó la detención de la misma y posteriormente, luego de las diligencias legales correspondientes, el Juzgado convirtió su detención en prisión.

La querrella ha culminado con la S.D. N° 32 de fecha 31 de octubre de 2003, que ha absuelto de culpa y pena a la señora LUZ PERLA HEIMPELL, en virtud de la no existencia de actividad probatoria por parte del Ministerio Público ni del Banco Continental S.A. (desafectado del proceso, cinco años antes, por “abandono de querrella” en virtud de disposiciones del Código Procesal Penal).

En ese orden de cosas es fundamental determinar, pues si la parte demandada ha actuado o no con temeridad o si ha sido responsable de entablar querrella que pudiera dar lugar a responsabilidad de resarcir daños.

En efecto, y en tal sentido, en supuestos como el que nos ocupa, una autorizada doctrina establece que no procede atribuir carácter falso o calumnioso a la denuncia o querrela si el querellante o denunciante en su caso, abrigaban motivos fundados para estimar como verosímil la imputación o lógica la sospecha, o si obraron en defensa de un interés perjudicado y sin saber la falsedad de la imputación. Se establece doctrinariamente: “La falsedad de la imputación debe referirse, para que exista calumnia o acusación calumniosa, a los hechos en sí, y no a la calificación legal de los hechos, Salvo burda equivocación (ROBERTO PECACH, Responsabilidad Civil por denuncias o querellas precipitadas e imprudentes”. (J.A., 65, pp. 110ss, en nota).- En dicho artículo se enumeran los requisitos a conjugar para que pueda hablarse de acusación calumniosa: a) Que se haya acreditado la inocencia del acusado, por la correspondiente absolución o sobreseimiento definitivo; b) Que haya existido dolo, malicia o intención de dañar, en el denunciante o querellante; c) Que el denunciante o querellante haya conocido la falsedad de los hechos de que acusaron e imputaron.”- (PECACH, op. Cit. Pp. 113-114).- Por otra parte los Tribunales han establecido como presupuestos indispensables de la calumnia: la imputación de un delito de acción penal pública, la falsedad de la imputación y el conocimiento de la falsedad (ver, La Ley, 15-281; La Ley, 44-711; D.J., VI-145.- De igual modo, la jurisprudencia extranjera señala: “... en la demanda calumniosa no basta la falsa imputación de un delito que de lugar a la acción pública, se requiere además, que el imputante, esté consciente de esa falsedad, elemento subjetivo indispensable para cohonestar la incriminación legal con la colaboración popular requerida por el Estado en defensa de la sociedad, y en pro de una más eficaz administración de Justicia; como en este caso el interés protegido no es solo el honor de las personas, sino la administración de justicia; si la sola falsedad objetiva fuera suficiente para condenar al que denuncia la comisión de un crimen, muy difícilmente se atrevería nadie a hacerlo y la justicia debería prescindir de éste útil auxilio...” (J.A., 1952-III, pág. 259).

Sostengo entonces, y como apoyo cuento con la referencia jurisprudencial emanada de la propia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, que para viabilizar la existencia de un daño y su consecuente indemnización patrimonial, habrá que demostrar el dolo en la promoción de la querrela penal, es decir, el conocimiento de la inocencia de la parte querellada en el hecho imputado, y la radicación de dicha acción, a pesar de tal situación conocida.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

En ese tren de ideas, para ésta Judicatura, el banco demandado ha actuado motivado por la posible privación de un daño patrimonial de su persona, ante la presencia de determinados hechos apreciados en la conducta de la hoy accionante, que lo hicieron suponer de encontrarse ante un ilícito penal, que constitucionalmente al banco y a cualquier otra persona se le exige denuncie para su averiguación y posterior castigo; es más hay que destacar y hacer énfasis en que el banco simplemente ha formulado una querrela en averiguación de un supuesto hecho punible, lo que hace suponer de manera irrefutable que la demandada no ha actuado de manera dolosa, sino repito, en defensa de sus intereses patrimoniales, y al amparo de un derecho constitucional que la asiste, a fin de precautelar tales bienes, por lo cual deviene que en el juicio respectivo no existe dolo en el actuar del demandado, ni precipitación o imprudencia, al contrario observamos que la denuncia se ha realizado ante la seriedad y verosimilitud de la supuesta actuación ilícita de la señora LUZ PERLA HEIMPELL.

Entiendo que no se puede exigir a las víctimas de delitos que formulen la acusación munidas de pruebas incontestables que no dejen dudas sobre la autoría, pues ello llevaría al extremo de imponerles la carga policial exhaustiva de los delitos para no errar respecto de la manifestación que formula ante la autoridad, concluyendo que no toda denuncia de delitos es apta para generar responsabilidad civil.

Entonces, el actuar del banco hoy demandado no se halla circunscrito dentro de un hecho ilícito doloso, ni culposo, ya en ámbito penal y/o civil, por lo cual corresponde confirmar la sentencia recurrida, lo que determina la desestimación de la presente demanda.

En cuanto a las costas, en atención a que la resolución emanada de la máxima instancia judicial es relativamente cercana, soy de la opinión que deben ser impuestas en el orden causado, más todavía considerando que el banco ha consentido expresamente la decisión al respecto del A-quo, al desistir de los recursos inicialmente interpuestos contra el segundo apartado de la sentencia en revisión.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO; EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Este Magistrado manifiesta que se adhiere al sentido del voto del preopinante, no obstante se permite agregar las siguientes consideraciones.

CUESTIÓN PREVIA:

De las constancias de autos, específicamente del escrito de promoción de demanda (fs. 13/16), surge que el Sr. Santiago Lovera, por sus propios derechos, promovió demanda de reivindicación del inmueble individualizado como finca N° 10926-U-A05 del distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29, contra los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara y Julio Andrés Martínez Báez. Así también, a fs. 22 se presentó la parte actora en virtud de su escrito de fecha 07 de febrero de 2014 a solicitar la ampliación de la integración de la litis con el Sr. Carlos Alfredo Fernández Aceval, y, seguidamente, en virtud de la providencia de fecha 11 de febrero de 2014 el inferior dispuso: “Como se pide, téngase por ampliada la demanda sobre REIVINDICACION que promueve SANTIAGO ARISTOBULO LOVERA VELAZQUEZ contra CARLOS ALFREDO FERNANDEZ ACEVAL, en los términos del escrito de demanda. Notifíquese por cédula” (sic.)(fs. 22 vlta.).

Por otro lado, el Abg. Carlos Alberto Sosa Cardozo -representante convencional de los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara y Julio Andrés Martínez Báez- se presentó en virtud del escrito de fecha 14 de febrero de 2014, obrante a fs. 28 de autos, a contestar la demanda cuyo traslado le fuera corrido por providencia de fecha 18 de diciembre de 2013, y, al respecto, el inferior, en virtud del proveído fecha 25 de febrero de 2014, obrante a fs. 69 del presente expediente, tuvo por contestada la demanda referida.

En este orden de ideas, el Abg. Alcides Delagracia González -en representación del Sr. Carlos Alfredo Fernández Aceval- se presentó en fecha 19 de febrero de 2014 (fs. 66/68) a contestar la presente demanda y oponer excepción de falta de acción manifiesta, aduciendo que no existía vínculo jurídico material ni procesal con el accionante. En relación con ello, el a quo, por proveído de fecha 25 de febrero de 2014 -entre otros puntos- tuvo por contestada la demanda y por deducida la excepción de falta de acción manifiesta opuesta por su parte.

Luego de este breve excursus, concluimos que la litis quedó trabada en tales concretos términos, y nos encontramos en condiciones de proseguir con el análisis del caso que nos ocupa.

Como habíamos visto, una de las cuestiones que se discuten en autos es la procedencia de una excepción de falta de acción de previo y especial pronunciamiento opuesta por el Abg. Alcides Delagracia González -en representación del Sr. Carlos Alfredo Fernández Aceval- contra una demanda

de reivindicación; estudio que fue diferido en virtud del A.I. N° 329 de fecha 28 de marzo de 2014, dictado por el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, obrante a fs. 75/76 de autos, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 224 inc. c) del Cód. Proc. Civ., fue examinada en la sentencia definitiva hoy recurrida y objeto de agravios por parte del excepcionante.

En primer lugar, se hace necesario mencionar que la excepción de falta de acción se halla prevista en el art. 224 inc. “c” del Cód. Proc. Civ.; constituye el modo de denunciar la falta de legitimación sustancial activa o pasiva de las partes, que se configurará en aquellos casos en los que el actor o el demandado no son titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. La normativa procesal supedita el tratamiento como previa de dicha defensa a la circunstancia de que la falta de legitimación sustancial surja manifiesta, notoria, patente o evidente, vale decir, que pueda resolverse con los elementos incorporados al expediente sin necesidad de producirse prueba, ya que esta última circunstancia indicaría que la ausencia de legitimación no aparecería con la evidencia exigida por la ley.

La calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente a la “entrada en la pura sustancia del asunto”, en palabras de Carlos Eduardo Fenochietto; la legitimación activa y pasiva de las partes es una condición que debe ser examinada previamente al análisis de la fundabilidad o mérito de la pretensión, vale decir, su procedencia o improcedencia. El carácter, la cualidad o legitimación sustancial es una típica quaestio iuris, que el juez debe examinar con independencia de la actitud que puedan asumir las partes. Así tenemos, por un lado, la legitimación de las partes, en lo que hace a la viabilidad de poder ejercer una acción -que no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión- respecto del adversario con aleatoria eficacia y, por el otro, el derecho subjetivo material o de fondo que le asiste al actor y al demandado, el cual será finalmente declarado en la sentencia definitiva, oportunidad donde se realiza el examen de fundabilidad de la pretensión.

Para que prospere la excepción de falta de acción se requiere, entonces, que no exista vínculo jurídico que sustente la pretensión entre actor y demandado. No se trata, pues, de que no se den los presupuestos o requisitos de procedencia de la pretensión –fundabilidad- sino en que no haya sustrato obligacional o relacional de derecho entre las partes. Así pues, habiéndolo, la excepción no prosperará, aunque la pretensión misma resulte luego

no ser admitida por falta de algún requisito de procedencia o fundabilidad. Aquí debe resaltarse la distinción entre vínculo o vinculación y requisitos de procedencia o fundabilidad de la pretensión, ya que son cosas distintas. Así lo ha entendido la doctrina; “(...)entre la falta de legitimación y la falta de interés median diferencias conceptuales, puesto que la primera se refiere pura y exclusivamente a la cualidad de titular o no de la relación jurídica sustancial, mientras que la segunda es un elemento sustancial del llamado “derecho de acción” que ha sido debidamente diferenciado por CARNE-LUTTI (Instituciones, I, pág. 516), el que en síntesis hace notar que el interés en obrar solamente puede plantearse ante quien ya posee legitimación” (FALCÓN, Enrique. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tomo III. Editorial Abelardo – Perrot. Buenos Aires. 43 p.); “La falta de acción hace a la posibilidad de dirigir la acción contra la demandada, donde la expresión “falta de acción” es sinónima de “falta de legitimación”, en este caso, activa. Su objeto es tan solo determinar si el accionante se encuentra en una situación fáctica que justifica su interés en el planteamiento del proceso contencioso. El pronunciamiento sobre la procedencia de la pretensión principal del demandante surgirá de la reunión de los requisitos necesarios para configurar el instituto jurídico(...)”. Juicio: “Doroteo Burgos y Daniela Ortelado de Burgos c/ Concepción Roa de Florentín y otros s/ reivindicación de inmueble”, Acuerdo y Sentencia N° 552 de fecha 21 de julio de 2008 dictado por la Corte Suprema de Justicia de los Tribunales de Asunción; “5) Debe distinguirse entre la mera titularidad de una relación jurídica en que se funda una pretensión y la fundabilidad de ésta. Solamente la primera se vincula con la legitimación para obrar y cumple una función procesal, a saber, que el proceso se desarrolle entre los sujetos que, respecto de la pretensión deducida, puedan ser los destinatarios de los efectos del proceso (CNCom, Sala C, 2/7/79, LL, t. 1979-D, p.35; ED, t.84, p.497, n°4)”. (DE SANTO, Victor, El Proceso Civil, Tomo I, Reimpresión, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 626).

Dicho ello, conviene señalar que la defensa se postula en relación a la capacidad que el actor tendría para estar en el proceso como tal, esto es, legitimado para invocar válidamente su derecho a hacerlo.

De las constancias de autos, específicamente del escrito de promoción de demanda obrante a fs. 13/16 y su correspondiente ampliación glosada a fs. 22 de autos, se advierte que el Sr. Santiago Lovera Velázquez promueve demanda de reivindicación de inmueble individualizado como finca N°

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

10926-U-A05 del distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29, contra los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara, Julio Andrés Martínez Báez y Carlos Alfredo Fernández Aceval. La parte actora se presenta en carácter de propietario del inmueble referido.

El excepcionante, por su parte, funda su defensa en la no existencia de vínculo jurídico material ni procesal con el accionante, y refiere que no es poseedor de mala fe de la finca N° 10.926-U-A05 del Distrito de Recoleta con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29, inscrita en la sección Folio Real de la Dirección General de los Registros Públicos -exigencia palmaria para la procedencia de la acción de reivindicación. Prosigue diciendo que su parte es locataria del inmueble individualizado como Finca N° 10.926 del Distrito de Recoleta con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29, en virtud del contrato de locación, de fecha 02 de abril de 2009, formalizado con la propietaria Gabriela Acosta y suscripto con la curadora Mirta Acosta de Cheblis por S.D. N° 766 del 08 de octubre de 2008, y que el referido inmueble el actor lo adquirió de la Sra. Silvina Maricel López, quien fuera demandada en los autos caratulados: “GABRIELA ACOSTA C/ SILVINA MARICEL LÓPEZ S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno.

En virtud del escrito de fecha 07 de marzo de 2014, obrante a fs. 73/74 de autos, se presentó el Sr. Santiago Lovera Velázquez -parte actora- a contestar el traslado de la excepción opuesta por el Abg. Alcides Delagrancia González -en representación del Sr. Carlos Alfredo Fernández Aceval- corrí-dole por providencia de fecha 25 de febrero de 2014. Expresa que el propio demandado Carlos Alfredo Fernández Aceval manifiesta que el mismo es locatario del inmueble cuya reivindicación solicita, por lo que no quedan dudas de que el demandado reconoce poseer el inmueble de su propiedad, y agrega que no se han dado los presupuestos necesarios para la procedencia de la excepción planteada, por lo que solicita el rechazo de la misma.

Examinadas las constancias de autos, podemos apreciar que a fs. 05/07 obra la escritura pública N° 72 de fecha 30 de junio de 2009, de la cual se desprende que la Sra. Silvina Maricel López vende y transfiere a favor del Sr. Santiago Aristóbulo Lovera Velázquez un inmueble de su propiedad, el cual le corresponde por donación que le hiciera la Sra. Gabriela Acosta, conforme consta en la escritura N° 06 de fecha 22 de mayo de 2008, pasada ante el Escribano Público Carlos Wilfrido Kohn Kullak, cuyo testimonio se

tomó en razón en la Dirección General de los Registros Públicos, en la Sección Folio Real como Matrícula N° 10.926-U-A05, del distrito de La Recoleta, en fecha 09 de junio de 2008.

Por otro lado, tenemos que el mismo demandado -Carlos Alfredo Fernández Aceval- en su escrito de fs. 59/61 admite ser locatario del inmueble en cuestión en los siguientes términos: "...Que, mi parte es locatario del inmueble individualizado como Finca N° 10.926 del Distrito de Recoleta con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29, en virtud del contrato de locación, de fecha 02 de abril de 2009, vigente a la fecha formalizado con la propietaria Gabriela Acosta y suscripta con la curadora por S.D. N° 766 del 08/10/2008 Mirta Acosta de Cheblis, a cuyo contenido me remito íntegramente y ofrezco como prueba instrumental". (sic.).

Como es sabido, el título de propiedad constituye el instrumento esencial para acreditar la propiedad del bien. Así pues, habiendo acompañado el actor el título de propiedad del inmueble cuya reivindicación demanda, se ha acreditado de forma suficiente la legitimación activa que goza para promover y estar hábilmente en la presente acción.

Luego, del escrito de contestación de demanda obrante a fs. 28 y 66/68 de autos, surge que los demandados -Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara y Julio Andrés Martínez Báez, y también Carlos Alfredo Fernández Aceval- han basado su postura en la supuesta existencia de un juicio de nulidad sobre el título en cuestión. Este es un argumento que también hace a la legitimación activa. Tal extremo jamás ha sido demostrado en autos. Luego, del informe de la Dirección General de los Registros Públicos surge que el inmueble individualizado como Matrícula 10.926 del distrito de La Recoleta con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29 se halla inscripto en fecha 02/07/2009 y 14/10/2003 a nombre de Santiago Aristóbulo Lovera Velázquez, y que el mismo no ha sido modificado, no posee gravamen, medida cautelar ni restricción de dominio alguno (fs. 159/160). Siendo así, el derecho dominial en cabeza del actor se debe tener por existente y no cabe más sino que subsumirnos en lo dispuesto por el art. 2407 del Cód. Civ. el cual en su parte pertinente establece: "La acción reivindicatoria compete al propietario de la cosa...".

En cuanto a la legitimación pasiva, el excepcionante admite encontrarse en posesión inmediata del inmueble que se pretende reivindicar con lo que la falta de acción pasiva no resulta procedente, y dicha defensa debe ser rechazada.

Descartada la falta de acción, refirámonos ahora a la procedencia misma de la acción reivindicatoria del inmueble individualizado como finca N° 10926-U-A05 del distrito de la Recoleta, con Cta. Cte. Ctral. N° 10-1016-29 promovida por el Sr. Santiago Lovera Velázquez contra los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara, Julio Andrés Martínez Báez y Carlos Alfredo Fernández Aceval.

Para su procedencia se requiere que la legitimación esté dada, lo cual ya hemos verificado, y que la posesión del demandado sea injusta, esto es, que no se asiente en ningún título o causa jurídica, reconocida por el derecho, para pretender o sustentar posesión inmediata sobre el bien inmueble en cuestión. Aquí, la única circunstancia aducida por los demandados es la calidad de locatarios, y que esta relación jurídica ha nacido en virtud de los contratos de locación celebrados con la Sra. Gabriela Acosta. En este punto, resulta menester advertir que uno de los demandados, el Sr. Carlos Alfredo Fernández Aceval, ha acompañado con su escrito de contestación de demanda el contrato de locación celebrado con la Sra. Gabriela Acosta en fecha 16 de abril del año 2009 (fs. 62/65). En lo que respecta a los demás demandados -los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara y Julio Andrés Martínez Báez- en los términos que ha quedado trabada la litis, si bien también han argumentado encontrarse en el inmueble cuya reivindicación se demanda en carácter de locatarios de la Sra. Gabriela Acosta, no han acompañado documental alguna a su escrito de contestación de demanda que lo acredite.

Igualmente, debemos mencionar que el referido contrato no tiene, en principio, efecto sobre terceros.

Hemos de recordar aquí la eficacia relativa de los contratos, como actos o negocios jurídicos voluntarios que son. Los contratos tienen efecto *res inter alios acta*, y sus cláusulas y disposiciones solo obligan a los que han sido partes de ellos, excepción hecha de los contratos en beneficio de terceros, donde tales terceros son también expresamente designados en el cuerpo contractual. Fuera de este caso y de otros puntuales que señala la moderna jurisprudencia -que no se aplican al presente caso- nadie puede atar a un tercero a un vínculo contractual que no suscribió, ni imponerle sus condiciones. Es decir, los efectos del negocio se manifiestan en la esfera jurídica de quienes activa o pasivamente participan en él, por lo tanto, las obligaciones nacidas en virtud del contrato de locación no pueden ser opuestas al Sr.

JURISPRUDENCIA

Santiago Aristóbulo Lovera, quien demanda la reivindicación del bien inmueble en cuestión, y cuyo derecho dominial ya ha sido asentado.

Por otro lado, esta conclusión se ajusta también, plenamente con lo dispuesto en el art. 810 del Cód. Civ., que exige la publicidad registral de las locaciones para que ellas puedan ser eficazmente opuestas a los subsiguientes adquirentes del inmueble.

En atención a todo lo expuesto, concluimos que se encuentran dados todos los requisitos de los arts. 2407 y 2408 del Cód. Civ. relativos a la procedencia de la reivindicación, por lo tanto, corresponde confirmar la sentencia recurrida, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda de reivindicación que promueve el Sr. Santiago Aristóbulo Lovera Velázquez contra los Sres. Carlos Rubén Franco Otto, Ubaldo Enrique Clari Fischer, Agustín Asoya Vergara, Julio Andrés Martínez Báez y Carlos Alfredo Fernández Aceval.

En dichos términos, se debe proceder a confirmar la decisión de la a quo, con costas a la parte perdedora en ambas instancias.

A SU TURNO LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, MANIFIESTA: Que se adhiere al voto del magistrado que le precede por compartir los mismos fundamentos.

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

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.

CONFIRMAR la sentencia apelada, con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas en ambas instancias a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Nery E. Villalba y María Mercedes Buongermini.

Ante mí: Abg. Valeria Allen, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

***Cuestión debatida:** El caso de autos se trata de una demanda ordinaria promovida por el señor Eduardo José Couto Ojeda, contra la Empresa de Seguros Cenit S.A., a fin de que la misma cumpla con el contrato de seguro pactado a causa de un accidente de tránsito, en el cual la Empresa rechaza el siniestro ya que según la misma el conductor ha violado una norma de tránsito Art. 63 inc. a) numeral 3 y 136 del Reglamento General de Tránsito de la Ciudad de Asunción.*

SENTENCIA. Nulidad de la Sentencia.

El principio de congruencia, invocado por el recurrente, se refiere a la necesidad de que exista una relación directa, entre lo peticionado por las partes y lo resuelto en la sentencia. En ese sentido, se ha demandado por parte del actor, la declaración de falsedad del informe del liquidador de siniestros, y el cumplimiento del contrato de seguros existente entre el mismo, y la empresa CENIT S.A. DE SEGUROS, y esta compañía, ha solicitado el rechazo de ambas pretensiones. Como se tiene visto, la sentencia ha rechazado tanto la petición referida al informe del liquidador, como la demanda principal, ajustándose la pretensión de una de las partes, por ende, no existe violación del principio de congruencia.

Por otro lado, la Juez, a los efectos de fundar su sentencia, invocó las disposiciones la Ley 827 de seguros, el reglamento de tránsito, y los Arts. 306, 356, 192, 244,307, del CCP.

Le asiste razón al nulidicente, en lo que hace a los Arts. 306, 192, 356, 244 y 307 del CCP, que no se refieren a la materia en discusión, sin embargo si la A-quo, se ha fundado en otras disposiciones legales, también citadas y transcritas en el cuerpo de la resolución, tales como las normas del Reglamento General de Tránsito, y el Art. 249 del CPC, y 715 del CC, por ende la alegación del recurrente, carece de entidad para provocar la declaración de nulidad de la sentencia, como requiere el recurrente, por lo que voto por desestimar este recurso, y estudiar la apelación.

LEY. Reglamento General de Tránsito. Aplicación de la Ley.

La compañía aseguradora, se ha negado a cubrir el siniestro, amparado en la cláusula 5 inciso A. de las condiciones de cobertura básica de la póliza, casos no indemnizables.

Concretamente, la causa del rechazo del siniestro, es que el accidente se produjo por haber el conductor del vehículo, violado una norma de tránsito, Art. 63 inc. a) numeral 3. Y 136 del Reglamento General de Tránsito de la ciudad de Asunción, lo que constituye una falta grave y gravísima, respectivamente.

El actor, ha igualmente redargüido de falso el informe pericial elaborado por la firma VERITAS INTERNACIONAL, por haberse, dice, realizado la designación del perito y la elaboración del informe, a sus espaldas, y que del mismo solo tuvo conocimiento y accedió a su contenido, en fecha 2 de octubre de 2012. Sin embargo, al promover la demanda, el actor acompañó copia del mencionado informe, donde se constata que lo integra entre otros documentos fotografías del auto accidentado, entonces, nos preguntamos cómo se pudo obtener dicha tomas, sin conocimiento o consentimiento del actor, hecho suficientemente para descreditar, por la teoría de los actos propios, la versión que no tenía conocimiento de la realización de la pericia.

En cuanto al motivo de fondo, el argumento del actor, que en el lugar no existía ninguna señalización que prohíba seguir derecho, sobre la calle Denis Roa, sino solo una que indicaba giro a la derecha, resulta muy imaginativa, pero incorrecta, ya que en dicha intersección, según informe de la Municipalidad de Asunción, de fs. 197, la calle Denis Roa es de sentido único, desde la calle Mariscal López hasta Andrade, con dirección Sur-Norte, en la actualidad, y como es de conocimiento público, Art. 249 in fine del CPC, en la época en que ocurrió el siniestro, el sentido de circulación de la calle Denis Roa, era, de doble sentido, hasta la calle Guido Spano, y entre Mcal. López y Guido Spano, sentido único de Sur a Norte, debiendo los vehículos que circulan por la calle Denis Roa, sentido Norte-Sur, girar necesariamente a la derecha, conforme a la cartelera, de la fotos de fs. 28, presentada por el actor, y 105 por la demandada. Es importante señalar, que a la fecha en que se realizó la inspección judicial conforme las actas de fs. 177, en fecha 17 de julio de 2015, el sentido de circulación se había modificado, hecho también de público conocimiento, por lo que dicha inspección sus resultados, no pueden incidir en la decisión, dado la alteración de hecho del lugar.

LEY. Reglamento General de Tránsito. Aplicación de la Ley.

El Art. 163 63 inc. a numeral 3; GIRE A LA DERECHA. Indica la obligación de continuar la marcha en el sentido señalado. Todo conductor

que enfrente una de estas señales, deberá realizar maniobra de giro para proseguir únicamente en la dirección demostrada. (Su inobservancia constituye falta grave) Las negritas son nuestras.

Art. 136: Ninguna persona debe conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente, bajo las condiciones existentes, debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y los posibles. En todo caso, la velocidad debe ser tal que permita controlar el vehículo cuando sea necesario, para evitar accidentes. (Su inobservancia constituye falta gravísima).

Como lo que se reclama es un cumplimiento contractual, debe tenerse presente, que el Art. 715 del CC, establece que las cláusulas de un contrato forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Ley 1.183/85. Código Civil. De los Seguros de daños de la indemnización.

El Art. 1600 del CC, dispone que: “El asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato, el daño patrimonial causado por el siniestro, sin incluir el lucro cesante, salvo cuando haya sido expresamente convenido.” Las negritas son nuestras.

Las partes están de acuerdo, que han suscrito un contrato de seguros, en las condiciones señaladas en la Póliza N° 38.0501.0045317.0000, cuya copia fue presentada por la actora, fs. 16/22, y el original por la demandada a fs. 69/81.

Entre las condiciones particulares Especificas de la Cobertura básica, entre los CASOS NO INDEMNIZABLES, Clausula 5) El asegurador no se responsabiliza en los siguientes casos, salvo pacto expreso en contrario, a) Cuando el conductor provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no de cumplimiento a las leyes, ordenanzas reglamentos gubernativos, municipales o policiales, calificadas como faltas gravísimas vigentes en el territorio nacional.

El siniestro acaecido, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar, Art. 421 del CC, horario nocturno, poca visibilidad, hacían aconsejable una mayor prudencia en el conductor, para evitar la colisión.

Si se arguyera, insuficiente señalización, la responsabilidad sería en todo caso municipal, contra quien no se ha dirigido demanda alguna, y si bien también podría alegarse, que la compañía podría haber reconocido el

siniestro y repetir el pago de la municipalidad, es una decisión que cae en el ámbito discrecional de la aseguradora.

En conclusión, en base a las consideraciones de hecho y fundado en las disposiciones señaladas, Arts. 421, 715 y 1600 del Código Civil, 63 y 163 del Reglamento General de Tránsito, voto por confirmar la sentencia que rechazo, tanto el incidente de redargución del informe pericial, como la demanda promovida contra la aseguradora

T. Apel. Segunda Sala. 04/09/2018. “Eduardo José Couto Ojeda c/ Cenit S.A. de Seguros s/ Cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 67).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes.

CUESTIONES:

ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ESTA AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDON, ESCOBAR ESPINOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

POR LA SENTENCIA recurrida, la A-quo RESOLVIÓ: “RECHAZAR el pedido de redargución de falsedad promovido por el representante de la parte actora, Abogado Ernesto Batscheck, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. RECHAZAR la demanda promovida por EDUARDO JOSÉ COUTO OJEDA contra CENITS.A. DE SEGUROS sobre cumplimiento de contrato de conformidad a los fundamentos expuestos en la resolución. IMPONER las costas a la parte perdedora de conformidad al Art. 192 del CPC. NOTIFICAR por cedula a las partes del juicio. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. PAREDES BORDON DIJO. El recurrente sostiene la nulidad de la sentencia alegando violación de varias normas contenidas en el Art. 15 del CPC, relativas a la congruencia, inc. b y c del CPC. Sostiene que la relación de hechos nada tienen que ver con la descripción de derecho realizada. Señala que los artículos mencionados por la A-quo, para fundar su sentencia, nada tienen que ver con los hechos que se discuten en el juicio, así los Arts. 306, 192, 224, 307 y 356 del CCP, men-

cionados por la A-quo como fundamentos de su decisión, y que son transcritos por el recurrente, se refieren a cuestiones que no se relacionan a lo discutido en autos, que es el cumplimiento del contrato de seguros. Y además, cuestiona que se haya fundado igualmente en la Ley 827 de Seguros, puesto que la misma se refiere a las relaciones entre las compañías de seguros y el estado, no a la cuestión contractual que se discute en autos.

El principio de congruencia, invocado por el recurrente, se refiere a la necesidad de que exista una relación directa, entre lo peticionado por las partes y lo resuelto en la sentencia. En ese sentido, se ha demandado por parte del actor, la declaración de falsedad del informe del liquidador de siniestros, y el cumplimiento del contrato de seguros existente entre el mismo, y la empresa CENIT S.A. DE SEGUROS, y esta compañía, ha solicitado el rechazo de ambas pretensiones. Como se tiene visto, la sentencia ha rechazado tanto la petición referida al informe del liquidador, como la demanda principal, ajustándose la pretensión de una de las partes, por ende, no existe violación del principio de congruencia.

Por otro lado, la Juez, a los efectos de fundar su sentencia, invocó las disposiciones la Ley 827 de seguros, el reglamento de tránsito, y los Arts. 306, 356, 192, 244,307, del CCP.

Le asiste razón al nulidicente, en lo que hace a los Arts. 306, 192, 356, 244 y 307 del CCP, que no se refieren a la materia en discusión, sin embargo si la A-quo, se ha fundado en otras disposiciones legales, también citadas y transcritas en el cuerpo de la resolución, tales como las normas del Reglamento General de Transito, y el Art. 249 del CPC, y 715 del CC, por ende la alegación del recurrente, carece de entidad para provocar la declaración de nulidad de la sentencia, como requiere el recurrente, por lo que voto por desestimar este recurso, y estudiar la apelación.

A SUS TURNOS LOS DRES. ESCOBAR ESPINOLA y ZUCCOLLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. PAREDES BORDON PROSIGUIO DICRIENDO. El apelante al expresar sus agravios referidos a este recurso, señala como errores de apreciación del A-quo, que haya sido la demandada la que redarguyo de falso el informe del liquidador, así como que su parte no haya recurrido la decisión de la demandada de rechazar el siniestro, cuando su parte ha sostenido su posición no en que desconocía la decisión del rechazo del siniestro, sino que desconocía que se haya desig-

nado un liquidador para evaluar el siniestro, reitera que las diligencias periciales fueron realizadas a sus espaldas, que la designación fue realizada por la compañía demandada, fuera de los plazos y modalidades establecidas en la Ley de seguros, 827/96.

Se agravia así mismo, que a pesar de que la demandada no aporó una sola prueba de justificación de la causa que lo llevo a declinar la atención del siniestro, el juzgador rechazo la demanda, siendo obligación de este, probar la existencia de las razones que lo llevaron a rechazar el siniestro. Cuestiona asimismo la interpretación de las señales de tránsito realizadas por la A-quo, reitera que en el lugar, no había ninguna prohibición de continuar la marcha derecho. Culmina solicitando la revocación de la sentencia.

Corrido traslado de los agravios, la parte demandada, los contesta en el escrito de fs. 254 y sptes., solicitando la confirmación de la sentencia.

Se trata en autos, de una demanda ordinaria promovida contra una compañía aseguradora, a fin de que la misma cumpla con el contrato de seguro pactado con el actor, e indemnice al actor, por los daños que sufriera el vehículo del mismo, que se encontraba asegurado en la compañía demandada como consecuencia del accidente ocurrido en fecha 3 de setiembre de 2012, a las 00.00 horas, o sea a la medianoche, sobre la calle Denis Roa, y su intersección con la calle Guido Spano, a una cuadra la Avda. Mcal. López, donde el actor, manifiesta que el vehículo de su propiedad conducido por Eduardo Couto Sienkiewicz, según parte policial de fs. 46, paso sobre un montículo de cemento que tenía una considerable altura y no se percató por la poca iluminación, causando en su vehículo los desperfectos mencionados en la denuncia de fs. 23, activando inclusive uno de los air-bag, es decir el dispositivo de seguridad para casos de choques frontales.

La compañía aseguradora, se ha negado a cubrir el siniestro, amparado en la cláusula 5 inciso A. de las condiciones de cobertura básica de la póliza, casos no indemnizables.

Concretamente, la causa del rechazo del siniestro, es que el accidente se produjo por haber el conductor del vehículo, violado una norma de tránsito, Art. 63 inc. a) numeral 3. Y 136 del Reglamento General de Tránsito de la ciudad de Asunción, lo que constituye una falta grave y gravísima, respectivamente.

El actor, ha igualmente redargüido de falso el informe pericial elaborado por la firma VERITAS INTERNACIONAL, por haberse, dice, realizado la designación del perito y la elaboración del informe, a sus espaldas, y que

del mismo solo tuvo conocimiento y accedió a su contenido, en fecha 2 de octubre de 2012. Sin embargo, al promover la demanda, el actor acompañó copia del mencionado informe, donde se constata que lo integra entre otros documentos fotografías del auto accidentado, entonces, nos preguntamos cómo se pudo obtener dicha tomas, sin conocimiento o consentimiento del actor, hecho suficientemente para descreditar, por la teoría de los actos propios, la versión que no tenía conocimiento de la realización de la pericia.

En cuanto al motivo de fondo, el argumento del actor, que en el lugar no existía ninguna señalización que prohíba seguir derecho, sobre la calle Denis Roa, sino solo una que indicaba giro a la derecha, resulta muy imaginativa, pero incorrecta, ya que en dicha intersección, según informe de la Municipalidad de Asunción, de fs. 197, la calle Denis Roa es de sentido único, desde la calle Mariscal López hasta Andrade, con dirección Sur-Norte, en la actualidad, y como es de conocimiento público, Art. 249 in fine del CPC, en la época en que ocurrió el siniestro, el sentido de circulación de la calle Denis Roa, era, de doble sentido, hasta la calle Guido Spano, y entre Mcal. López y Guido Spano, sentido único de Sur a Norte, debiendo los vehículos que circulan por la calle Denis Roa, sentido Norte-Sur, girar necesariamente a la derecha, conforme a la cartelera, de la fotos de fs. 28, presentada por el actor, y 105 por la demandada. Es importante señalar, que a la fecha en que se realizó la inspección judicial conforme las actas de fs. 177, en fecha 17 de julio de 2015, el sentido de circulación se había modificado, hecho también de público conocimiento, por lo que dicha inspección sus resultados, no pueden incidir en la decisión, dado la alteración de hecho del lugar.

En este punto, debe señalarse que en la prueba de informes producida por la actora, se omitió consignar que el informe requerido a la municipalidad, debía referirse a la fecha en que ocurrió el siniestro, año 2012, y no a las de la fecha de contestación del informe, 2015, por lo que la importancia probatoria del informe, resulta improcedente.

Actualmente la calle Denis Roa, tiene circulación en ambos sentidos, hasta la calle Olegario Andrade, es decir, dos cuadras de Mariscal López, por ende, las señalizaciones en la intersección de Denis Roa y Guido Spano, ya no eran las mismas que las existentes en la fecha del siniestro, y los obstáculos, barreras de hormigón pre armadas, que impedían la circulación hacia el Sur, se trasladaron a la intersección de Denis Roa y Andrade, y eran las que se encontraban una cuadra más arriba, Denis Roa y Guido

Spano, y son barreras para la circulación, no montículo de cemento como dice el actor en su denuncia, de donde, se deduce también, que al momento del accidente, el conductor no tenía al control de su vehículo, lo que le llevo a impactar en dichas barreras, conforme el acta policial de fs., 46.

En consecuencia, el conductor ha infringido las siguientes normas de tránsito.

El Art. 163 63 inc. a numeral 3; GIRE A LA DERECHA. Indica la obligación de continuar la marcha en el sentido señalado. Todo conductor que enfrente una de estas señales, deberá realizar maniobra de giro para proseguir únicamente en la dirección demostrada. (Su inobservancia constituye falta grave) Las negritas son nuestras.

Art. 136: Ninguna persona debe conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente, bajo las condiciones existentes, debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y los posibles. En todo caso, la velocidad debe ser tal que permita controlar el vehículo cuando sea necesario, para evitar accidentes. (Su inobservancia constituye falta gravísima).

Como lo que se reclama es un cumplimiento contractual, debe tenerse presente, que el Art. 715 del CC, establece que las cláusulas de un contrato forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

El Art. 1600 del CC, dispone que: “El asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato, el daño patrimonial causado por el siniestro, sin incluir el lucro cesante, salvo cuando haya sido expresamente convenido.” Las negritas son nuestras.

Las partes están de acuerdo, que han suscrito un contrato de seguros, en las condiciones señaladas en la Póliza N° 38.0501.0045317.0000, cuya copia fue presentada por la actora, fs. 16/22, y el original por la demandada a fs. 69/81.

Entre las condiciones particulares Especificas de la Cobertura básica, entre los CASOS NO INDEMNIZABLES, Clausula 5) El asegurador no se responsabiliza en los siguientes casos, salvo pacto expreso en contrario, a) Cuando el conductor provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no de cumplimiento a las leyes, ordenanzas reglamentos gubernativos, municipales o policiales, calificadas como faltas gravísimas vigentes en el territorio nacional.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

El siniestro acaecido, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar, Art. 421 del CC, horario nocturno, poca visibilidad, hacían aconsejable una mayor prudencia en el conductor, para evitar la colisión.

Si se arguyera, insuficiente señalización, la responsabilidad sería en todo caso municipal, contra quien no se ha dirigido demanda alguna, y si bien también podría alegarse, que la compañía podría haber reconocido el siniestro y repetir el pago de la municipalidad, es una decisión que cae en el ámbito discrecional de la aseguradora.

En conclusión, en base a las consideraciones de hecho y fundado en las disposiciones señaladas, Arts. 421, 715 y 1600 del Código Civil, 63 y 163 del Reglamento General de Tránsito, voto por confirmar la sentencia que rechazo, tanto el incidente de redargución del informe pericial, como la demanda promovida contra la aseguradora.

En cuanto a las costas, no habiendo prosperado el recurso, deben ser impuestas a la apelante. Así también voto.

A SUS TURNOS LOS DRES. ESCOBAR ESPINOLA y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo y sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala.

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 140 del 22 de marzo de 2017.

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

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Carlos Alfredo Escobar Espínola y María Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Ante mí: Abg. Eduardo Figueredo, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 9

***Cuestión debatida:** Se observa en las constancias de autos que la demanda incoada tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios intentada por la empresa aseguradora (una S.A.), en subrogación de los derechos del asegurado (otra S.A.) contra el demandado. Esta subrogación se debió al pago de los daños producidos por el hecho generador de la demanda consistente en un accidente de tránsito.*

SEGURO. Subrogación en el contrato de seguro.

Ataño reseñar que la subrogación legal en materia de contratos de seguros, se produce con el pago de la indemnización prevista contractualmente por parte de la aseguradora, conforme a lo dispuesto en el Art. 1.616 del Código Civil, lo cual implica que ciertamente la aseguradora reemplaza al asegurado en la acción contra el tercero, pero no torna procedente la demanda sino que debe demostrarse en juicio por todos los medios probatorios, la responsabilidad derivada del acto ilícito, situando a la aseguradora con todos los derechos y cargas del asegurado, debiendo demostrar el hecho, culpa, daño y monto.

SEGURO. Subrogación en el contrato de seguro. DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

Por la forma en que se produjo el hecho y los daños sufridos por los vehículos, se concluye la existencia del hecho generador y la responsabilidad del demandado, quien no respetó la lomada existente (Artículos 62 y 140 de la Ordenanza N° 21/94 y Artículos 1.833 al 1.835 del Código Civil) conforme a las constancias reseñadas previamente, no impugnadas o redargüidas de falsedad que son de fecha posterior, al accidente que motiva esta demanda.

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

En cuanto a las actuaciones procesales referentes al diligenciamiento de pruebas o a la presentación de alegatos, estas tienen sus propios medios de impugnación y al haber sido consentidas en su oportunidad por el recurrente, operó la preclusión de las etapas procesales pertinentes, por lo que en esta instancia ya no pueden ser materia de recurso.

T. Apel. Primera Sala. 15/02/2019. “Mapfre Paraguay S.A. Cia. de Seguros c/ Felipe Nery Alvarenga H. s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 9).

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, a fin de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: Magistrados Valentina Núñez González, Dr. Marcos Riera Hunter y Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurrente fundó promiscuamente los recursos de apelación y nulidad, lo cual se concluye del hecho que pese a que su escrito de memorial tiene como título “DE LA NULIDAD”, culmina el escrito solicitando la revocación de la sentencia, propio del Recurso de Apelación. Asimismo, se advierte que sus agravios hicieron referencia al fondo de la cuestión, cuyo estudio corresponde al recurso de apelación y no a errores formales constatados en la resolución. Tampoco, se observan vicios o defectos que ameriten declarar la nulidad de oficio. En consecuencia, debe ser declarado desierto el Recurso de Nulidad. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por S.D.N° 258 de fecha 13 de marzo de 2.012, el Juzgado resolvió: “HACER LUGAR, con costas a la presente demanda promovida por MAPFRE PARAGUAY S.A. C.I.A. DE SEGUROS contra FELIPE NERY ALVARENGA H. y en consecuencia condenar a este último a abonar a la parte actora la suma de GUARANIES DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CATORCE (Gs. 10.838.814), en concepto de daño emergente”.

El recurrente consideró que no se han demostrado ni constatado los daños del conductor brasileño, asegurado de la subrogante y que la A quo

no tuvo en cuenta las actuaciones administrativas en las que su parte produjo declaraciones testificales. Igualmente, mencionó que el conductor apareció por la derecha en una calle de igual categoría donde no existe señal de pare o semáforo que de prioridad a una u otra arteria y que el subrogado no mantuvo su carril, lo que demuestra su evidente culpabilidad. Señaló además que no le permitieron producir pruebas testificales y que le agravia que le condenen a pagar algo que no provocó. Finalmente, indicó que no guarda ningún vínculo con la actora, la demanda fue mal planteada y no puede ser condenado a pagar un daño no consignado por autoridades competentes, solicitando la revocación de la resolución recurrida.

De los agravios del demandado, se advierte materia litigiosa, la atribución de la responsabilidad del evento dañoso (Art. 420 del Código Procesal Civil).

Se observa en las constancias de autos que la demanda incoada tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios intentada por la empresa aseguradora MAPFRE PARAGUAY COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. en subrogación de los derechos del asegurado RODIZIO S.A. contra Felipe Nery Alvarenga Hermosilla.

Esta subrogación se debió al pago de los daños producidos por el hecho generador de la demanda consistente en un accidente de tránsito.

Ataño reseñar que la subrogación legal en materia de contratos de seguros, se produce con el pago de la indemnización prevista contractualmente por parte de la aseguradora, conforme a lo dispuesto en el Art. 1.616 del Código Civil, lo cual implica que ciertamente la aseguradora reemplaza al asegurado en la acción contra el tercero, pero no torna procedente la demanda sino que debe demostrarse en juicio por todos los medios probatorios, la responsabilidad derivada del acto ilícito, situando a la aseguradora con todos los derechos y cargas del asegurado, debiendo demostrar el hecho, culpa, daño y monto.

En tal sentido, se observa en estos autos, cuanto sigue:

A fs. 10 se halla el acta de procedimiento policial, en la cual se consignaron los daños sufridos por los vehículos involucrados: "...un accidente de tránsito protagonizado por una camioneta de la marca Mitsubishi...guiado por el señor Felipe Nery Alvarenga Hermosilla...el mismo se dirigía por la calle Paí Pérez al llegar a la intersección a la Avda. Luis A. de Herrera fue embestido por una camioneta de la marca HYUNDAI ...que se

dirigía por la Avda. Herrera causándole daños materiales en la parte delantera izquierda guiada por el señor Sergio Cardoso de Oliveira...la camioneta HYUNDAI sufrió daños materiales en la parte delantera del lado derecho del paragolpe...”.

Estos daños coinciden con los consignados en el expediente municipal que obra por cuerda a estos Autos a fs. 4/6, 15/16, 18 y 19, asimismo, la S.D.Nº 843 de fecha 23 de diciembre de 2.008 impuso condena de multa al demandado por transgredir el Art. 140, inciso a en concordancia con el Art. 61 de la Ordenanza Municipal Nº 21/94, la cual se fundó en lo siguiente: “...Es altamente claro que si el accidente hubiese ocurrido como declararon los testigos, los daños del vehículo que circulaba sobre Pai Perez debía ser de la mitad hacia atrás, el propio Señor Alvarenga a fs. 3 de autos denuncia los daños de su vehículo, los cuales fueron en la parte delantera, tal como se corrobora con las fotografías arrimadas a fs. 15 y 16, las que nos delatan fielmente como ocurrió en realidad el presente hecho...es criterio de este Juzgado que corresponde atribuir la responsabilidad de violar el reglamento de tránsito en el presente accidente al Señor FELIPE NERY ALVARENGA, por no respetar la señal de la lomada existente...”.

A fs. 97 se lee el acta de constitución del Juzgado en el lugar del siniestro en fecha 30 de noviembre de 2.010, donde se asentó lo siguiente: “...Se pudo apreciar igualmente que sobre la calle Paí Pérez a unos cinco metros aproximadamente antes de llegar a la bocacalle formada por la calle Herrera, existe una lomada debidamente señalizada. Asimismo en la esquina Nor-Este, sobre la calle Herrera existe una valla de protección de cemento y postes de hierro...”.

A fs. 118/119 se encuentra la absolución de posiciones del demandado, quien respondió afirmativamente a la única posición: “Diga como es verdad que en el accidente de tránsito el día 22 de octubre del año 2008 y motivador de la presente demanda en las calles Herrera y Paí Pérez de la ciudad de Asunción, usted al mando de su vehículo Mitsubishi Tipo Nativa con Matrícula Nº AAB-554, iba circulando por la calle Paí Pérez donde tenía en frente una lomada antes de ingresar a la calle Luis A. de Herrera...”.

La Ordenanza Municipal Nº 21/94 Reglamento General de Tránsito, establece:

Art. 62: “La Intendencia Municipal reglamentará el diseño, las características y la disposición de las señales de tránsito, así como su interpretación y su uso. El conocimiento del Reglamento de Señales será obligatorio

para todas las personas que quieran conducir vehículos y para los peatones...”.

Art. 140: “Los vehículos deben detener su marcha: a) Cuando lo indique los agentes de tránsito, las señales luminosas, los guardabarreras de las vías férreas o los signos correspondientes...”.

De todo lo señalado, se colige que el demandado circulaba por la calle Paí Pérez donde se encontraba una lomada y que al cruzar la bocacalle fue embestido del lado delantero izquierdo siendo afectadas la defensa frontal (abollada y desprendida) paragolpe y guardabarro del lado izquierdo, capó desencuadrado, rueda delantera izquierda, faro y señalero delantero izquierdo, por su parte, el vehículo del asegurado que circulaba por la calle Herrera sufrió desperfectos en la parte delantera derecha (puertas delantera y trasera, zócalo, guardabarro, guardafango, capot, paragolpe).

Por la forma en que se produjo el hecho y los daños sufridos por los vehículos, se concluye la existencia del hecho generador y la responsabilidad del demandado, quien no respetó la lomada existente (Artículos 62 y 140 de la Ordenanza N° 21/94 y Artículos 1.833 al 1.835 del Código Civil) conforme a las constancias reseñadas previamente, no impugnadas o redargüidas de falsedad que son de fecha posterior, al accidente que motiva esta demanda.

Por las motivaciones expresadas, corresponde confirmar la S.D. N° 258 de fecha 13 de marzo de 2.012, dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Segundo Turno, con imposición de costas al apelante con sujeción a lo dispuesto por el Artículo 203, inciso a) del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: el apelante sostiene en su escrito de expresión de agravios (fs. 142/144) que el A quo no tuvo en cuenta las actuaciones administrativas. Menciona algunas cuestiones fácticas atinentes al accidente de tránsito y señala que se remite a las actuaciones producidas en el expediente administrativo que obra por cuerda. También alega que se le privó de presentar alegatos y de producir testificales. Termina su escrito solicitando la revocación de la sentencia.

En primer lugar, en cuanto a las actuaciones procesales referentes al diligenciamiento de pruebas o a la presentación de alegatos, estas tienen sus propios medios de impugnación y al haber sido consentidas en su opor-

tunidad por el recurrente, operó la preclusión de las etapas procesales pertinentes, por lo que en esta instancia ya no pueden ser materia de recurso.

Antes de analizar los puntos que dicen relación con el accidente de tránsito (hecho generador del daño cuya indemnización se pretende obtener) resulta oportuno analizar si la parte actora se encuentra legitimada para reclamar dicha indemnización.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil (disposición también invocada por la parte actora en su escrito inicial de fs. 44): “Los derechos que comprenden al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada...”.

Conforme la disposición que ha sido transcrita constituye un imperativo procesal a cargo de la parte accionante probar fehacientemente el pago abonado por la aseguradora al asegurado a fin de que aquella (la aseguradora) pueda subrogarse en los derechos del asegurado “hasta el monto de la indemnización abonada”. Pues bien: como es sabido, todo pago debe ser acreditado por medio del o de los documentos legales establecidos para dicho efecto, concretamente por medio del recibo cuya figura se encuentra legislada en el artículo 570 del Código Civil y que debe ser expedido con las formalidades previstas en el artículo 571 del mismo cuerpo legal. Además, como estos documentos (recibos) constituyen instrumentos emanados de los asegurados que no son sujetos procesales o partes en el proceso de indemnización de daños que plantea la aseguradora contra el responsable del siniestro, tales documentos deben ser reconocidos en juicio conforme el procedimiento legislado en el artículo 307 del CPC.

En la especie, la firma MAPFRE PARAGUAY S.A. CÍA. DE SEGUROS, manifiesta haber abonado la suma de Gs. 11.486.492 a su asegurado en concepto de reparación de los daños producidos al bien asegurado en el accidente de tránsito ocurrido en fecha 22 de octubre del 2008, según lo manifiesta en el escrito inicial de demanda (fs. 44). Sin embargo, no se agregó recibo alguno que pueda acreditar dicha afirmación. Sólo se encuentran agregadas a autos facturas expedidas por Automotor S.A. (fs. 13, 15, 18 y 21), documentos que no resultan suficientes para comprobar el pago al asegurado. Por lo demás, como si fuera poco, éstas (las facturas) no han sido reconocidas de acuerdo con el art. 307 del CPC. En este sentido, el hecho de que dichas facturas hayan sido reconocidas por Sergio Cardozo de Oliveira

quien es conductor del vehículo siniestrado, resulta irrelevante por cuanto que quien debe efectuar el reconocimiento es el representante legal de la firma Automotor S.A. que ha emitido tales facturas. El reconocimiento efectuado por Sergio Cardozo de Oliveira a fs. 121 de autos, resulta inane porque el mismo no ha acreditado representación legal de la firma, siendo sólo el conductor del vehículo. El único documento válido para acreditar el pago –como ya se dijo- es el recibo y en este caso, debe ser recibo expedido por el asegurado.

Desde el momento en que el pago alegado –presupuesto fundamental conforme lo dispone el art. 1616 del CPC- no ha sido acreditado, no puede sostenerse subrogación alguna a favor de la empresa aseguradora, siendo en consecuencia, la pretensión improcedente. La ausencia de este presupuesto fundamental resulta razón más que suficiente para desestimar la demanda sin necesidad de analizar otros requisitos o condiciones (como la responsabilidad de la parte demandada) que solamente debe ser objeto de análisis si hubiera probado por medio del documento o recibo reconocido en juicio el pago supuestamente efectuado por la aseguradora al asegurado, lo que en el caso no ha ocurrido.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal revoque con costas la sentencia recurrida (que hace lugar a la demanda de indemnización de daños).

ASI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 258 de fecha 13 de marzo de 2.012, dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Segundo Turno.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

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

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

Ante mí: Abg. Viviana Cabrera, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 15

***Cuestión debatida:** En el presente fallo se analiza la procedencia de un recurso de apelación contra la S.D. N° 1.536 de fecha 29 de diciembre de 2017, que rechazó la demanda por indemnización de daños y perjuicios en relación a una falta de pericia en el proceso y la falta de prueba de los supuestos desperfectos ocasionados al objeto del presente litigio.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia. Prueba de daños y perjuicios. Principio de Congruencia.

El principio de congruencia constituye una imposición que necesaria e indefectiblemente debe ser cumplida por los órganos jurisdiccionales tanto en la fundamentación de las resoluciones judiciales, como en la decisión o parte dispositiva de los mismos. La infracción o violación del Principio de Congruencia provoca, según los casos, que la sentencia así pronunciada sea declarada nula por incongruencia citrapetita (que puede serlo en el considerando por omisión de tratamiento, o por omisión de pronunciamiento en la parte dispositiva), ultrapetita (que puede serlo por tratamiento excesivo en la fundamentación, o concesión excesiva en la decisión del fallo), y extrapetita (que puede serlo por analizar materia extraña en los fundamentos, o por pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de petición en la parte dispositiva). En cualesquiera de los casos la sentencia así dictada es nula por disponerlo imperativamente la ley procesal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia. Prueba de daños y perjuicios. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

La A quo rechazó la demanda indemnizatoria por considerar la existencia de una relación contractual recíproca verbal y porque no se probaron los desperfectos ni que fueron causados por el demandado, tampoco, el monto, la atribución de la responsabilidad y el correspondiente nexo causal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia. Prueba de daños y perjuicios. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Se concluye, a tenor de todo lo reseñado, la existencia de orfandad probatoria tendiente a determinar el hecho (destrucción de vehículo por negligencia o impericia) siendo su comprobación un requisito sine qua non para determinar los demás elementos tales como la cuantificación del daño (daño emergente) o la atribución de la responsabilidad (si el vehículo fue destruido por el demandado).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. Procedencia. Prueba de daños y perjuicios. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Se concluye que al no probarse que el mal estado del vehículo fue por negligencia o impericia del demandado (porque no se hizo una pericia) y atendiendo a que toda la actividad probatoria del actor se basó en la documentación presentada al inicio de la demanda y las declaraciones que no tienen la virtualidad de demostrar tales hechos, tampoco se puede aplicar lo dispuesto en el Art. 452 del Código Civil que establece como requisito previo la acreditación del perjuicio,

T. Apel. Primera Sala. 05/03/2019. “Emigdio Daniel Cantero Balbuena c/ Silvino Esteban Ruiz Lezcano s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 15).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: Magistrados Valentina Núñez González, Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurrente no fundó este recurso. Tampoco, se aprecian vicios formales en el fallo en revisión que obliguen a declarar la nulidad de oficio, en consecuencia, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Esta Magistratura no puede sino disentir con el criterio sostenido por la Conjuerz preopinante, con la adhesión del segundo opinante, quien entiende que el recurso de nulidad debe ser declarado desierto por no adolecer, la sentencia en grado de alzada, de vicios que permitan declarar la nulidad de la misma.

La Jueza del Tercer Turno de la Justicia Letrada ha dictado en estos autos la S.D. N° 1536 de fecha 29 de diciembre de 2017 (fs. 80/85), por la cual resolvió no hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual promovida por el señor Emigdio Daniel Cantero Balbuena contra el señor Silvio Esteban Ruiz Lezcano. El recurrente –parte actora- al expresar sus agravios no fundamentó el recurso de nulidad sino únicamente el recurso de apelación; empero, el Tribunal por facultades que le son propias tiene el deber de estudiar de oficio este recurso por tratarse de cuestiones de orden público.

En la especie, la demanda de indemnización de daños y perjuicios fue planteada e iniciada contra dos partes: 1) El Sr. Silvino Esteban Ruiz Lezcano (propietario del Taller E.R. SERVICE) y 2) El señor Enrique (aparentemente secretario del señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano). La parte demandante, Sr. Emigdio Daniel Cantero Balbuena, manifestó que este último (Sr. Enrique) es el secretario del señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano

y la persona que procedió al reparo del vehículo propiamente, por lo que indefectiblemente debía integrarse la litis con él. Amén de todas estas manifestaciones la Jueza del Tercer Turno de la Justicia Letrada, si bien tuvo por iniciada la demanda contra el Sr. Enrique -sin apellido- (actuación procesal, por cierto, contraria a lo expresamente establecido por el artículo 215, inc. "b" del CPC respecto a la forma en que debe ser deducida la demanda), no corrió traslado al señor Enrique de ninguna actuación procesal acaecida en autos, tampoco citó al mismo a la audiencia de pruebas; es más, admitió a dicha parte demandada (Sr. Enrique, quien en realidad es el Sr. Enrique Javier Benítez Morel, según el señor Silvio Esteban Ruiz Lezcano) como testigo de la otra parte demandada, Sr. Silvino Esteban Ruiz Lezcano, procedimiento totalmente atípico.

En efecto, está demás mencionar que en estos autos, durante todo el procedimiento realizado hasta llegar a la sentencia definitiva, a todas sus luces se ha violado el debido proceso alterando el derecho a la defensa de las partes desde la providencia que tiene por iniciado el juicio de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual en adelante. No puede, bajo ningún sentido, la A-quo tener por iniciada una demanda contra una persona sin contar mínimamente con los presupuestos taxativamente establecidos por el artículo 215 del CPC, en este caso el nombre completo de uno de los demandados, y mucho menos dictar sentencia sin haberse trabado correctamente la Litis, tal y como ha ocurrido en estos autos.

En efecto, puede afirmarse que existen omisiones en el cumplimiento de las formalidades procesales prescriptas por las leyes que vician de nulidad, y, consiguientemente, invalidan la sentencia dictada en estos autos. En las condiciones suscitadas, la Jueza de la Justicia Letrada debió haber iniciado la demanda solamente en contra del señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano y no contra el señor Enrique, por no reunir este los presupuestos necesarios para adquirir la condición de demandado.

Ahora bien, técnicamente, existen vicios procesales insalvables que impiden el dictamiento válido de la sentencia definitiva (violación del debido proceso) circunstancia que autoriza a los Tribunales de Apelación a declarar la nulidad de oficio, de conformidad con la norma contenida en el art. 113 del Código Procesal Civil.

Por otro lado, en el hipotético caso de que las actuaciones procesales viciadas hayan sido consentidas y, por ende, validadas (tesitura no admitida

por esta Magistratura), la resolución en grado de recurso igualmente sería nula por adolecer de vicios estructurales, conforme el art. 404 del CPC.

En numerosos y reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido, sin variación, que uno de los principios que deben ser rigurosamente observados por los órganos jurisdiccionales al fallar las causas sometidas a decisión es el Principio de Congruencia por el cual los Jueces y Tribunales tienen el deber de analizar en los fundamentos de las resoluciones respectivas, todas y cada una de las cuestiones propuestas por las partes (THEMA DECIDENDUM) y, consiguientemente, como consecuencia de la exposición de razones jurídicas expresadas a través de un razonamiento formalmente correcto (lógico), resolver en la parte dispositiva de las sentencias todas y cada una de tales cuestiones propuestas y expresar en forma expresa, positiva y precisa el derecho de todas las partes -tanto demandante como demandada- (Art. 159, Inc. “e” del CPC).

En efecto, el principio de congruencia constituye una imposición que necesaria e indefectiblemente debe ser cumplida por los órganos jurisdiccionales tanto en la fundamentación de las resoluciones judiciales, como en la decisión o parte dispositiva de los mismos. La infracción o violación del Principio de Congruencia provoca, según los casos, que la sentencia así pronunciada sea declarada nula por incongruencia citrapetita (que puede serlo en el considerando por omisión de tratamiento, o por omisión de pronunciamiento en la parte dispositiva), ultrapetita (que puede serlo por tratamiento excesivo en la fundamentación, o concesión excesiva en la decisión del fallo), y extrapetita (que puede serlo por analizar materia extraña en los fundamentos, o por pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de petición en la parte dispositiva). En cualesquiera de los casos la sentencia así dictada es nula por disponerlo imperativamente la ley procesal.

Es así que, como ya se mencionó con anterioridad, la demanda de indemnización de daños y perjuicios fue promovida por el señor Emigdio Daniel Cantero Balbuena contra el señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano y contra Enrique (sin apellido). El Juzgado por providencia de fecha 02 de febrero de 2017 (f. 18) tuvo por iniciada la demanda contra los señores Silvino Esteban Ruiz Lezcano y contra Enrique (sin mencionar apellido). Posteriormente al contestar la demanda el señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano manifiesta que el señor Enrique Benítez (que se supone es el mismo Enrique contra quien también se dedujo la demanda de indemnización) trabaja con

él como secretario en el taller de su propiedad. Es decir, puede notarse perfectamente que el juicio fue planteado e iniciado contra dos partes, sin embargo, al momento de dictar sentencia definitiva la A-quo resolvió rechazar la demanda solamente respecto del señor Silvino Esteban Ruiz Lezcano, omitiendo así expedirse respecto del derecho del señor Enrique, contra quien la demanda no solo fue deducida sino también iniciada por el Juzgado. Claramente la Juez inferior ha violado el principio de congruencia al dictar una sentencia definitiva en la cual se omite el derecho de todas las partes (incongruencia del tipo citrapetita). Por lo que esta Magistratura de igual manera, si no existiese la primera tesitura, hubiese declarado la nulidad de la resolución así pronunciada de conformidad con lo establecido en el artículo 15, Inc. “b” del CPC. –

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia recurrida, de la actuación de fs. 18 de autos, y de las actuaciones que condujeron a la misma, desde la foja 18 en adelante, por corresponder ello en estricto derecho. En cuanto a las costas, ellas deberían ser, en principio, impuestas al juez, conforme lo dispuesto en el art. 408 del Código Procesal Civil. Sin embargo, la parte apelada se ha opuesto al pedido de declaración de nulidad, e incluso ha solicitado expresamente su rechazo. En tal caso, conforme la misma disposición legal invocada, las costas deben ser impuestas a la parte vencida.

ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por S.D.Nº 1.536 de fecha 29 de diciembre de 2.017 el Juzgado, dispuso: “NO HACER LUGAR, a la demanda promovida por Emigdio Daniel Cantero Balbuena contra Silvino Esteban Ruíz Lezcano por INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRACONTRACTUAL...IMPONER las costas a la perdidosa”.

La parte actora impugnó esta resolución, alegando que su parte no mencionó un contrato, ni la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que inició la demanda porque el demandado no es un mecánico profesional y destruyó su vehículo, siendo este un daño causado por negligencia o inexperiencia en trabajos de mecánica y su vehículo sigue deteriorándose porque no permite que retire de su taller, por lo cual solicitó la revocación de la sentencia.

Al contestar el traslado corrido, la parte demandada requirió el rechazo del recurso de apelación y la confirmación del fallo, argumentando

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

que tras una revisión completa informó al actor de las falencias del vehículo y lo que requería para estar en buenas condiciones a lo cual éste le contestó que las reparaciones le ocasionarían muchos gastos y que no disponía de fondos, por lo que quería reparar solo lo urgente para vender, haciéndole un presupuesto con base en lo requerido, totalizando la suma de Gs. 2.115.000, pagando el actor solo 50% tal como se aprecia en el recibo anexo al expediente, sin contar con el resto del dinero, indicó que su vehículo se encuentra a su disposición previo pago de la diferencia que ha quedado como saldo.

La A quo rechazó la demanda indemnizatoria por considerar la existencia de una relación contractual recíproca verbal y porque no se probaron los desperfectos ni que fueron causados por el demandado, tampoco, el monto, la atribución de la responsabilidad y el correspondiente nexo causal.

Entrando en materia litigiosa, se observa en las constancias de autos que Emigdio Daniel Cantero Balbuena demandó por daños y perjuicios a Silvino Esteban Ruiz Lezcano, propietario del taller E.R. SERVICE por haber destruido su vehículo por negligencia o inexperiencia en trabajos de mecánica, reclamando en concepto de Daño Emergente la suma de Gs. 10.800.000 más intereses, costos y costas del juicio.

El demandado atendió el traslado de la demanda, negando el hecho, arguyendo haber reportado al actor los resultados del diagnóstico computarizado y consciente de la realidad el mismo autorizó que fuera reparado solo una parte del motor, porque no disponía de los recursos necesarios para hacer frente a las reparaciones, totalizando el presupuesto en la suma de Gs. 2.115.000 en las condiciones requeridas, abonando la suma de Gs. 1.000.000. Indicó además, que el vehículo se encontraba a su disposición toda vez que abone el saldo restante, negó haber embaucado al fisco o a terceros y requirió la realización de una pericia del vehículo a costa del demandante.

Se aprecia asimismo, la nota de presupuesto por la suma de Gs. 2.115.000 (fs. 3), el recibo de dinero a nombre del actor otorgado por el demandado por la suma de Gs. 1.000.000, el certificado de cumplimiento tributario del demandado (fs. 24), el diagnóstico del vehículo (fs. 32), la factura expedida a nombre del actor por la suma de Gs. 2.040.000 (fs. 35).

Igualmente, se observan las declaraciones testimoniales de Leticia Raquel Nuñez Balmaceda (fs. 59), Roberto Espínola Osorio (fs. 60), Sandra Re-

gina Frutos Flecha (fs. 61), Enrique Javier Benítez Morel (fs. 62) y las absoluciones de posiciones del demandado Silvino Esteban Ruiz Lezcano (fs. 63) y del actor Emigdio Daniel Cantero Balbuena (fs. 64).

La nota de presupuesto y la factura coinciden en ítems y en montos, empero, difieren con el diagnóstico del vehículo, es decir, los trabajos realizados en el automotor son menos que los contemplados en dicho diagnóstico, asimismo, se aprecia que el demandado expidió factura legal y se halla al día con sus obligaciones tributarias.

En cuanto a las declaraciones testificales y las absoluciones de posiciones de los litigantes, éstas coinciden en que el vehículo se encuentra en mal estado, tira humo y no es posible utilizarlo en esas condiciones, empero, ellas no pueden confirmar si el vehículo se hallaba así antes de llevarlo al taller del demandado. En tal sentido, la única prueba conducente a demostrar que el vehículo fue dañado por el demandado, hubiera consistido en una pericia mecánica que no se realizó.

El Art. 1833 del Código Civil, dispone: “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente”.

Asimismo, el Art. 1834 del Código Civil, establece: “Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido. b) si hubieren causado un daño o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo, y c) siempre que a sus agentes le sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención”.

Atendiendo a lo previsto en la normativa transcrita, la procedencia de la demanda requiere la demostración de la responsabilidad en el evento dañoso por elucidación de la culpa, la prueba de los daños y la justificación del quantum o su valoración una vez demostrado el perjuicio.

Se concluye, a tenor de todo lo reseñado, la existencia de orfandad probatoria tendiente a determinar el hecho (destrucción de vehículo por negligencia o impericia) siendo su comprobación un requisito sine qua non para determinar los demás elementos tales como la cuantificación del daño (daño emergente) o la atribución de la responsabilidad (si el vehículo fue destruido por el demandado).

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Se concluye que al no probarse que el mal estado del vehículo fue por negligencia o impericia del demandado (porque no se hizo una pericia) y atendiendo a que toda la actividad probatoria del actor se basó en la documentación presentada al inicio de la demanda y las declaraciones que no tienen la virtualidad de demostrar tales hechos, tampoco se puede aplicar lo dispuesto en el Art. 452 del Código Civil que establece como requisito previo la acreditación del perjuicio, corresponde confirmar la sentencia impugnada, con imposición de costas a la demandada conforme a lo dispuesto en los Artículos 192, 203 inciso a) del Código Procesal Civil. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Dada la forma en que ha sido resuelta la primera cuestión, el estudio del recurso de apelación deviene improcedente.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada, correspondería que el Tribunal dicte la resolución que fuere pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 406 del Código Procesal Civil.

No obstante, debe tenerse muy en cuenta que la sentencia definitiva únicamente puede ser dictada cuando dentro del proceso respectivo se han dado cumplimiento a las formas procesales que deben producirse en las diversas etapas del juicio, según las disposiciones del Código Procesal. En la especie, son precisamente estas formas procesales las que no han sido cumplidas por las circunstancias apuntadas precedentemente, lo cual constituye un impedimento para que pueda dictarse válidamente la sentencia definitiva en esta Instancia. Existen actuaciones, trámites y formas que deben ser cumplidas, conforme a derecho, y que por la naturaleza de las mismas no pueden ser cumplidas en esta instancia, sino únicamente en la instancia inferior. Es por ello, por lo que solamente cabe, en la especie, disponer la remisión de los autos al juez que sigue en turno para que tramite la causa, conforme a derecho y, oportunamente, la resuelva, también conforme a derecho.

JURISPRUDENCIA

ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 1.536 de fecha 29 de diciembre de 2.017 dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Tercer Turno.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Valentina Núñez González, Marcos Riera Hunter y Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

Ante mí: Abg. Viviana Cabrera, Actuaría Judicial.
