



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Exp. N° 2017-000915

Magistrada Ponente: MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

En el juicio por indemnización por daños y perjuicios incoado ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas por la sociedad mercantil **CAFÉ RESTAURANTE 007, S.R.L.**, representada judicialmente por el abogado Edilberto Núñez, contra el ciudadano **EDGAR REINALDO QUINTERO ROJAS**, representado judicialmente por las abogadas Bertha Méndez y Damelys Mota; el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia en fecha 7 de agosto de 2013, mediante la cual declaró: **1)** sin lugar el recurso de apelación ejercido por la parte actora contra el fallo emanado del *a quo* en fecha 14 de febrero de 2011 que declaró parcialmente con lugar la demanda incoada; **2)** La nulidad de todo lo actuado con posterioridad al día 24 de abril de 2006, fecha en la cual quedó citado el defensor *ad litem* designado a la parte demandada, y en consecuencia, repuso la causa al estado de que el *a quo* fije la oportunidad para la contestación de la demanda, tomándose en consideración que las partes se encuentran a derecho y no hay necesidad de nueva citación. Revocando el fallo apelado. No hubo condenatoria en costas procesales por la naturaleza del fallo.

Contra la precitada decisión la representación judicial de la parte actora anunció recurso extraordinario de casación en fecha 4 de febrero de 2014, el cual fue admitido en fecha 14 de febrero de 2014 y oportunamente formalizado. No hubo impugnación.

En fecha 22 de octubre de 2014, esta Sala de Casación Civil mediante ponencia de la Magistrada Aurides Mora, declaró sin lugar el recurso de casación presentado por la parte actora, siendo presentada por la parte actora solicitud de revisión ante la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de junio de 2015.

La Sala Constitucional en uso de su facultad de revisión de sentencias, declaró ha lugar la solicitud y anuló la decisión N° 641 dictada en fecha 22 de octubre de 2014 por esta Sala de Casación Civil y ordenó la reposición de la causa al estado de que esta Sala se pronuncie nuevamente sobre el recurso de casación interpuesto por el abogado Edilberto Núñez Alarcón contra el fallo dictado en fecha 7 de agosto de 2013 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En fecha 7 de diciembre de 2017, se dio cuenta en Sala y se asignó la ponencia a la Magistrada **Marisela Valentina Godoy Estaba**, quien con tal carácter suscribe el presente fallo, previa las siguientes consideraciones:

NUEVAS REGULACIONES EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL VENEZOLANO

Conforme a lo estatuido en fallo de esta Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-510, del 28 de julio de 2017, expediente N° 2017-124; y sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, N° 362, del 11 de mayo de 2018, expediente N° 2017-1129, caso: Marshall y Asociados C.A., contra Aseguradora Nacional Unida Uniseguros, S.A., *con efectos ex nunc y erga omnes*, a partir de su publicación, se declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso constitucional de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323 *eiusdem* y, por ende, también quedó en desuso artículo 210 *ibídem*, y SE ELIMINÓ LA FIGURA DEL REENVÍO EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL, como regla, y lo dejó sólo de forma excepcional y, en consecuencia, esta Sala *fija su doctrina*, en aplicación de la nueva redacción de dichas normas por efecto del control difuso constitucional declarado, y en aplicación de los supuestos descritos en la primera parte del ordinal primero (1°) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, LA REPOSICIÓN DE LA CAUSA EN

CASACIÓN SÓLO SERÁ PROCEDENTE, cuando: **a)** En el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa; **b)** Por desequilibrio procesal por no mantener el juez a las partes en igualdad de condiciones ante la ley; **c)** Por petición de principio, cuando obstruya la admisión de un recurso impugnativo; **d)** Cuando sea procedente la denuncia por reposición no decretada o preterida; y **e)** Por la violación de los principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio, que degeneren en indefensión, con la violación del debido proceso, derecho a la defensa y del principio de legalidad de las formas procesales, con la infracción de los **artículos 7, 12, 15, 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil**, así como de una **tutela judicial eficaz**, **por la observancia de un vicio grave que afecte de nulidad la sustanciación del proceso, o que la falta sea tan grave que amerite la reposición de la causa al estado de que se verifique el acto o la forma procesal quebrantada**, en aplicación de la doctrina reiterada y pacífica de esta Sala, **que prohíbe la reposición inútil y la casación inútil**. (Cfr. Fallo N° 848, del 10 de diciembre de 2008, expediente N° 2007-163, caso: Antonio Arenas y otros, en representación de sus hijas fallecidas Danyali Del Valle (†), Yumey Coromoto (†) y Rosangela Arenas Rengifo (†), contra SERVIQUIM C.A., y otra).

En tal sentido, **verificado y declarado el error en la sustanciación del juicio**, la Sala remitirá el expediente directamente al tribunal que deba sustanciar de nuevo el proceso, o para que se verifique el acto o la forma procesal quebrantada, y si está conociendo la causa el mismo juez que cometió el vicio detectado en casación, **éste no podrá** continuar conociendo del caso por razones de **inhibición** y, por ende, **tiene la obligación de inhibirse de seguir conociendo el caso** y, en consecuencia, **lo pasará de inmediato al nuevo juez que deba continuar conociendo conforme a la ley**, el cual se abocará al conocimiento del mismo y ordenará la notificación de las partes, para darle cumplimiento a la orden dada por esta Sala en su fallo.

Por lo cual, al verificarse por parte de la Sala la procedencia de una **denuncia de forma en la elaboración del fallo**, en conformidad con lo estatuido en el ordinal primero (1°) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, o verificada la existencia de un **vicio de forma de orden público**, conforme a lo previsto en los artículos 209, 243 y 244 *eiusdem*, ya sea por **indeterminación: I)** Orgánica, **II)** Subjetiva, **III)** Objetiva y **IV)** De la controversia; por **inmotivación: a)** Porque la sentencia no contenga materialmente ningún razonamiento que la apoye; **b)** Porque las razones expresadas por el sentenciador no guardan relación alguna con la pretensión deducida o las excepciones o defensas opuestas; **c)** Porque los motivos se destruyen los unos a los otros por

contradicciones graves e inconciliables; **d)** Porque todos los motivos son falsos; **e)** Por motivación acogida; **f)** Por petición de principio, cuando se de por probado lo que es objeto de prueba; **g)** Por motivación ilógica o sin sentido; **h)** Por motivación aparente o simulada; **i)** Por inmotivación en el análisis de las pruebas; y **j)** Por falta de señalamiento de las normas de derecho aplicables para la resolución de los distintos aspectos del fallo; por **incongruencia**, de los alegatos de la demanda y contestación u oposición, y de forma excepcional de los informes y observaciones, ya sea: **1)** Negativa, omisiva o *citrapetita*; **2)** Positiva o activa; **3)** Subjetiva; **4)** Por tergiversación de los alegatos; y **5)** Mixta por *extrapetita*; por **reposición**: **a)** Inútil y **b)** Mal decretada; y en torno **de lo dispositivo**: **I)** Por la absolución de la instancia, al no declarar con o sin lugar la apelación o la acción; **II)** Que exista contradicción entre la motiva y la dispositiva; **III)** Que no aparezca lo decidido, pues no emite condena o absolución; **IV)** Que sea condicional o condicionada, al supeditar su eficacia a un agente exógeno para su ejecución; y **V)** Que contenga *ultrapetita*; **la Sala recurre a la CASACIÓN PARCIAL**, pudiendo anular o casar en un aspecto, o en una parte la recurrida, quedando firme, incólume y con fuerza de cosa juzgada el resto de las motivaciones no casadas, independientes de aquella, debiendo la Sala recomponer única y exclusivamente el aspecto casado y verter su doctrina estimatoria, manteniéndose firme el resto de la decisión, por cuanto los hechos fueron debida y soberanamente establecidos en su totalidad siendo, por tanto, innecesario la nulidad total del fallo; **sin perjuicio de ejercer la Sala la CASACIÓN TOTAL**, vista la influencia determinante de la infracción de forma de lo dispositivo del fallo suficiente para cambiarlo.

Ahora bien, la facultad de **CASACIÓN DE OFICIO**, señalada en el aparte cuarto (4º) del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, cuya constitucionalidad ya ha sido declarada por la Sala Constitucional. (*Vid. Sentencia N° 116 de fecha 29 de enero de 2002, expediente N° 2000-1561, caso: José Gabriel Sarmiento Núñez y otros*), al constituir un verdadero imperativo constitucional, porque asegurar la integridad de las normas y principios constitucionales es una obligación de todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias (*ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), **se constituye en un deber**, lo que reitera la doctrina pacífica de esta Sala, que obliga a la revisión de todos los fallos sometidos a su conocimiento, independientemente de que el vicio sea de forma o de fondo y haya sido denunciado o no por el recurrente, y su declaratoria de **infracción de oficio** en la resolución del **recurso extraordinario de casación**, cuando la Sala lo verifique.

Cuando la Sala declare la procedencia de una denuncia de **infracción de ley en la elaboración del fallo**, en conformidad con lo estatuido en el ordinal segundo (2º) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concatenación con lo previsto en el artículo 320 *eiusdem*, que en su nueva redacción señala: “...***En su sentencia del recurso de casación, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, pudiendo extenderse al fondo de la controversia y ponerle fin al litigio...***”, o verifica la existencia de dicha infracción que afecte el ***orden público***, por: ***a)*** La errónea interpretación; ***b)*** La falta de aplicación; ***c)*** La aplicación de una norma no vigente; ***d)*** La falsa aplicación y ***e)*** La violación de máximas de experiencia; y en el **sub tipo de casación sobre los hechos**, ya sea por la comisión del vicio de **suposición falsa** cuando: ***1)*** Se atribuya a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene; ***2)*** Se da por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos; ***3)*** Se da por demostrado un hecho con pruebas cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo; ***4)*** Por desviación ideológica intelectual en el análisis de las cláusulas del contrato; ***5)*** Por silencio de pruebas, total o parcial en suposición falsa negativa; o por: ***6)*** La infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas; y ***7)*** Las violaciones de ley relacionadas con el control de las pruebas no contempladas expresamente en la ley o prueba libre; la Sala recurrirá a la **CASACIÓN TOTAL**, vista la influencia determinante de la infracción de ley de lo dispositivo del fallo suficiente para cambiarlo y, en consecuencia, anulará la totalidad del fallo recurrido en casación, es decir, **LO CASA** señalando los errores de fondo y, por ende, adquiere plena y total jurisdicción y **DICTA UN NUEVO FALLO SIN NECESIDAD DE NARRATIVA**, sino estableciendo las pretensiones y excepciones, analizando y apreciando las pruebas y dictando el dispositivo que dirime la controversia, **sin menoscabo de aplicar a la violación de ley, la CASACIÓN PARCIAL**, si la infracción no es de tal magnitud que amerite la nulidad total del fallo recurrido y el error pueda ser corregido por la Sala de forma aislada, como ocurre en el caso de las costas procesales, ya sea cuando estas se imponen o se exime de su condena de forma errada.

Por último, ante la violación de los ***principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio***, por: ***a)*** La aplicación de un criterio jurisprudencial no vigente, de esta Sala o de la Sala Constitucional, para la fecha de presentación de la demanda, o ***b)*** Que se aplique un criterio contrario a la doctrina y jurisprudencia de esta Sala o de la Sala Constitucional, ***dado su carácter de orden público***, al estar íntimamente ligados a la violación de las garantías constitucionales del derecho de petición, igualdad ante la ley, debido proceso y derecho a la defensa, la Sala tomará su decisión

tomando en cuenta la influencia determinante del mismo de lo dispositivo del fallo y si éste incide directamente sobre la sustanciación del proceso o sobre el fondo y en consecuencia aplicará como correctivo, ya sea **LA REPOSICIÓN DE LA CAUSA** o la **CASACIÓN PARCIAL** o **TOTAL**, según lo amerite el caso, en una interpretación de la ley en forma estable y reiterativa, para una administración de justicia idónea, responsable, con transparencia e imparcialidad, **EVITANDO CUALQUIER REPOSICIÓN INÚTIL QUE GENERE UN RETARDO Y DESGASTE INNECESARIO DE LA JURISDICCIÓN**, conforme a lo señalado en los *artículos 2, 21, 26, 49, 51 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, que adoptan un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; el derecho de igualdad para acceder a la justicia, a la tutela judicial efectiva de los derechos, de forma equitativa, sin formalismos inútiles, en un proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia. Así se declara.- (Sentencia N° 255 de fecha 29 de mayo de 2018, Caso: **DALAL ABDREH RAHMAN MASUD**, contra los ciudadanos **YURI JESÚS FERNÁNDEZ CAMACHO** y **KIMI IPARRAGUIRRE**).

-

SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE FECHA
3 DE NOVIEMBRE DE 2017

La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en fecha 3 de noviembre de 2017, con ocasión a la resolución de la solicitud de revisión a la sentencia de esta Sala de Casación Civil N° 641 de fecha 22 de octubre de 2014, presentada por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, señaló lo siguiente:

“...Esta Sala para decidir observa que el ejercicio de este excepcional medio constitucional va dirigido a:

Denunciar que la Sala de Casación Civil presuntamente, se apartó del criterio sentado por esta Sala Constitucional en sentencia N° 190 del 9 de febrero de 2007, expediente N° 06-0129, caso: John Steven Sladic Nasr, “al aseverar falsamente que el defensor ad litem, ejerció sus labores ‘...bajo un manto de negligencia e indiferencia...’” pretendiendo indebidamente que la defensa del defensor ad litem sea mejor a la que pudiera ejercer un defensor privado y exigirle que elaborara una contestación amplia, meticulosa y discurrída, como si de un defensor privado se tratara.

Afirma el solicitante, que la Sala de Casación Civil incurrió en incongruencia omisiva, y con ello violó derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, defensa, debido proceso, a ser oído y a la obtención de oportuna y adecuada respuesta, establecidos en los artículos 26, 49.1 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al dejar insolutos alegatos y aspectos fundamentales en los que se sustentó el recurso de casación, pues omitió pronunciamiento respecto los alegatos de: (i) todo el sistema de citaciones llevado a cabo en el juicio, (ii) el hecho de que el demandado había sido citado personalmente para absolver

las posiciones juradas y no compareció al tribunal, (iii) la diferencia entre error en la citación y falta absoluta de citación, desconociendo su propio criterio pacífico y reiterado sobre lo particular, según el cual la citación es un requisito necesario pero no esencial para la validez del juicio, sentado entre otros, en sentencia N° 814 del 16 de noviembre de 2010, caso: Rafael Ángel Briceño c/ María Teresa de Abreu Alves de Henríquez y otro, (iv) que las irregularidades en las que habría incurrido el defensor ad litem en cuanto al envío y contenido del telegrama fueron consentidas, subsanadas o convalidadas en la primera oportunidad en que se hizo presente en los autos al no haber solicitado la reposición de la causa por tales motivos sino por otro distinto, (v) que el demandado no apeló de la decisión dictada, lo que conllevaba a su conformidad con todos los actos anteriores y la decisión, (vi) que la juez de alzada debió circunscribir su decisión o la resolución del fondo de la controversia ateniéndose exclusivamente a lo alegado por la parte que representa en la apelación por ella interpuesto en lugar de favorecer al demandado dándole toda una serie de nuevas posibilidades de defensa que no ejerció en su oportunidad, desmejorando la situación del único apelante.

También alega el solicitante, que la Sala de Casación Civil desconoció la prohibición de reforma en perjuicio pues se limitó a descartar la violación del principio de la non reformatio in peius bajo la inmotivada premisa de que las irregularidades cometidas por el defensor ad litem eran de orden público, dejando de analizar el punto de que el demandado había sido citado personalmente para absolver posiciones juradas, contrariando además el criterio expuesto por esta Sala Constitucional sentencia N° 1219 del 6 de julio de 2001, caso: Asesores de Seguros Asegure S.A., entre otras y también la N° 2133 del 6 de agosto de 2003, caso: Anatolia del Rosario Vivas Peñaloza.

Ahora bien, a los efectos de constatar las violaciones constitucionales denunciadas, se aprecia que la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, al fundamentar la decisión que hoy es objeto de revisión declaró sin lugar el recurso de casación con el argumento de que el abogado Carlos Alfredo Arenas Merlo designado por el a quo como defensor ad litem, no cumplió con los deberes encomendados en la protección de los derechos del ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, pues, ejerció sus labores bajo un manto de negligencia e indiferencia, en virtud de que: 1) el telegrama en el cual se le designaba como defensor ad litem, se practicó en una dirección errada y porque se había realizado una escueta contestación de la demanda, 2) no se solicitó información necesaria para una mejor defensa, 3) no se impugnaron las pruebas promovidas por la parte actora, 4) no se apersonó a tres (3) actos testimoniales promovidos por la parte actora y no estuvo presente en dos (2) actos de posiciones juradas promovido (sic) por el demandante; por lo que concluyó que el mencionado defensor realizó un abandono total a la defensa de la parte demandada violentando con ello el orden público.

Para ello, soportó su argumento en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 531, del 14 de abril de 2005, caso: Jesús Rafael Gil, la cual señaló respecto a un juicio en la cual se configuró una ausencia total de los deberes del defensor pues, en ese caso “su participación en la defensa de los derechos de su representado fue inexistente, ya que el mismo no dio contestación a la demanda interpuesta y ni siquiera impugnó la decisión que le fue adversa a dicho representado; por lo que [...] esta negligencia demostrada por el abogado Jesús Natera Velásquez, quien juró cumplir bien y fielmente con los deberes impuestos, dejó en desamparo los derechos del entonces demandado”.

De igual manera señaló respecto a la violación de la prohibición de la reformatio in peius alegada en casación, que ello no era aplicable en aquellas materias en las que está involucrado la violación de normas constitucionales y las de orden público y consideró que cuando se materializó la subversión procesal que violentó el derecho de la defensa de la parte demandada, dicha subversión acaeció entre la etapa de juramentación del defensor ad litem y la evacuación de la pruebas promovidas por la parte actora, motivo por el cual estimó que la referida subversión procesal es anterior a cuando le nació el derecho a la parte actora de apelar contra la sentencia emanada del a quo, por lo que a su consideración el ad quem no incurrió en el vicio de incongruencia positiva delatado por el recurrente.

Pues bien, para decidir la Sala observa:

En principio, observa la Sala que uno de los puntos en los cuales el solicitante soportó su recurso de casación y cuestiona en la presente revisión la omisión de pronunciamiento, fue el hecho de la “reposición mal decretada, esto es, QUE EL DEMANDADO FUE CITADO PERSONALMENTE PARA ABSOLVER POSICIONES JURADAS Y NO COMPARECIÓ AL TRIBUNAL y que las irregularidades en las que habría incurrido el defensor ad litem en cuanto al envío y contenido del telegrama fueron consentidas, subsanadas o convalidadas en la primera oportunidad en que se hizo presente en los autos al no haber solicitado la reposición de la causa por tales motivos sino por otro distinto”.

Así pues, de la revisión de la sentencia efectivamente pudo constatar esta Sala Constitucional que la Sala de Casación Civil omitió analizar en principio el cumplimiento del sistema de citaciones alegado y realizados en el presente caso, lo cual conllevó en la oportunidad correspondiente a la designación de un defensor ad litem, así como el hecho de que el demandado fue citado personalmente -en el mismo domicilio en el cual infructuosamente no había podido realizarse la citación para la contestación de la demanda- para absolver las posiciones juradas, acto al cual el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero no compareció ni por sí ni a través de apoderado judicial, sino que posterior a informes se presentaron los abogados del mencionado ciudadano cuando habían vencido todos lapsos procesales, solicitando la reposición de la causa, alegando un vicio en la citación para la contestación de la demanda.

Uno de los puntos que la Sala de Casación Civil confirmó en la decisión recurrida y que sostiene entre sus argumentos para declarar sin lugar el recurso de casación, fue que el defensor ad litem había practicado la notificación al demandante sobre su designación, en una dirección errada y de manera escueta, lo que constituía un vicio de orden público que afectaba de nulidad el proceso.

En este caso, se estima que si bien es cierto hubo un error en la dirección a la cual fue remitido el telegrama de la notificación que hiciera el defensor ad litem a los fines de comunicarle al demandado su designación, así como también quedó evidenciada su incomparecencia a algunos actos del proceso, lo cual ciertamente constituye una falta cuestionable en su deber de actuar de manera eficiente, ello no puede traducirse -en las circunstancias bajo estudio- en una indefensión total en el juicio como lo señalaron tanto el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y la Sala de Casación Civil, que afectara de nulidad todo el proceso, pues en dichas consideraciones se obvió tomar en cuenta que el demandado después de haber sido citado personalmente para absolver posiciones juradas no compareció de manera inmediata para solicitar la nulidad por la actuación del defensor ad litem sino que solicitó la reposición de la causa al estado de citación, alegando fraude en la misma dado que dicha citación para la contestación fue realizada en un inmueble que había arrendado y para esa fecha no era su domicilio, pero al hacerlo a destiempo se tradujo en un consentimiento tácito en las irregularidades ocurridas, por su propia negligencia.

Por tanto, a juicio de esta Sala el criterio recaído en la sentencia N° 631 del 14 de abril de 2005, citado supra y aplicado por la Sala de Casación Civil para fundamentar su fallo, no se ajusta al caso expuesto, ya que en esa oportunidad se configuró una ausencia total y absoluta del defensor ad litem, sin que hubiese existido intervención del demandante.

Asimismo, es pertinente hacer alusión a lo que señala el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 212 y 213:

...(Omissis)...

La Sala de Casación Civil, en sentencias N° rc.000539 del 19 de noviembre de 2010, caso: Distribuidora La Barinesa, C.A., N° rc.00229 del 26 de mayo de 2001, caso: Filomena Ramírez Delgado, entre otras, señaló lo siguiente:

...(Omissis)...

El Código de Procedimiento Civil recoge esta orientación al establecer en el artículo 213 que ‘las nulidades que sólo pueden declararse a instancia de parte, quedarán subsanadas si

la parte contra quien obra la falta no pidiera la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos. ' (Negrillas de la Sala).

En este orden, Eduardo J. Couture, al tratar la convalidación de las nulidades señala que “[l]os errores de procedimiento deben corregirse inmediatamente, mediante impugnación por el recurso de nulidad; si así no se hiciere, las nulidades que deriven de esos errores se tienen por convalidadas” [Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Ediciones Depalma Buenos Aires. p. 191].

Conforme a ello, vemos que el demandado efectivamente consintió en las irregularidades ocurridas en el proceso al no haberlas delatado de manera inmediata cuando tuvo conocimiento de la demanda ni aún posteriormente.

Otro punto determinante que fue omitido en su análisis tanto por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas como por la Sala de Casación Civil y, que desvirtúa la indefensión absoluta del demandado que dio lugar a la nulidad decretada y avalada por dicha Sala, fue el hecho de que ya dictada la sentencia en primera instancia, el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, en su condición de parte demandada y perdidosa, no apeló de la decisión que declaró parcialmente con lugar la demanda de daños y perjuicios dictada el 14 de febrero de 2011, sino que, por el contrario el 15 de marzo de 2012 y 18 de abril de 2012, su apoderada judicial solicitó al tribunal “nos otorgue la forma y fije la oportunidad para cumplir con la ejecución voluntaria de dicha sentencia”; actuación que denota indudablemente la conformidad con lo decidido.

En atención a ello, estima la Sala que en este caso, el haber realizado un estudio incompleto del asunto y circunscribir el análisis a la actuación del defensor ad litem, dio lugar a una errada conclusión pues, contrario a lo afirmado por las otras instancias, no considera quien decide que estuviesen dados los supuestos para concluir que hubo un vicio de orden público, justificando de esta manera la inexcusable incomparecencia del demandado a los actos ocurridos con posterioridad a su citación y su falta de impugnación mediante el medio recursivo correspondiente; en contraste, se advierte que lo expuesto constituye un asunto que sólo afecta la esfera particular de los derechos subjetivos de la parte demandada en el juicio primigenio que ni siquiera fueron delatados por éste, pero que pese a ello, fue anulada la causa y repuesta “al estado de la demanda [sic]”, incurriendo así en reforma del fallo en perjuicio del apelante (reformatio in peius) contrariando lo que al respecto ha dispuesto esta Sala en sentencias vinculante N° 1353, del 13 de agosto de 2008, caso: Corporación Acros C.A. que estableció:

...(Omissis)...

Respecto de estos principios, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 16 de febrero de 2001 (Caso: Petrica López Ortega y Blanca Prince), estableció que:

...(Omissis)...

Lo expuesto muestra que en el presente caso, tanto la decisión del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, como la dictada por la Sala de Casación Civil incurrieron en la prohibición de la non reformatio in peius y se benefició a quien no apeló -a pesar que su actuación mostraba conformidad con lo decidido- y en perjuicio del único que lo hizo, lo que concedió una ventaja indebida al ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas y rompió el equilibrio procesal al empeorarse la situación del apelante sin que mediara recurso de su contraparte.

Aunado a ello, también considera esta Sala Constitucional que se incurrió en el vicio de incongruencia omisiva o negativa, debido a que no se hizo un análisis ni por ende, se emitió un pronunciamiento respecto a todos los alegatos necesarios -no meros alegatos- que le fueron expuestos sin que pueda deducirse tampoco de la motivación de la sentencia en el sentido que lo ha señalado la jurisprudencia -reiterada- de esta Sala [Crf. Sentencia N° 2465 del 15 de octubre de 2002, caso: José Pascual Medina Chacón, respecto del vicio de incongruencia omisiva], siendo que resultaba determinante para llegar a una conclusión equilibrada y que como se advierte en la presente sentencia cambiaba lo decidido; con tal

actuar se vulneró el derecho a la defensa, al debido proceso y la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de la sociedad mercantil Café Restaurante 007, S.R.L. y se desacataron los criterios vinculantes de esta Sala Constitucional establecidos en las sentencias N° 2655 del 2 de octubre de 2003, caso: Oscar Brito Brito y Elvia Mercedes Rojas de Brito; N° 885 del 13 de mayo de 2004, caso: Raúl Estéfano Morillo Yépez, entre otros.

Como resultado de lo anterior se repuso indebidamente la causa por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y confirmada por la Sala de Casación Civil, lo que comportó además una reposición mal decretada, que rompió el equilibrio procesal que debe existir entre las partes del juicio lo que también contraría los criterios sentados por esta Sala Constitucional en decisión N° 403, del 8 de junio de 2012, caso: Iván De Angelis Bertossi contra Agropecuaria Los Morichales, C.A. y otros, la cual ratificó lo dispuesto en sentencia N° 436 del 29 de junio de 2006, caso: René Ramón Gutiérrez Chávez contra Rosa Luisa García García, en la cual se instituyó:

...(Omissis)...

Conforme a lo expuesto, a juicio de esta Sala, en el caso de autos se evidencian una serie de vicios que generaron la afectación al derecho a la defensa y al debido proceso y con ello una vulneración a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, motivo por el cual se declara ha lugar la solicitud de revisión constitucional solicitada por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, en su carácter de único y exclusivo propietario, administrador y representante legal estatutario de la sociedad mercantil Café Restaurante 007, S.R.L., de la decisión N° RC.000641 dictada, el 22 de octubre de 2014 por la Sala de Casación Civil, que declaró sin lugar el recurso de casación ejercido por la solicitante contra el fallo que dictó, el 7 de agosto de 2013, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En consecuencia, esta Sala como máximo garante de la constitucionalidad, anula la decisión N° RC.000641 dictada, el 22 de octubre de 2014 por la Sala de Casación Civil, y todos los actos posteriores derivados de ella y se repone la causa al estado de que se pronuncie nuevamente sobre el recurso de casación interpuesto por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, contra el fallo que dictó, el 7 de agosto de 2013, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas... ”.

De la decisión transcrita se evidencia que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, declaró ha lugar la revisión de la sentencia N° 641 de fecha 22 de octubre de 2017, dictada por esta Sala de Casación Civil, al considerar que tanto el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, como esta Sala, habían incurrido en la prohibición de *non reformatio in peius*, ya que la parte demandada, que no apeló, obtuvo una ventaja indebida, rompiendo el equilibrio procesal entre las partes, más aún cuando la misma había mostrado su conformidad con el fallo, actuando ello en perjuicio de la parte demandante apelante, sin que mediara recurso de su contraparte.

De otra parte, indica la Sala Constitucional, que esta Sala incurrió en el vicio de incongruencia negativa, debido a que no emitió pronunciamiento sobre los alegatos expuestos, específicamente los referidos al

sistema de notificaciones para la defensa *ad litem* y las convalidaciones realizadas por la parte demandada en el proceso, reponiendo indebidamente la causa lo cual rompió el equilibrio procesal entre las partes, produciéndose una violación del derecho a la defensa, por lo que procedió a declarar la nulidad de la decisión N° 641 de fecha 22 de octubre de 2014, y todos los actos posteriores derivados de ella y repuso la causa al estado de que esta Sala se pronuncie nuevamente sobre el recurso de casación interpuesto por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, contra el fallo que dictó, el 7 de agosto de 2013, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, lo cual se pasa a hacer de la siguiente manera:

RECURSO DE CASACIÓN POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

I

-

De conformidad con el artículo 313 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 15, 206, 208, 211 y 213 *eiusdem*, por quebrantamiento de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa, por reposición mal decretada, con base en la siguiente argumentación:

“...La sentencia recurrida repuso la causa en los siguientes términos:

...Omissis...

Como puede observarse de la decisión parcialmente transcrita, la juez de alzada, en lugar de decidir el fondo de la controversia, repuso la causa al estado de que el tribunal a quo fijara nueva oportunidad para la contestación de la demanda, anulando todo lo actuado en un juicio cuya duración excede en mucho los diez (10) años largos, por una insuficiencia, que sólo ella advirtió, como quien busca una aguja en un pajar, y que consistió en un error material en cuanto al número de la calle donde debió haber sido remitido el telegrama enviado por el defensor ad litem que le fue designado al demandado, lo que, a su juicio, disminuyó el derecho a la defensa del mismo, dizque porque "no pudo tener conocimiento real y efectivo de la demanda interpuesta en su contra".

Es Doctrina (sic) reiterada de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que la nulidad y subsecuente reposición de determinada causa, sólo puede ser decretada si se cumplen determinados extremos:

- 1.- Que efectivamente se haya producido un quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos;*
- 2.- Que la nulidad esté determinada por la ley o se haya dejado de cumplir en el acto alguna formalidad esencial a su validez;*
- 3.- Que el acto no haya logrado el fin al cual estaba destinado y*
- 4.- Que la parte contra quien obre la falta no haya dado causa a ella o que sin haber dado causa a ella no la haya consentido expresa o tácitamente, a menos que se trate de normas de orden público.*

Pues bien, en el presente caso no se da la última de dichas condiciones, por cuanto la irregularidad procesal advertida por la recurrida, en la que habría incurrido el defensor ad litem al haber enviado el telegrama a una dirección incorrecta fue convalidada, subsanada,

consentida o aceptada con posterioridad por el propio demandado, cuando representado por sus abogados de confianza, no objetaron, no observaron, no rechazaron dicho error material, sino que, convalidaron como afirmo (sic) en líneas anteriores, y, no estándole dado, facultado a la juez de la recurrida decretarla con lo cual se excedió los límites (sic) de sus facultades en la esfera del poder que el Estado (sic) le confirió.

En efecto, de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente se comprueba que desde que se inició el juicio, el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, tuvo conocimiento de que era demandado, por cuanto, su esposa Sheyla Milagros García Vasquez (sic), quien originariamente también fue sujeto pasivo de la pretensión (co-demandada), recibió de manos del alguacil copia certificada del libelo con la respectiva orden de comparecencia (compulsa), por tanto, es fácil colegir que, desde un principio el mismo estuvo informado de la existencia del juicio a través de su cónyuge. Sin embargo, la conducta procesal del demandado -en modo alguno fue tenida en cuenta por la sentenciadora de alzada-, su deslealtad en el juicio al tratar de evadir o eludir por todos los medios su citación, no fue considerada, así como tampoco lo fue que tan trascendental acto procesal, con el que quedó plenamente garantizado el derecho a la defensa del demandado, se verificó en la persona de su defensor ad litem con quien se entendió la misma luego de haberse agotado -sin éxito-, la citación personal y la citación por carteles.

En este sentido, consta en autos que, con infatigable esfuerzo asumiendo los elevados costos de esta gestión se trató de citarlo personalmente, incluso mediante el Alguacil de otro Tribunal (sic) (Juzgado Cuarto de Municipio de esta Circunscripción Judicial, según consta en el expediente vide [sic]. folio 171, pza. [sic] principal), - y que también fue debida y legalmente agotada la citación por Carteles (sic), por lo que al no prosperar todo el esfuerzo y la actividad desplegada, estéril, inútil, hubo que designarle un defensor ad litem al demandado con quien finalmente se entendió su citación y a pesar de que al mismo no le fue posible ubicarlo, localizarlo, por un error material, la dirección suministrada para el envío del telegrama, lo verdaderamente importante para el desarrollo del proceso es que se realizó "la contestación de la demanda" oportunamente; todo lo legalmente sucedido es imposible vetar; se evidencia irreductiblemente que, no hubo violación sustancial al derecho de la defensa del demandado, ni al debido proceso, ni se desterró la tutela jurídica; con precisión irrefutable cabe destacar que fue el demandado; quien, no actuó diligente y válidamente, fue citado personalmente por mandato expreso del derecho adjetivo y providencia especial y única del Juez (sic) a quo para que absolviera posiciones juradas y, habiéndosele concedido, agotado la hora de espera prevista, no concurrió, no asistió, al acto personalísimo, sin que justificara técnica, jurídica, social o patológicamente su incomparecencia, su ausencia; como absolvente al acto personalísimo con el que le protege la ley por lo que se le estampó las posiciones juradas, en consecuencia, se produjo "confesión ficta" y quedó confeso.-

...Omissis...

De forma tal que resulta manifiesta la inutilidad de la reposición decretada y, por tanto, la infracción, por parte de la recurrida, de lo establecido en el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, "las nulidades que sólo pueden ser decretadas a instancia de parte, quedan subsanadas si la parte contra quien obre la falta no pidiere la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en los autos".

En este sentido, cabe señalar que de acuerdo con la doctrina pacífica y reiterada de la Sala de Casación Civil, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia, la citación es un requisito necesario, pero no esencial para la validez del juicio, de allí que, la falta absoluta de citación del demandado para la contestación de la demanda configura una infracción de orden público, en cambio, la citación irregularmente practicada, que afecta principalmente intereses particulares de los litigantes. al no lesionar normas de orden público, puede ser convalidada con la presencia del demandado, si no alega en la primera oportunidad el defecto.

*Pues bien, ilustres Magistrados, muy respetuosamente sostengo en defensa de mi representada que, debe **tenerse muy presente que la reposición acordada en el presente caso no fue por causa de una falta absoluta de citación, la cual ya se había verificado en la persona del***

defensor ad litem con quien se entendió la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, sino por un error material en la dirección donde debió remitir su telegrama, falta ésta asimilable, claro está, mutatis mutandi, a una irregularidad en la práctica de la citación, la cual quedó subsanada por la conducta procesal asumida por el propio demandado, quien habiendo sido citado personalmente para absolver posiciones juradas y por tanto, con pleno conocimiento del juicio, no concurrió ni se hizo asistir o representar por un abogado de su confianza ni procuró en ningún momento -pudiendo haberlo hecho- contactar a su defensor ad litem y sólo cuando ya el juicio había avanzado, habiendo transcurrido varios meses de haber sido citado personalmente para absolver posiciones juradas fue que se hizo asistir y representar por unos abogados, pero, nunca cuestionó la aludida irregularidad, ni solicitó la nulidad del acto irritó (sic) en la primera oportunidad en la que se hizo presente en los autos, invocando tal error, situación que finalmente se consolidó por el hecho de no haber ejercido el recurso ordinario de apelación contra el fallo de primera instancia.

Al respecto, esta Sala de Casación Civil ha sostenido que no se considera necesaria una eventual reposición de la causa por el simple hecho de que no se hayan consignado las pruebas que demuestren las diligencias llevadas a cabo por el defensor judicial tendientes a poner en conocimiento del demandado lo sucedido en juicio, pues para ello el legislador previó todo un sistema de citaciones capaces de cumplir eficiente y eficazmente dicha función, garantizando así el derecho a la defensa de las partes y el debido proceso como derechos fundamentales previstos en la Constitución (Vid. Sentencia N° 806 del 8 de diciembre de 2008, expediente N° 08-341, caso: Oreste Bocco de Stefano contra Jonny Saade Tadrons y otros).

En el presente caso, dicho sistema de citaciones se cumplió a cabalidad, aunado a que hubo contestación de la demanda por parte del defensor, es decir, que al mismo no se le causó ninguna indefensión, por el contrario, ha debido tomarse en cuenta que fue citado personalmente para absolver posiciones juradas y que se hizo asistir y representar con posterioridad por abogados de su confianza, con lo cual cesó la representación del defensor, por lo que, en la primera oportunidad que se hizo presente en los autos pudo haber solicitado la reposición de la causa por la insuficiencia advertida en la dirección a la que había sido remitido el telegrama, si es que consideraba que de alguna forma le había sido disminuido su derecho a la defensa con la contestación del defensor, mas nunca lo hizo, jamás formuló dicho planteamiento.

Ahora bien, lo cierto es que el demandado fue citado personalmente para absolver posiciones juradas y no asistió, fue contumaz, desleal, temerario y negligente, sin embargo se le premió con una reposición con la que se le da una nueva oportunidad para contestar la demanda, promover pruebas en primera y segunda instancia, presentar informes, entre otras defensas que debió haber ejercido hábil y tenazmente en su oportunidad legal, lo cual desaprovechó por razones que sólo le fueron imputables a el mismo, quien "quedó confeso en las posiciones juradas que le fueron estampadas a solicitud del promovente", por su inasistencia; es útil y necesario destacar la cual dicho sea de paso, jamás justificó, lo cual genera un terrible desequilibrio procesal entre las partes y una clara indefensión a la parte que represento, al concedérsele a mi adversario todas estas ventajas indebidas, a las que no tiene derecho por su propia falta de diligencia, contumacia, negligencia o rebeldía, de allí la infracción del artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

Ciudadanos Magistrados, al margen de la discusión que pueda plantearse en cuanto a si es verdaderamente función o no del defensor ad litem ir en búsqueda del demandado y que podría sostenerse con razón que no existe tal deber legal porque el mismo está atribuido expresamente al alguacil del tribunal, quien es el encargado de practicar la citación, debe tenerse muy presente que si con posterioridad a la designación del defensor ad litem, el demandado tuvo conocimiento del juicio, como en efecto, ocurrió en el presente caso, al haber sido citado personalmente para la absolución de posiciones juradas, ha debido ser él quien procurara ubicar o ponerse en contacto con su defensor, o en su defecto, hacerse asistir o representar por un abogado de su confianza, opción esta última que efectivamente eligió pero cuando ya había precluido el lapso probatorio en primera instancia.

...*Omissis*...

De haber sido tomadas en cuenta todas estas circunstancias, el juez de alzada, jamás hubiese decretado la reposición de la causa, o al menos no lo hubiese hecho en los mismos términos en que lo hizo, es decir, anulando todo lo actuado, sin importarle en lo más mínimo los actos procesales válidamente verificados durante el lapso de promoción y evacuación de pruebas en primera instancia, no dependientes del acto irrito, en abierta infracción de lo establecido en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, no se declarará la nulidad total de los actos consecutivos a un acto irrito, sino cuando éste sea esencial a la validez de los actos subsiguientes o cuando la ley expresamente preceptúe tal nulidad. En estos casos se ordenará la reposición de la causa al estado correspondiente al punto de partida de la nulidad y la renovación del acto irrito.

En el presente caso, el acto antecedente supuestamente irrito fue la contestación de la demanda, la cual no era esencial a la validez de los actos posteriores de evacuación de posiciones juradas y testigos promovidos por la parte que represento, así como tampoco a la de ningún otro acto subsiguiente, ya que tales actos se llevaron a cabo luego de que el demandado había sido citado personalmente para la absolución de las posiciones juradas, es decir, estando en conocimiento pleno del juicio, por lo que, tratándose de actos independientes, por el principio de conservación de los actos procesales, la juez no debió anularlos, pero al haberlo hecho, incumplió su deber de garantizar la estabilidad del juicio, en abierta infracción de lo establecido en los artículos 206, 208 y 213 del Código de Procedimiento Civil.

No estaría cumpliendo esta Sala con la función dikelógica del recurso extraordinario de casación, es decir, de búsqueda de la justicia del caso concreto, si permitiera una reposición como la planteada por la Juez (sic) de Alzada (sic) en favor del demandado y en desmedro del demandante, quien por razones que no le son imputables ha tenido que sufrir las consecuencias de un dilatado largo, costoso y tedioso proceso, soportando miradas adustas, ausencia de una genuina cortesía, muchas veces una atención sin obtener la anhelada y justa tutela judicial efectiva en los términos establecidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...". (Resaltado de la Sala).

Para decidir, la Sala observa:

Indica el formalizante que el juez de la recurrida al haber ordenado la reposición de la causa al estado de contestación de la demanda, incurrió en el quebrantamiento de los artículos 15, 206, 208, 211 y 213 todos del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el *ad quem* en lugar de decidir el fondo del asunto, anuló todo lo actuado y repuso la causa al estado de nueva oportunidad para la contestación de la demanda, por el error material ocasionado por el defensor *ad litem* designado al haber remitido a su defendido un telegrama a una dirección equivocada en el cual notificaba su nombramiento.

Aduce asimismo el formalizante, que la citación se cumplió a cabalidad y hubo contestación de la demanda por parte del defensor *ad litem*, y por ello, no se le causó indefensión al demandado, por el contrario, fue citado para absolver posiciones juradas y se hizo asistir y representar con posterioridad por abogados de su confianza, con lo cual cesó la representación judicial del defensor *ad litem*.

Al respecto, la Sala ha sido constante al señalar, que existe quebrantamiento u omisión de las formas sustanciales que menoscaban el derecho de defensa, cuando por acción u omisión del juez, se conceden preferencias, se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos por la ley o se niegan los permitidos en ella, en perjuicio de una de las partes. Asimismo, se considera vulnerado el mencionado derecho, si el juez no provee sobre las peticiones en tiempo hábil en perjuicio de una parte; si se niega o silencia una prueba o se resiste a verificar su evacuación; en general cuando el juez niega o cercena a las partes los medios legales con que pueden hacer valer sus derechos, rompiendo así el equilibrio procesal en perjuicio de un litigante. (Ver entre otras, sentencia N° 746 del 10 de diciembre de 2015, caso: Yenny del Carmen Caraballo Linares contra Albert Der Messrob Rakkous).

En relación con el vicio de reposición mal decretada, la Sala en decisión N° 682, de fecha 3 de noviembre de 2016, caso: Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A., contra José Iglesias Rey, reiteró y estableció al respecto, lo siguiente:

“...Sobre el vicio de reposición mal decretada o indebida reposición, esta Sala en sentencia N° RC-00436 de fecha 29 de junio de 2006, expediente N° 2005-684, caso René Ramón Gutiérrez Chávez contra Rosa Luisa García García, ratificado en fallo N° RC-00315, de fecha 23 de mayo de 2008, caso Luz Aurora Mosqueda De Moreno, contra Yanec Josefina Tovar, expediente N° 2007-646; así como en decisión N° RC-000002, del 17 de enero de 2012, expediente N° 2011-542, caso Banco Exterior, C.A. Banco Universal contra Creaciones Los Mil Modelos, C.A., indicó lo siguiente:

“...Respecto a la reposición de la causa, es necesario indicar que el Código de Procedimiento Civil, contempla, en sus artículos 206 y siguientes tal posibilidad, así pues, la reposición trae consigo la nulidad, por lo que los jueces deben revisar muy cuidadosamente antes de declararla, pues sólo es posible cuando haya menoscabo al derecho a la defensa y al debido proceso, o se haya violentado el orden público y siempre que dichas fallas no puedan subsanarse de otra manera, lo que se traduce en que tal reposición debe decretarse exclusivamente cuando esta persiga una finalidad útil, pues de no ser esta manera se estarían violentando los mismos derechos que presuntamente se deben proteger cuando se acuerda...”
(Subrayado de la sentencia).

Dicho vicio se da, entre otros presupuestos, en el caso que se genere, por parte del tribunal superior una reposición indebida, inútil, que no cabe en derecho y que genera un desequilibrio procesal.

Ahora bien, la reposición se justifica, como se desprende de la sentencia supra transcrita, cuando esta persiga una finalidad útil. En palabras del profesor Eduardo J. Couture(Fundamentos de Derecho Procesal Civil, pág. 234), la finalidad sería la protección de los intereses jurídicos lesionados a raíz del apartamiento de las formas y de la violación al derecho de defensa, cuya sumatoria deviene en una violación al debido proceso; por ejemplo, por quebrantamientos de forma en la sentencia del tribunal a quo, que siguiendo a Humberto Cuenca, son aquéllos que acontecen en la constitución del proceso, en su desarrollo, en la sentencia o en su ejecución.

En ese sentido, el artículo 49 de la Carta Política, establece como garantías constitucionales el debido proceso y el derecho a la defensa, expresando que:

“artículo 49. (...) 1° La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa... toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo...”.

Estas garantías constitucionales que responden a la regulación del proceso, tienden a la finalidad de que las partes puedan defenderse.

En efecto, el proceso es un sistema estructurado, como lo establece el principio de legalidad en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, por actuaciones, cargas, obligaciones y deberes procesales que se desarrollan en un determinado tiempo procesal -preclusión adjetiva-, de actos procesales, que deben cumplir una finalidad establecida por el legislador adjetivo, si esos actos no alcanzan tal fin y, a su vez menoscaban el derecho de defensa, se genera una conculcación al debido proceso, que genera la reposición de la causa (Arts. 206 y ss del código adjetivo).

Cualquier desequilibrio en ese devenir por actuaciones indebidamente desarrolladas que, afecte, conculque o viole el equilibrio de una o ambas partes dentro del proceso, genera una violación del derecho a la defensa.

El artículo 206 ibídem, que encabeza la teoría general de las nulidades, expresa:

“Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.”.

El legislador ha querido que las reposiciones ocurran excepcionalmente, esto es que la sola existencia de un vicio procesal no sea razón jurídica suficiente para que la reposición sea procedente. A tales propósitos, sólo se puede declarar la nulidad y consecuente reposición si se cumplen los siguientes extremos:

- 1. Que efectivamente se haya producido el quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos.*
- 2. Que la nulidad esté determinada por la Ley o se haya dejado de cumplir en el acto alguna formalidad esencial a su validez.*
- 3. Que el acto no haya logrado el fin para el cual estaba destinado.*
- 4. Que la parte contra quien obre la falta no haya dado causa a ella o que no lo haya consentido tácita o expresamente a menos que se trate de normas de orden público. (Arts. 212, 213 y 214 CPC).*
- 5. Que se haya causado indefensión a la parte contra quien obre el acto.*
- 6. Que se hayan agotado los recursos.*

En este sentido la reposición no es un fin, ni una sanción por cualquier falta del procedimiento. Ella es excepcional porque abiertamente contraría el principio de administrar justicia lo más brevemente posible. No puede por tanto, acordarse una reposición, si no lleva por objeto corregir un vicio que afecte a alguno de los litigantes, sino persigue una finalidad procesalmente útil, que desde luego es la necesidad de mantener y salvaguardar el derecho de defensa en los casos en que el acto ha producido indefensión.

Ahora bien, ¿Cuándo existe indefensión en el proceso?, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o limitación al derecho de defensa, con mengua al derecho de desenvolverse en el ejercicio de sus facultades o recursos y, se produce por actos concretos del tribunal; es una situación en la cual una parte titular de derechos e intereses legítimos, se ve imposibilitada para ejercer los medios legales suficientes para su defensa, sin que haya limitantes en su ejercicio, esta conculcación debe ser injustificada, de manera que la parte vea cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos, debiendo ser real, actual y efectiva en las facultades de ejercicio de la parte. No puede ser una violación abstracta, potencial, sino una situación concreta que le produzca un

*perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo, por ello se habla de **indefensión material**... ”. (Negrillas y cursivas de la decisión).*

De la decisión transcrita se desprende el principio de utilidad de la reposición, según el cual no puede acordarse reposición alguna si no se persigue una finalidad procesalmente útil, que desde luego es la necesidad de mantener y salvaguardar el derecho de defensa en los casos en que el acto ha producido indefensión, esto es, una limitación del ejercicio de los medios legales suficientes para la defensa y protección por parte del aparato judicial de los derechos e intereses legítimos de las partes.

En tal sentido, a efectos de verificar lo denunciado por el formalizante, se estima conveniente transcribir lo pertinente de la recurrida, la cual señala lo siguiente:

“... III.- MOTIVACIONES PARA DECIDIR.

Punto Previo.

.-De las diligencias del defensor ad-litem en la presente causa.-

En el presente caso, considera esta Superioridad (sic) hacer algunas observaciones en relación a la gestión del defensor judicial, a fin de verificar si las mismas están conformes a derecho.

Recapitulando el pasaje de las actas del expediente, este Juzgado (sic) observa lo siguiente:

1.- Gestionada la citación y habiendo sido infructuosa personalmente, en fecha 31.12.2005 (sic) (f. 341) (sic) la representación judicial de la parte actora solicitó se designara defensor judicial a la parte co-demandada (sic).

2.- Por auto de fecha 12.01.2006 (sic) (f.343, p.1) (sic) el Juzgado (sic) A quo designó como defensor Ad (sic) litem de la parte demandada al Abogado (sic) Carlos Arenas, quien el 13.02.2006 (sic), aceptó el cargo y juro cumplirlo fielmente.

3.- Por auto de Fecha (sic) 05.04.2006 (sic) (f.349, p.1) (sic) el Tribunal (sic) A quo ordenó la citación del defensor Ad (sic) litem designado.

4.- Citado el defensor en fecha 24.04.2006 (sic) (f.350) (sic) procedió a dar contestación a la demanda de forma genérica en fecha 07.06.2006 (sic).

Del escenario procesal transcrito, debe esta Superioridad (sic) analizar si la conducta desplegada por el defensor judicial en su rol de procurar una debida defensa y contacto personal de los derechos de su defendido fue garantizado in totum sobre el desarrollo del presente proceso.

De tal suerte, y atisbando el respectivo expediente, consta dentro de las actas una copia simple del telegrama presentado conjuntamente con la contestación de la demanda efectuada por el defensor judicial, y enviado al demandado Edgar Reinaldo Quintero, donde se le participó su nombramiento como defensor ad-litem, empero, dentro de su contenido se suministra una dirección incorrecta, la cual señala textualmente: “(...) El Conde, Este 8 Bis, #81, San Agustín del Norte, Municipio Libertador del Distrito Metropolitano de Caracas (...)” siendo lo correcto: “(...) Avenida Este 10 Bis, N° 81, El Conde, San Agustín del Norte, Municipio Libertador, Caracas.(...)”.

De lo descrito, hace entender a esta Superioridad (sic) que hay insuficiencia en la remisión del telegrama donde se le participa el nombramiento de defensor judicial en la persona del ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, conduciendo a una ausencia de conocimiento real y efectiva de la demanda sobre su destinatario o remitente, toda vez que la dirección donde

iba dirigida se encontraba errada (en otra Avenida [sic]), máxime que existe vaguedad sobre la comunicación telegráfica en la redacción o el curso del expediente donde se encuentra la causa judicial.

En opinión a lo reseñado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha analizado la obligación del defensor judicial, en el hecho de identificar los elementos suficientes en aquellos actos de comunicación que se procuren con el demandado (telegrama), argumentando: “(...)

“(...) Ahora bien, la Sala considera que esos telegramas fueron insuficientes para poner el conocimiento al ciudadano Oussama Souki sobre el juicio de que se trataban. En opinión de esta Sala para que esas comunicaciones cumplieran con su función, debió identificarse al remitente como defensora ad litem, contener elementos suficientes para que el defendido pudiera ponerse en contacto con ésta y señalar, al menos, mutatis mutandi, lo que exige el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil: i) nombre y apellido, denominación o razón social de las partes; ii) el objeto de la pretensión; y iii) la identificación del Juzgado ante el cual cursa el expediente. En el caso de autos, si bien se proveyeron datos para el establecimiento de comunicación con la abogada defensora no se refirió el asunto de que se trataba, ni se mencionaron las partes involucradas ninguna de las cuales era el destinatario, ni se identificó a la abogada como defensora ad litem. (...)” (Cfr. S.Const. Exp. N° 09.0395. Del 15.10.2.010).

Bajo la prédica jurisprudencial transcrita sobre el caso sub examine, se evidencia que los datos de identificación del defensor judicial en el telegrama y su respectivo nombramiento que él señala, fueron individualizados (nombre, apellido, dirección, teléfono, firma), sin embargo, nada dice sobre el objeto de la pretensión y la identificación del Juzgado (sic) donde cursa el expediente. Basta con un simple maridaje que emplea el defensor ad litem haciendo una mención de un “caso en su contra”.

Ergo, pretender que la gestión del defensor judicial fue acertada sobre los actos de localización o paradero personal del demandado, involucraría una indefensión procesal sobre el conocimiento real y efectivo de la demanda que le asiste al demandado, amen (sic) de que no se aporta ningún plus (sic) en la secuela judicial sobre el ejercicio de una efectiva defensa a favor del demandado, yéndose en desequilibrio procesal y contraviniendo sobre el pleno ejercicio de los derechos y defensas que le asisten a la parte demandada en todo el proceso sobre un conocimiento directo y personal que va a demarcar los límites de la litis y subsiguientemente de los iter procesales respectivos.

Luego, a criterio de ésta jurisdicente se vio disminuido el derecho de la defensa del demandado, máxime lo grave del caso, en que el defensor judicial haya agotado su gestión de localización personal sobre una dirección inexecutable que él suscribió en el telegrama y menos aún, mutatis mutandi, lo que la doctrina judicial interpreta, por medio de la cual no refirió sobre el asunto judicial de que se trataba, apartándose de lo que el legislador ha contemplado para la función de su cargo como defensor judicial y en la cual juró cumplir fielmente.

Luego, considera ésta (sic) Sentenciadora (sic) que no hay garantía real y efectiva de conocimiento sobre la pretensión de daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente y daño moral, en contra del demandado Edgar Reinaldo Quintero, toda vez que el telegrama enviado por el defensor judicial fue dirigido a una dirección inexecutable, la cual, no hace surtir garantías dentro del proceso sobre el posible ejercicio efectivo de defensas que le asiste a la parte demandada, violentándose el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

De tal suerte, es forzoso para este (sic) Sentenciadora (sic) concluir, conforme a lo previsto en los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad al 24.04.2006 (sic) (f. 350, p.1) (sic), esto es, cuando quedó citado el defensor judicial, y en consecuencia reponer la causa al estado de que el juzgado de la causa, por auto expreso, fije la oportunidad de contestación de la demanda, tomándose en consideración que las partes se encuentra a derecho y no hay necesidad de volver a citar: ASI (sic) SE DECIDE.

V.- DISPOSITIVA.-

En fuerza de las consideraciones precedentes expuestas, este Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: SIN LUGAR la apelación interpuesta en fecha 30.09.2011 (sic) (f.709, p.1) (sic), y ratificada el 04.10.2011 (sic) (f.711, p.1) (sic), por el abogado (...) actuando en representación judicial de la sociedad de responsabilidad limitada CAFÉ RESTAURANTE 007. S.R.L., contra la decisión definitiva de fecha 14.02.2011 (sic) (f. 693 al 703, p.1) (sic), proferida por el Juzgado (...).

SEGUNDO: LA NULIDAD de lo actuado con posterioridad al 24.04.2006 (sic) (f. 350, p.1) (sic), cuando quedó citado el defensor judicial, conforme a lo previsto en los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil. Y en consecuencia, se repone la causa al estado de que el juzgado A-quo, por auto expreso, fije la oportunidad de contestación de la demanda, tomándose en consideración que las partes se encuentra (sic) a derecho y no hay necesidad de volver a citar. (...)...”. (Mayúsculas, cursivas y resaltado del texto).

De la decisión transcrita, se observa que el juez de la recurrida en punto previo al fondo del asunto, se refirió a la actuación ejercida por el defensor *ad litem* designado a la parte demandada, estableciendo que hubo insuficiencia en la remisión del telegrama donde participaba su nombramiento como defensor judicial, ya que la dirección donde iba dirigido el telegrama se encontraba errada y que dicha comunicación es vaga en su redacción.

Señala asimismo, que pretender que la gestión del defensor *ad litem* fue acertada en la localización personal del demandado, se estaría cometiendo un desequilibrio procesal contra demandado por el conocimiento real y efectivo que debe tener sobre la demanda incoada, lo cual va en contra de los derechos y defensas que le asiste como sujeto procesal.

De otra parte indicó el juez superior, que se vio disminuido el derecho de la defensa de la parte demandada, ya que lo grave del caso es que el defensor judicial agotó su gestión de localización personal sobre una dirección inexacta en el telegrama y, en dicha comunicación no refirió en absoluto sobre el asunto judicial incoado, que trata de una pretensión de daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente y daño moral en contra del demandado.

Ello así, esta Sala de Casación Civil considera necesario transcribir los siguientes actos procesales que son importantes para la comprensión y solución de la presente denuncia, a decir:

Cursa a los folios 186 al 216 de la primera pieza del expediente, escrito contentivo de la reforma de la demanda, en la cual a su comienzo señala lo siguiente:

“...Yo EDILBERTO NUÑEZ ALARCÓN, (...), en mi carácter de “ADMINISTRADOR” y Representante (sic) Judicial (sic), por efectos de su “Acta Constitutiva y/o Estatutos Sociales” de la sociedad mercantil “CAFÉ, RESTAURANTE 007, SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA” (S.R.L.) de este domicilio, cito: Avenida Este 10 Bis, N° 81, El Conde, San Agustín del Norte, Municipio Libertador de esta ciudad de Caracas D.F. (hoy D.C.), (...)...”. (Resaltado y mayúsculas del texto).

Consta al folio 293 de la primera pieza del expediente, que en fecha 4 de abril de 2005 el alguacil del *a quo* señaló que *“hago constar que me trasladé en fecha 17/02/05 (sic) a la siguiente dirección: Avenida Este 10 Bis, N° 81, El Conde, San Agustín del Norte, Municipio Libertador, Caracas, a los fines de citar al Ciudadano (sic) EDGAR REINALDO QUINTERO ROJAS, (...). No habiendo podido localizarlo, (...).”*.

Consta al folio 337 de la primera pieza del expediente, que la secretaria del *a quo* señaló que *“en fecha 18 de Octubre (sic) de 2005 que me trasladé a la siguiente dirección: Avenida Este 10, N° 81, El Conde, San Agustín del Norte, Caracas; y fijé a las puertas de dicho inmueble un ejemplar del cartel de citación librado en la presente causa”*.

Consta al folio 347 de la primera pieza del expediente, que en fecha 13 de febrero de 2006, el abogado Carlos A. Arenas M. aceptó el cargo de defensor *ad litem* del demandado ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, y prestó el juramento respectivo.

Consta al folio 353 de la primera pieza del expediente, que en fecha 7 de junio de 2006, el defensor *ad litem* del demandado consignó ante el *a quo* el escrito de contestación de la demanda, la constancia de envío del telegrama al demandado y copia del telegrama.

Consta al folio 354 de la primera pieza del expediente, copia del telegrama enviado a la dirección siguiente: *“Urb. (sic) El Conde, Este 8 Bis, San Agustín del Norte, Municipio Libertador, Dtto (sic) Metropolitano de Caracas”*, y cuyo texto es el siguiente *“Fui nombrado Defensor (sic) Judicial (sic) en caso en su contra. Comunicarse urgente al 516-4137 o al 0412-295-1583”*.

Consta al folio 355 de la primera pieza del expediente, que en fecha 28 de junio de 2006, la parte actora consignó escrito de promoción de pruebas.

Consta al folio 432 de la primera pieza del expediente, que en fecha 21 de julio de 2006, el *a quo* admitió las pruebas promovidas por la parte actora.

Consta al folio 433 de la primera pieza del expediente, que en fecha 21 de julio de 2006, el *a quo* ordenó la citación del ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas para que absuelva las posiciones juradas promovidas por la parte actora.

Consta al folio 442 y 443 de la primera pieza del expediente, que en fecha 18 de septiembre de 2006, oportunidad fijada por el *a quo* para que tenga lugar el acto de posiciones juradas, que formulara la parte actora, se señaló lo siguiente, “*No presentándose la parte demandada ni por si (sic), ni por medio de apoderado judicial alguno.*”. (Resaltado, cursivas y subrayado de la Sala).

Consta al folio 444 de la primera pieza del expediente, que en fecha 19 de septiembre de 2006, oportunidad fijada por el *a quo* para que tenga lugar el acto de posiciones juradas, que formulara la parte actora, se señaló lo siguiente, “*No presentándose la parte demandada ni por si (sic), ni por medio de apoderado judicial alguno para ejercer su derecho. En este estado el tribunal por cuanto no apareció la parte demandada ni por si (sic) ni por medio de apoderado alguno para formular las posiciones juradas, reciprocas (sic) a la parte actora, se deja expresa constancia de los mismos...*”. (Resaltado, cursivas y subrayado de la Sala).

Consta a los folios 445 al 447 de la primera pieza del expediente, que en fecha 2 de octubre de 2006, la parte actora consignó escrito de solicitud de medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar sobre el bien inmueble objeto de litigio.

Consta a los folios 449 al 462 de la primera pieza del expediente, que en fecha 27 de octubre de 2006, la parte actora consignó escrito de informes ante el *a quo*.

Consta a los folios 471 al 473 de la primera pieza del expediente, que en fecha 22 de enero de 2007, los abogados Alfonso García y Omar Zerpa en representación del ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas mediante escrito se dieron expresamente por citados en la presente causa y solicitaron al *a quo* la reposición de la causa al estado de nueva citación y la suspensión de la medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar del inmueble objeto de litigio.

Consta a los folios 491 al 494 de la primera pieza del expediente que, en fecha 3 de marzo de 2007, compareció la representación judicial de la parte actora y consignó escrito de alegatos.

Consta al folio 511 de la primera pieza del expediente diligencia de fecha 8 de mayo de 2007, mediante la cual compareció la ciudadana Aura Rosa Rodríguez, asistida de abogado y propuso una intervención voluntaria de terceros, conforme al artículo 370 del Código de Procedimiento Civil.

Consta al folio 579 de la primera pieza del expediente, que en fecha 23 de marzo de 2010 compareció la parte demandada, asistida de abogado y propuso la tacha de falsedad de las pruebas presentadas por el accionante.

En fecha 5 de abril de 2010 (folios 595 al 605 primera pieza del expediente), la parte demandada, asistida de abogado presentó escrito de alegatos.

Mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2010 (folios 621 al 623 de la primera pieza del expediente), compareció la parte demandada asistida de abogado y presentó escrito de tacha incidental.

En fecha 8 de abril 2010 (folios 634 al 646 de la primera pieza del expediente), compareció la parte demandada asistido de abogado y presentó escrito de informes.

En fecha 20 de abril de 2010 (folios 661 al 666 de la primera pieza del expediente), la representación judicial de la parte actora consignó escrito de alegatos.

Mediante sentencia definitiva de fecha 14 de febrero de 2011 (ff. 693 al 703 primera pieza del expediente) el *a quo* declaró: (i) parcialmente con lugar la presente acción que por DAÑOS Y PERJUICIOS interpuso la sociedad mercantil CAFÉ RESTAURANTE 007, S.R.L., contra el ciudadano EDGAR REINALDO QUINTERO ROJAS; (ii) y condenó a la parte demandada, por concepto de daños y perjuicios a pagar la cantidad de cuarenta y siete mil seiscientos noventa y cinco bolívares fuertes con cincuenta y tres céntimos (BsF. 47.695,53).

A través de diligencia de fecha 27 de septiembre de 2011, (folio 707 de la primera pieza del expediente), el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, debidamente asistido por la abogada Bertha Rogelia Méndez, se dio por notificado de la decisión del *a quo* y manifestó su intención de cumplir voluntariamente la indemnización dispuesta.

En tal sentido, esta Sala una vez analizadas las anteriores actuaciones procesales realizadas por las partes en el decurso del juicio se evidencia que si bien es cierto hubo un error en la dirección a la cual fue remitido el telegrama de la notificación que hiciera el defensor *ad litem* a los fines de comunicarle al demandado su designación, así como también quedó evidenciada su incomparecencia a algunos actos del proceso, lo cual ciertamente constituye una falta cuestionable en su deber de actuar de manera eficiente, ello no puede traducirse -en las circunstancias bajo estudio- en una indefensión total en el juicio que afectara de nulidad todo el proceso, pues en dichas consideraciones se obvió tomar en cuenta que el demandado después de haber sido citado personalmente para absolver posiciones juradas no compareció de manera inmediata para solicitar la nulidad por la actuación del defensor *ad litem* sino que solicitó la reposición de la causa al estado de citación alegando fraude en la misma, dado que dicha citación para la contestación fue realizada en un inmueble que había arrendado y para esa fecha no era su domicilio, pero al hacerlo a destiempo se tradujo en un consentimiento tácito en las irregularidades ocurridas, por su propia negligencia.

Al respecto, la nulidad y subsecuente reposición de determinada causa solo puede ser decretada si se cumplen determinados extremos: que efectivamente se haya producido un quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos; que la nulidad esté determinada por la ley o se haya dejado de cumplir en el acto alguna formalidad esencial a su validez; que el acto no haya logrado el fin al cual estaba destinado y que la parte

contra quien obre la falta no haya dado causa a ella o que sin haber dado causa a ella no la haya consentido expresa o tácitamente, a menos que se trate de normas de orden público.

En razón de lo anterior, esta Sala considera que el demandado al tener conocimiento de la demanda y no delatar de manera inmediata las irregularidades ocurridas en el proceso, las convalidó, aunado al hecho que una vez dictada la sentencia de primera instancia, el demandado no apeló de la misma, sino que por el contrario en fecha 15 de marzo de 2012 y 18 de abril de 2012, manifestó su intención de cumplir voluntariamente en la misma, solicitando la ejecución voluntaria, lo cual denota indudablemente su conformidad con lo decidido en pleno ejercicio de su derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por lo cual reponer la causa no tendría utilidad alguna, siendo lo procedente la ejecución de la sentencia que ha quedado definitivamente firme. Así se decide.

Por las razones anteriormente explanadas, esta Sala de Casación Civil se encuentra en el deber de declarar procedente la actual denuncia por reposición mal decretada. Así se decide.

II

De conformidad con el artículo 313 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia que la recurrida incurrió en la infracción de los artículos 12, 15 y 243, ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, por estar incurso en incongruencia positiva al haberse violado la prohibición de la “*non reformatio in peius*”, con base en la siguiente argumentación:

“...El vicio denominado: "reformatio in peius", se fundamenta en la vulneración del principio "tantum apellatum quantum devolutum" y se soporta en la obligación que se impone a los jueces de alzada de ceñirse rigurosamente al fuero de conocimiento atribuido en razón del recurso de apelación ejercido, y en tal sentido, las facultades o potestades cognitivas del juez quedan absolutamente circunscritas al gravamen denunciado por el apelante; salvo, las situaciones de excepción previstas en la ley. Por ello, no le está permitido a los jueces de instancia relajar la estructura, secuencia y desarrollo del procedimiento, esto es, el modo, lugar y tiempo en que deben realizarse los actos procesales, ya que las garantías del debido proceso de defensa de las partes y el de tutela judicial efectiva incumbe al orden público, pues el Estado (sic) es garante del ejercicio eficaz de los derechos de las partes en el proceso. (Ver, entre otras, sentencia de la Sala del 10 de mayo de 2005, caso: Doris Josefina Araujo contra Michele Marcaccio Bagaglia).

En el presente caso, la alzada no se circunscribió al gravamen denunciado por la parte actora -única apelante- sino que repuso la causa al estado de que el juzgado a quo, por auto expreso, fije la oportunidad de contestación de la demanda, declarando nulo todo lo actuado en primera y segunda instancia luego de la contestación válidamente ya realizada por el defensor ad litem, sin percatarse que el demandado se había conformado con el fallo

proferido en su contra y al no haber ejercido el correspondiente recurso ordinario de apelación contra el mismo, con lo cual, la providencia de primera instancia adquirió firmeza (cosa juzgada formal o ad intra) para el demandado, no pudiendo el ad quem anular la misma por vía de reposición.

*Es por ello que, sin duda, enervó la posición procesal y jurídica que le era favorable a mi representada, agravando a todas luces su situación, en lugar de limitarse a dilucidar si era procedente o no la indemnización de daños y perjuicios por los conceptos y montos reclamados en la reforma de la demanda y no los acordados por el juez de primera instancia al declarar parcialmente con lugar la demanda, **cantidades éstas (sic) que ya había aceptado el demandante pagar.***

*En efecto, de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente podrán ustedes constatar que el 18 de abril de 2012, el demandado, asistido por la abogada Bertha Rogelia Méndez Montero, consignó diligencia en la que **solicitó al tribunal de la causa que fijara la oportunidad para cumplir voluntariamente el fallo,** con lo cual, quedó palmariamente evidenciada la abdicación de su derecho de atacar el vicio de procedimiento advertido por la juez de la recurrida y, en consecuencia, la convalidación o subsanación expresa de su parte que impedía, a todas luces, que se anulara lo actuado y que se retrotrajera la causa indebidamente como se hizo, puesto que, habiéndose conformado el demandado con el procedimiento y la sentencia de primera instancia, al punto de manifestar estar dispuesto a cumplir voluntariamente lo en ella decidido, **le estaba prohibido a la juez de alzada anular las actuaciones precedentes a dicho fallo.***

*De modo pues que, al no haber mediado recurso de apelación por parte del demandado, **y no tratándose de un asunto de orden público,** puesto que, como señalé en la anterior denuncia, **la reposición acordada en el presente caso no fue por causa de una falta absoluta de citación,** la cual ya se había verificado en la persona del defensor ad litem con quien se entendió la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, sino por virtud de un error material en la dirección donde el mismo debió remitir su telegrama, falta ésta asimilable, claro está, **mutatis mutandi,** a una irregularidad en la práctica de la citación, la (sic) juez de alzada debió circunscribir su decisión a la resolución del fondo de la controversia ateniéndose exclusivamente a lo alegado por la parte que represento con motivo del recurso ordinario de apelación por ella interpuesto.*

*Con tal proceder, es innegable el vicio de **ULTRAPETITA** del que adolece la decisión recurrida y la consecuente violación del derecho a la defensa de la parte actora apelante que represento, por haberse violentado el principio o prohibición de la **non reformatio in peius,** según el cual, el Juez (sic) Superior (sic) no puede desmejorar de ninguna manera la situación del único apelante ni conocer de aquellos puntos que no le sean sometidos por las partes a través de la apelación, pues en lugar de reparar el gravamen cuya corrección se pretendía, hizo más calamitoso el statu quo de mi patrocinada, en abierta infracción de los artículos 12 y 15 del Código de Procedimiento Civil...”. (Mayúsculas, cursivas, resaltado y subrayado del texto).*

Para decidir, la Sala observa:

En la presente denuncia, el recurrente delata la infracción del artículo 243, ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, al incurrir la recurrida en el vicio de incongruencia positiva por la *reformatio in peius*, al desmejorar la situación de la parte actora, que fue la única apelante del fallo del *a quo* y al ordenar la reposición

de la causa al estado de nueva contestación a la demanda, violentó los límites de la controversia que debía resolver.

En este orden de ideas, y al haber determinado precedente la delación por reposición mal decretada en la resolución de la denuncia anterior, esta Sala de Casación Civil acoge el criterio señalado por la Sala Constitucional en sentencia N° 877, de fecha 3 de noviembre de 2017, en relación al presente caso, en la cual se indicó: *“el haber realizado un estudio incompleto del asunto y circunscribir el análisis a la actuación del defensor ad litem, dio lugar a una errada conclusión [del ad quem] pues, contrario a lo afirmado por las otras instancias, no considera quien decide que estuviesen dados los supuestos para concluir que hubo un vicio de orden público, justificando de esta manera la inexcusable incomparecencia del demandado a los actos ocurridos con posterioridad a su citación y su falta de impugnación mediante el medio recursivo correspondiente; en contraste, se advierte que lo expuesto constituye un asunto que sólo afecta la esfera particular de los derechos subjetivos de la parte demandada en el juicio primigenio que ni siquiera fueron delatados por éste, pero que pese a ello, fue anulada la causa y repuesta “al estado de la demanda [sic]”, incurriendo así en reforma del fallo en perjuicio del apelante (reformatio in peius)”*.

A tal respecto, la Sala Constitucional, mediante sentencia vinculante N° 1353, del 13 de agosto de 2008, caso: *Corporación Acros C.A.*, expediente 07-1354, estableció lo siguiente:

“...El principio de la non reformatio in peius o prohibición de reforma en perjuicio consiste en la interdicción, al juez de alzada, de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su contraparte e incluso, -agrega esta Sala-, cuando habiendo mediado apelación de ambas partes, se desmejore a una de ellas con respecto a algún punto específico del fallo que haya quedado excluido del recurso ejercido por su adversario, ello, de acuerdo con el principio tantum devolutum quantum appellatum, según el cual, el juez de alzada no puede conocer ni decidir sobre puntos de la sentencia apelada que no le hayan sido devueltos por la apelación, ya que, en los casos en que la apelación se limita o circunscribe a determinado punto, quedan fuera del debate aquellos con los que la parte se conformó a pesar de que le causaban gravamen, no pudiéndose empeorar la situación jurídica del otro apelante, por cuanto, tal omisión le favorece, no siendo, por tanto objeto de su recurso. Respecto de estos principios, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 16 de febrero de 2001 (Caso: Petrica López Ortega y Blanca Prince), estableció que:

‘Vista la figura del reformatio in peius, como un principio jurídico que emerge en abstracto de la conducta del jurisdicente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, es de lógica concluir, que no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que la contemple y la cual pudiera ser, verdaderamente objeto de violación directa; siendo así, no se puede continuar inficionando dentro del campo de los artículos 288 del Código de Procedimiento Civil y 1.365 del Código Civil, para justificar la violación de una norma inexistente, argumentándose dicha ficción, en

los principios de tantum appellatum quantum devolutum; la realidad de la conducta del ad quem, al desmejorar al apelante, está circunscrita a la figura jurídica de la ultrapetita, pues viola el principio de congruencia de la sentencia, conectado a la limitación de decidir solamente sobre lo que es objeto del recurso subjetivo procesal de apelación; en igual manera la reformatio in peius, está ligada a la garantía constitucional del derecho a la defensa, por lo cual quien ejerce ese derecho no puede ver deteriorada su situación procesal, por el sólo hecho de haberlo ejercido’.

En ese mismo orden de ideas, ha señalado Eduardo J. Couture, en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, que: ‘Así, conducen hacia esa prohibición los principios nemo iudex sine actore expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestros países; del nec procedat iudex ex officio, que prohíbe, en línea general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación. Si quien vio sucumbir su pretensión de obtener una condena superior a \$ 5.000 no apeló del fallo en cuanto le era adverso, ya no es posible alterar ese estado de cosas. El juez de la apelación, conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso; tantum devolutum quantum appellatum.’

Asimismo, en sentencia N° 1219/2001, de 06.07, caso: Anatolia del Rosario Vivas Peñaloza, ratificada en sentencia N° 830/2005, de 11.05, caso: Constructora Camsa C.A. esta Sala Constitucional reconoció el carácter de orden público del principio de la non reformatio in peius, en los siguientes términos:

‘Ahora bien, en el caso sub examine, la supuesta agraviada no denunció en su demanda de amparo la violación del principio de la prohibición de la reformatio in peius, no obstante, esta Sala Constitucional comparte el criterio que sentó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia n° 316/09.10.97, (Caso: Alfredo Enrique Morales López), en cuanto a que dicho principio es de orden público en tanto que se conecta con la garantía constitucional del derecho a la defensa y, por ende, con el debido proceso.

En efecto, con la reforma de la sentencia, en beneficio de quien no apeló y en perjuicio del único que lo hizo, se concedió una ventaja indebida a una de las partes y se rompió con el equilibrio procesal, lo cual apareja indefensión ya que ésta no sólo se produce cuando el juez priva o limita a alguna de las partes de los medios o recursos que le concede la ley, sino, también, cuando el juez altera el equilibrio procesal mediante la concesión de ventajas a una de las partes, en perjuicio de su contraria, tal y como sucedió en el caso sub examine.”

El criterio plasmado en la sentencia transcrita es vinculante, toda vez que fue asentado con motivo de la interpretación de normas constitucionales, [...]”.

En atención a la jurisprudencia antes transcrita, esta Sala debe concluir que en el presente caso se infringió el principio de *non reformatio in peius*, ya que se benefició a la parte demandada, quien no apeló, a pesar de que sus actuaciones mostró conformidad con lo decidido, ya que manifestó su voluntad de cumplir con la indemnización a la cual fue condenado, lo cual causó un perjuicio a la parte demandante que sí apeló, concediendo una ventaja indebida al ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, rompiendo así el equilibrio procesal al empeorarse la situación del apelante sin que mediara recurso de su contraparte.

Por las razones anteriormente explanadas, se declara procedente la denuncia bajo análisis y, así se decide.

Ahora bien, siendo que en el caso de autos es aplicable el criterio jurisprudencial previsto en la decisión N° 362 de la Sala Constitucional de fecha 10 de mayo de 2018, mediante la cual se elimina el reenvío, precedentemente comentado, la Sala procede a CASAR la decisión recurrida, y de conformidad con lo previsto en los artículos 320 y 322 del Código de Procedimiento Civil, procede a pronunciarse sobre el fondo en los siguientes términos:

La representación judicial de la parte actora en el libelo de la demanda alegó lo siguiente:

- Que su representada originalmente giraba como una firma personal, propiedad del ciudadano José Ezequiel Padilla Argüello y que estaba ubicada en un inmueble ubicado en la siguiente dirección: “Avenida Este 10 Bis, El Conde, Esquina Sur 17, San Agustín N° 81, Caracas”, el cual fue dado en arrendamiento por la ciudadana María de los Ángeles Lorenzo de González.

- Que en fecha 29 de junio de 1989, el ciudadano José Ezequiel Padilla Argüello procedió a liquidar la mencionada firma personal, tal como se evidencia del documento que fuera protocolizado por ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, bajo el N° 143, Tomo 7-B-Pro.

- Que en fecha 3 de agosto de 1987 el ciudadano José Ezequiel Padilla Argüello vendió al ciudadano Edilberto Núñez Alarcón, las cuotas de participación que mantenía en la sociedad mercantil CAFÉ RESTAURANTE 007 S.R.L., empresa que funcionaba en la misma dirección señalada anteriormente, de manera legal, ininterrumpida, sin perturbación ni despojo.

- Que desde que la empresa CAFÉ RESTAURANTE 007 S.R.L., comenzó a prestar servicios, los cánones de arrendamientos eran pagados directamente a la ciudadana María de los Ángeles Lorenzo de González, quien a decir de la parte actora, se constituyó en gestor de negocios para la venta del mencionado fondo de comercio, asumiendo el compromiso de redactar un nuevo contrato de arrendamiento. Y que las exigencias de dicha ciudadana respecto a sus comisiones se tornaron extremadamente excesivas, obscenas e inaceptables, por lo que el nuevo contrato de arrendamiento quedó solo en proyecto.

- Que en virtud del rompimiento de las negociaciones, la empresa procedió a consignar los cánones de arrendamiento por ante el Juzgado Tercero de Parroquia del Distrito Federal del Circuito Judicial N° 1. Y que en fecha 26 de julio de 1991, el ciudadano Gilfredo González Martínez, ex cónyuge de la arrendadora se arrogó un derecho que no le corresponde y retiró la cantidad de Bs. 99.000,00 (que hoy equivale a la cantidad de Bs. 99,00).

- Que el Juzgado Quinto de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, procedió a embargar los cánones de arrendamiento en virtud del incumplimiento de su ex cónyuge en pagar la pensión alimentaria y ordenó que los mismos deberían ser depositados en una cuenta de ahorros que se ordenó abrir a tal efecto, y que hasta la fecha continúan depositando puntualmente la pensión arrendaticia en la mencionada cuenta de ahorros.

- Que en fecha 22 de Marzo de 2002, el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, a primeras horas de la mañana, y fungiendo ser propietario del inmueble arrendado, irrumpió violentamente al local arrendado, rompiendo cerraduras y demás seguros, haciendo de esa manera justicia con sus propias manos, impidiendo así el ingreso al dicho local del personal que labora en el restaurante. Tales actuaciones fueron expresamente reconocidas por el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, quien suscribió un Acta Convenio en la Jefatura Civil de la Parroquia San Agustín, comprometiéndose a devolver el local y las llaves, lo cual nunca ocurrió.

- Que en fecha 23 de marzo de 2003 el representante judicial de la parte actora se presentó en el local comercial para percatarse personalmente de los daños causados, siendo retado y atacado por la ciudadana Sheyla Milagros García Vásquez, quien expresó ser inquilina del local comercial.

- Que además de hacerse justicia con sus propias manos, causando un daño a la actora, los demandados con tal actuación desacataron la sentencia de fecha 19 de octubre de 1995, proferida por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia de esta misma Circunscripción Judicial en la que el Juez de la causa reconoce la legitimidad del contrato de arrendamiento y su vigencia por el término en el suscrito y a su vez ordena se respete su condición de poseedor precario, al arrendatario.

En tal sentido, y bajo los hechos alegados, la parte actora demandó al ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, por la indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente, y daño moral,

estimando la presente demanda en un monto de ciento sesenta y nueve mil seiscientos noventa y cinco bolívares con cincuenta y tres céntimos (Bs. 169.69,53).

De otra parte, en fecha 7 de Junio de 2006, el ciudadano Carlos Arena, actuando en su carácter de Defensor Judicial del ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, parte demandada en el presente juicio, dio contestación a la demanda y de esa manera rechazó, negó y contradijo la demanda de forma genérica.

Vistos los alegatos de las partes, esta Sala observa que el objeto de la presente controversia se basa en los daños y perjuicios que, según la parte actora, le ocasionó el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, **señalando que dichos daños causados se configuran cuando dicho ciudadano, en su carácter de dueño del inmueble objeto del presente juicio, irrumpió en el local de su propiedad en fecha 22 de marzo de 2002, el cual según la parte actora se encontraba ocupado por su representada como arrendataria y lo despoja de la posesión usando la fuerza y sin ninguna orden judicial.**

En tal sentido, la acción de daños y perjuicios tiene en nuestra legislación, diversas disposiciones que la rigen, ya se deriven los mismos de un hecho ilícito o de relaciones contractuales entre los litigantes. La acción que según el artículo 1.185 de Código Civil tiene el que ha sufrido daños, puede derivarse de la intención, de la negligencia o de la imprudencia de otras personas y otros casos en el que el hecho ilícito es la fuente de la obligación que se demanda, la acción de daños y perjuicios es autónoma, para lograr la reparación que la ley impone a todo aquel que cause un daño a otro; debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho. Hay abuso de derecho aun cuando el autor no haya tenido la intención de dañar, siendo suficiente que se pueda encontrar en su conducta la ausencia de precauciones, la falta de diligencia necesaria que hubiese podido evitar el daño.

En tal sentido, el hecho ilícito a que se refiere el Código Civil no es el mismo que en materia penal; el hecho ilícito civil es todo hecho voluntario e ilícito por el cual se causa un daño a otro en sus intereses, intencionalmente y sin derecho. Aunque la ley habla solo de daño, por lo que entiende la pérdida o privación de una cosa, la responsabilidad se extiende a los perjuicios que son consecuencia del hecho ilícito, es decir los beneficios legítimos que han dejado de obtener. Así pues, este Sala debe apuntar, que el hecho ilícito existe

cuando hay dolo o culpa; esto puede consistir en la acción o en la omisión del hecho, y es necesario que exista la concurrencia de: 1º- Que se haya ejecutado un hecho voluntario e ilícito o se haya dejado de cumplir voluntariamente una obligación; 2º- Que ese hecho haya causado daño apreciable en dinero; 3º- Que el daño se haya efectuado sin derecho.

Ello así, esta Sala a través de sentencia N° 363 de fecha 16 de noviembre de 2001, en el juicio seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation, expediente N° 00-132, señaló lo siguiente:

“(...) El actor-recurrente sostiene que el pronunciamiento de la recurrida que consideró no configurado el abuso de derecho que se le imputa a la empresa Microsoft Corporation, con ocasión de la medida cautelar que causó los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama a través de la pretensión deducida en el libelo de demanda, generó la infracción por falta de aplicación del artículo 1.185 del Código Civil.

Ahora bien, la figura que la doctrina y la jurisprudencia conciben como “abuso de derecho” se encuentra recogida en la parte final del artículo 1.185 del Código Civil, que se refiere al exceso en que se puede incurrir, en el ejercicio de un derecho, por mala fe o por violación de la finalidad social que se persiga.

Asimismo, el artículo 1.185 del Código Civil, establece lo siguiente:

(...Omissis...)

En fundamento a la norma anteriormente transcrita, no existe culpa ni responsabilidad civil, cuando se ejerce un derecho sin abuso, aunque se cause un daño; de manera que el ejercicio de un derecho no resulta abusivo, sino cuando hay mala fe o violación del objeto por el cual se otorgó ese derecho. Del último párrafo del artículo 1.185 del Código Civil, se desprende que el ejercicio de un derecho no acarrea responsabilidad cuando su titular actúa de buena fe y en armonía con la finalidad social del derecho. En tal sentido, este Máximo Tribunal ha establecido que, para que el ejercicio de un derecho ‘...engendre responsabilidad civil..., debe haberse actuado en forma abusiva, pues tratándose del ejercicio facultativo de un derecho... sólo si se procediere de mala fe o si se excediese el particular en el uso de esa facultad..., sólo en este caso, lógicamente, podría darse entonces la posibilidad legal de indemnización...’. (Sentencia del 13 de agosto de 1987 de la Sala Político-Administrativa).

Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los elementos que diferencian la una de la otra. El primer párrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso que corresponde al último párrafo del artículo en el que se sostiene: “debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido ese derecho”; presenta una situación grave y hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a: “precisar cuando (sic) se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando (sic) se ha abusado del mismo” o cuando (sic) el ejercicio de ese derecho excede “los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho. (...)”.

De la jurisprudencia transcrita se evidencia que no existe culpa ni responsabilidad civil, cuando se ejerce un derecho sin abuso, aunque se cause un daño, por lo cual debe haber intencionalidad del autor de causar el daño; siendo que se debe probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, y de otro lado respecto al abuso de derecho, el cual resulta ser una situación jurídica compleja, se debe precisar cuándo se ha hecho uso racional del derecho y cuándo el uso del referido derecho excede los límites propios del mismo.

Pruebas de la parte actora:

- Contrato de arrendamiento, debidamente autenticado en fecha 20 de Noviembre de 1.992, por ante la Notaría Pública Vigésima de Caracas, bajo el No. 45, Tomo 17, de los Libros de autenticaciones llevados por ese despacho (folios 220 a 224 de la primera pieza del expediente), el cual no fue impugnado, ni tachado en su oportunidad de ley, y al que se le otorga pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.359 del Código Civil; donde se puede observar que para la fecha en la sucedió el desalojo indebido, esto es el 22 de marzo de 2002, la empresa actora era la arrendataria del inmueble.

- A) sentencia emanada del Juzgado Octavo de Primera Instancia, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 8 de mayo de 2001 (folios 89 al 101 de la primera pieza del expediente) ; B) sentencia emanada del Juzgado Superior Primero de la misma Circunscripción Judicial en fecha 24 de marzo de 2004 (folios 260 al 282 de la primera pieza del expediente), a las cuales se les otorga pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.359 del Código Civil, y de las que se evidencia que fue declarado con lugar el amparo interpuesto por el ciudadano Rafael Padilla contra el ciudadano Edgar Quintero, ordenándose restituir la situación jurídica infringida, esto es permitir el libre acceso del agraviado al interior del local donde funciona el fondo de comercio.

- Riela al folio 617 de la primera pieza del expediente, acta conciliatoria N°0000758 de fecha 22 de marzo de 2002, emanada de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, en la cual se dejó expresa constancia que habiendo comparecido el ciudadano Edgar Quintero, éste manifestó haber “colocado el candado arbitrariamente” porque supuestamente el inquilino tenía un año sin pagarle, comprometiéndose a “entregar la

llave que libera esa entrada al negocio que permanece cerrado” ante la jefatura civil, cuyo cumplimiento no fue dado por la parte demandada. Instrumento probatorio al cual se le da valor de plena prueba de conformidad con lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

- Consta a los folios 435 al 439 de la primera pieza del expediente, actas de declaración de testigos las cuales se valoran de conformidad con lo estatuido en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, en las cuales se dejó constancia de la incomparecencia de la parte demandada a los actos, quedando demostrado de las deposiciones de los testigos Rafael Gómez y María Salcedo, que en fecha 22 de marzo de 2002 el ciudadano Edgar Quintero impidió a la fuerza el acceso de los empleados al local objeto del juicio, rompiendo las cerraduras para ingresar al mismo.

De otro lado, observa esta Sala que no se evidencia de los autos del expediente que la parte demandada en el presente juicio haya promovido prueba alguna dentro del lapso procesal correspondiente.

Motivos para decidir:

En tal sentido, quedó plenamente demostrado con el cúmulo de pruebas aportadas a los autos, que siendo que el arrendador propietario del inmueble, ciudadano Edgar Quintero Rojas, incurrió en un hecho ilícito al despojar de manera violenta al arrendatario, hoy parte actora, se configura íntegramente la presencia de un daño material, el cual fue ocasionado por la parte demandada al irrumpir en fecha 22 de marzo de 2002 en el inmueble de su propiedad, que para la fecha estaba arrendado y en él funcionaba el fondo de comercio “**CAFÉ RESTAURANTE 007, S.R.L**”, procediendo por la fuerza y sin ninguna orden judicial a colocar candados para no permitir el libre acceso de la representación del arrendatario y los empleados al interior del inmueble arrendado, sin permitirle ingresar a las instalaciones del comercio y sacar sus bienes, despojándolo así de la posesión del referido inmueble ubicado en la avenida Este 10 Bis, N° 81, El Conde, San Agustín del Norte, Municipio Libertador, Caracas.

Aunado a lo anterior, se puede observar que con respecto al ciudadano Edgar Quintero, parte demandada, su contestación a la demanda la ejerció el defensor judicial, haciéndola de manera genérica y sin

promover alguna prueba que pudiera desvirtuar lo alegado por el actor; en consecuencia, resulta imperativo para esta Sala, establecer que la presente pretensión de daños y perjuicios debe prosperar en derecho. Así se decide.

Ahora bien, en relación a la indemnización por daño moral ha sido criterio reiterado de esta Sala atendiendo a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, que el juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo y no limitada a lo estimado en el libelo. (Vid. sentencia de fecha 12 de diciembre de 1995, Exp. N° 95-281, juicio: Carmelo Antonio Benavides contra Transporte Delbuc, C.A.)

A tal respecto, dado que el artículo 1.196 del Código Civil faculta al juzgador para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales puede ocasionar además repercusiones psíquicas, o índole afectiva, lesivas de algún modo al ente de la víctima, la estimación que al respecto hagan los jueces de merito así como la indemnización que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son de su criterio exclusivo.

Así mismo, el artículo en comento dice “puede” y en este sentido el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al Juez para obrar según su prudente arbitrio consultando lo más equitativo, justo o racional, y, por lo tanto, está autorizado para conceder la indemnización o forma de reparación que considere conveniente sin que tal indemnización tenga que ser necesario de contenido patrimonial y ello, desde luego, porque el daño no es material sino moral. La forma de la indemnización, lo fija el Juez sin que para ello exista otra limitación que la de su prudente arbitrio.

Siendo ello así, debe apuntar esta Sala que en el presente caso no se evidencia que la parte demandante haya demostrado plenamente la existencia de un daño moral, razón por la cual no debe prosperar en derecho dicha pretensión, por cuanto no se observan de las actas hechos eficaces, concretos determinados y determinables que puedan ser cuantificados y por ellos declarados, resultando forzoso para declarar parcialmente con lugar la presente acción. Así se decide.

Respecto al daño emergente y lucro cesante solicitado, esta Sala debe apuntar que no ha quedado demostrado del cúmulo probatorio, que la parte demandante haya puesto en evidencia el detrimento o

destrucción de bienes materiales sobre los cuales pretenda adjudicarse propiedad, así como tampoco fue demostrada palpablemente una relación de las supuestas pérdidas futuras derivadas directamente de la arbitraria ocupación del inmueble por parte del ciudadano Edgar Quintero en fecha 22 de marzo de 2002, en consecuencia no son procedentes dichos conceptos. Así se declara.

Por todos los razonamientos antes expuestos, esta Sala de Casación Civil declara: **PRIMERO**: sin lugar la apelación interpuesta en fecha 30 de septiembre de 2011 (folio 709, de la primera pieza del expediente), y ratificada en fecha 4 de octubre de 2011 (folio 711, de la primera pieza del expediente), por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, actuando en representación judicial de la sociedad de responsabilidad limitada **CAFÉ RESTAURANTE 007. S.R.L.**, contra la decisión del *a quo* definitiva de fecha 14 de febrero de 2011 (folio 693 al 703 de la primera pieza del expediente), en consecuencia se confirma la referida decisión con diferente motivación; **SEGUNDO**: parcialmente con lugar la presente acción que por daños y perjuicios interpuso la sociedad mercantil **CAFÉ RESTAURANTE 007. S.R.L.** contra el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas. **TERCERO**: Se condena a la parte demandada, ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, a pagar por concepto de daños y perjuicios la cantidad de cuarenta y siete mil seiscientos noventa y cinco bolívares fuertes con cincuenta y tres céntimos (Bs. 47.695,53), a la parte actora.

-

DECISIÓN

-

En mérito de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara: **CON LUGAR** el recurso de casación, anunciado y formalizado por la representación judicial de la sociedad mercantil **CAFÉ RESTAURANTE 007, S.R.L.**, contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 7 de agosto de 2013. En consecuencia, se declara: **PRIMERO**: sin lugar la apelación interpuesta en fecha 30 de septiembre de 2011 (folio 709, de la primera pieza del expediente), y ratificada en fecha 4 de octubre de 2011 (folio 711, de la primera pieza del expediente), por el abogado Edilberto Núñez Alarcón, actuando en representación judicial de la sociedad de responsabilidad limitada **CAFÉ RESTAURANTE 007. S.R.L.**, contra la decisión del *a quo* definitiva de fecha 14 de febrero de 2011 (folio 693

al 703 de la primera pieza del expediente), en consecuencia se confirma la referida decisión con diferente motivación; **SEGUNDO:** parcialmente con lugar la presente acción que por daños y perjuicios interpuso la sociedad mercantil **CAFÉ RESTAURANTE 007. S.R.L.** contra el ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas. **TERCERO:** Se condena a la parte demandada, ciudadano Edgar Reinaldo Quintero Rojas, a pagar por concepto de daños y perjuicios la cantidad de cuarenta y siete mil seiscientos noventa y cinco bolívares fuertes con cincuenta y tres céntimos (BsF. 47.695,53), a la parte actora. **CUARTO:** Dada la naturaleza del presente fallo no hay condenatoria en costas por el procedimiento.

Queda de esta manera **CASADA** la sentencia impugnada.

No ha lugar la condenatoria al pago de las costas procesales del recurso, dada la naturaleza del dispositivo del presente fallo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente al tribunal de la cognición, Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen ya mencionado, de conformidad con el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los nueve (9) días del mes de agosto de dos mil dieciocho (2018). Años: 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

Presidente de la Sala,

YVÁN DARÍO BASTARDO FLORES

Vicepresidente,

FRANCISCO RAMÓN VELÁZQUEZ ESTÉVEZ

Magistrado,

GUILLERMO BLANCO VAZQUEZ

Magistrada,

VILMA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Magistrada Ponente,

MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

Secretaria Temporal,

MARIAM JOSEFINA ALTUVE ARTEAGA

Exp.: N° AA20-C-2017-000915

Nota: Publicada en su fecha a las

Secretaria Temporal,

Quien suscribe, Magistrado **GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ**, en atención al contenido y alcance del artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el artículo 63 del Reglamento Interno de este alto Tribunal, expresa su **voto salvado** con respecto a la decisión precedentemente consignada y aprobada por la mayoría de los Magistrados integrantes de esta Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declara con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 7 de agosto de 2013, por las razones que de seguida expreso:

En el caso se condena a la parte demandada al pago de la cantidad de cuarenta y siete mil seiscientos noventa y cinco bolívares con cincuenta y tres céntimos (Bs. 47.695,53), sin embargo, del contenido del proyecto no se vislumbra cómo se llegó a tal determinación.

En este orden, era imperioso para la Sala exponer las razones de hecho y de derecho sobre las cuales funda la condena, en aras a satisfacer el requisito de motivación que impone el código adjetivo civil, de acuerdo a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 243, y más ampliamente la tutela judicial efectiva en el caso de marras, a tenor de lo establecido en el artículo 26 constitucional.

En estos términos queda expresado mi voto salvado.

Presidente de la Sala,

YVÁN DARÍO BASTARDO FLORES

Vicepresidente,

FRANCISCO RAMÓN VELÁZQUEZ ESTÉVEZ

Magistrado Disidente,

GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ

Magistrada,

VILMA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Magistrada ponente,

MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

Secretaria Temporal,

MARIAM JOSEFINA ALTUVE ARTEAGA

Exp. AA20-C-2017-000915

Nota: publicada en su fecha a las

Secretaria Temporal,