
Ordenanza impugnada: Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de San Pedro de Macorís, del 31 de marzo de 2010.

Materia: Referimiento.

Recurrentes: José Antonio Inirio y Severo Leonardo Inirio.

EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA

La PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, competente para conocer de los recursos de casación en materia civil y comercial, regularmente constituida por los jueces Pilar Jiménez Ortiz, presidente, Justiniano Montero Montero, Samuel A. Arias Arzeno y Napoleón R. Estévez Lavandier, miembros, asistidos del secretario general, en la sede de la Suprema Corte de Justicia, ubicada en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, en fecha **27 de noviembre de 2019**, año 176° de la Independencia y año 156° de la Restauración dicta en audiencia pública la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de casación interpuesto por José Antonio Inirio y Severo Leonardo Inirio, dominicanos, mayores de edad, portadores de las cédulas de identidad y electoral núms. 028-0033068-6 y 028-0033071-0, respectivamente, domiciliadas y residentes en el paraje La Enea, del Municipio de Higüey; contra la ordenanza núm. 79-2010, dictada el 31 de marzo de 2010, por la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, cuya parte dispositiva es la siguiente:

Primero: Pronunciando el defecto por falta de comparecer en contra de los Sres. José Antonio Inirio y Leonardo Inirio, no obstante estar debidamente emplazado para el día de la audiencia en la que la recurrente concluyó al fondo de su recurso; **Segundo:** Declarando, como buenos y válidos los presentes recurso de apelación, por haber sido diligenciados en tiempo oportuno y en sujeción al derecho; **Tercero:** Revocando la ordenanza No. 291/09, de fecha 23 de junio del 2009, dictada por la

Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de la Altagracia, por las razones dadas precedentemente, y en tal virtud, se ordena: **a)** Declarando buena y válido la presente demanda por ser correcta en la forma y válida la presente demanda por ser correcta y justa en el fondo, y en consecuencia, se dispone el levantamiento del embargo ejecutivo trabado por el Sr. José Manuel Encarnación Guerrero, mediante el acto No. 783-2006, de fecha 14 de noviembre del año 2006, del Ministerial Luis Manuel Del Rio, Ordinario de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la Altagracia en Perjuicio del Sr. José Manuel Encarnación Guerrero, por haber sido sin crédito líquido, cierto y exigible, y sin título suficiente para trabar embargo inmobiliario; y **b)** Ordenándole al Sr. José Manuel Encarnación Guerrero la entrega inmediata de los bienes embargados al Sr. Gerard Rafael Montolio Payan; **Cuarto:** Disponiendo al pago de un astreinte de Cinco Mil Pesos Dominicanos, por cada día de retardo en la ejecución de la presente ordenanza, por parte del Sr. José Manuel Encarnación Guerrero y a favor del Sr. Gerard Rafael Montolio Payan; **Quinto:** Ordenándose la ejecución de esta decisión, no obstante cualquier recurso que contra ella se interponga por propio mandato de la ley de la materia.

Esta sala en fecha 7 de septiembre de 2016 celebró audiencia para conocer del presente recurso de casación, en la cual estuvieron presentes los magistrados José Alberto Cruceta Almánzar, Francisco Antonio Jerez Mena y Dulce María Rodríguez de Goris, asistidos del secretario, con la comparecencia de la abogada de la parte recurrida; quedando el expediente en estado de fallo.

LA PRIMERA SALA, DESPUÉS DE HABER DELIBERADO:

Magistrado ponente: Napoleón R. Estévez Lavandier

Considerando, que, en el presente recurso de casación figuran como partes instanciadas José Antonio Inirio y

Severo Leonardo Inirio, parte recurrente; Gerard Rafael Montolio Payan, parte recurrida; litigio que se originó en ocasión de una demanda en referimiento en levantamiento de embargo ejecutivo interpuesta por la parte ahora recurrida contra José Manuel Encarnación, en el cual intervinieron voluntariamente José Antonio Inirio y Severo Leonardo Inirio, cuya demanda el tribunal de primer grado rechazó mediante ordenanza núm. 291/2009, de fecha 23 de junio de 2009, decisión que fue apelada ante la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, la cual revocó la ordenanza apelada, ordenó el levantamiento del embargo ejecutivo e impuso un astreinte de cinco mil pesos dominicanos a favor de Gerard Rafael Montolio Payán; fallo ahora impugnado en casación.

Considerando, que, por el correcto orden procesal es preciso ponderar en primer término el medio de inadmisión planteado por la parte recurrida en su memorial de defensa, en el que sostiene, en esencia, que el presente recurso de casación interpuesto por los señores José Antonio Leonardo Inirio y Severo Leonardo Inirio, respecto del hoy recurrido en casación y del señor José Manuel Encarnación Guerrero, resulta inadmisibles por indivisibilidad, pues en la instancia anterior, es decir en apelación, figuraba como recurrente el señor Gerard Montolio y varios recurridos, dentro de los cuales se encontraba José Manuel Encarnación, el cual no fue puesto en causa en esta instancia de casación, por lo que, al existir pluralidad de recurridos y no haberse citado y emplazado a todas las partes envueltas en el proceso, el recurso de que se trata deviene inadmisibles.

Considerando, que, en cuanto a la falta de emplazamiento de todas las partes en el proceso producto de la indivisibilidad del objeto litigioso, ha sido juzgado por esta Primera Sala lo siguiente: *“La indivisibilidad queda caracterizada por la propia naturaleza del objeto del litigio o cuando las partes en litis quedan ligadas en una causa común, para la cual procuran ser beneficiadas con una decisión actuando conjuntamente en un proceso, sea de manera voluntaria o forzosamente”*[1]; que en virtud del carácter indivisible del objeto litigioso, el recurrente tiene que emplazar a todas las partes del proceso contra las cuales concluyó en su perjuicio; que, en ese sentido, del estudio de la ordenanza impugnada se advierte que el defecto fue pronunciado contra los hoy recurrentes en casación por falta de comparecer, por lo que no concluyeron respecto al recurso de apelación interpuesto; por el contrario quien concluyó en contra de José Manuel Encarnación Guerrero-parte que no figura en casación- fue el ahora recurrido, quien solicitó su condenación en costas actuando en su calidad de apelante, pues el indicado señor era también apelado ante la Corte; por ende, al no verificarse conclusiones en su contra por parte del ahora recurrente, así como al verificarse que el embargo ejecutivo iniciado a su favor fue levantado por la alzada, se estima que el presente recurso de casación le beneficia, motivos por los que procede desestimar el medio de inadmisión que se examina por no configurarse en el caso de la especie.

Considerando, que, decidida la cuestión incidental, procede el conocimiento de los medios de casación en los que se fundamenta el recurso; que, la parte recurrente propone contra la ordenanza impugnada los medios de casación siguientes: **Primer medio**: Violación a la Ley, Art. 9, 140, 141, del Cod Proc. Civil y contradicción entre los motivos y el dispositivo; **Segundo Medio**: Errónea interpretación y mala aplicación de la ley; Arts. 149, 150, de la Ley No. 845 de 1978; **Tercer Medio**: Exceso de poder, perjuicio e inobservancia al precepto jurisprudencial”.

Considerando, que, respecto a los puntos que atacan los medios de casación propuestos por la parte recurrente, la decisión atacada se fundamenta esencialmente en los motivos que se transcriben a continuación:

“(2) La Corte se ha podido percatar, de que en verdad, dicho embargo ejecutivo se ha llevado a cabo en soberana ausencia de título ejecutorio, ya que incluso, la sentencia No. 0016, que sirvió de base a dicho embargo ejecutivo, fue debidamente revocada, y que recurrida dicha decisión en casación, fue declarado inadmisibles el susodicho recurso extraordinario; y al llevarse a cabo el comentado embargo en las condiciones dichas anteriormente, es más que evidente, que todo lo sucedido, se contraponen a lo establecido en el artículo 2215 del Código Civil que dice: El procedimiento puede tener lugar, en virtud de un fallo provisional o definitivo, ejecutivo provisionalmente, no obstante apelación; pero no puede hacerse la adjudicación, sino después de un fallo definitivo, dado en última instancia, o que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada [2] que en consecuencia con el artículo 107 de la Ley 834 del 1978 que dice: El juez estatuyendo en referimiento puede pronunciar condenaciones a astreinte. Puede liquidarlas a título provisional. Estatuye sobre las costas; que bajo la predicación de los artículos 149, 150 y 156 del Código de Procedimiento Civil “si el demandado no comparece en la forma indicada por la ley o si el abogado

constituido no se representa en el día indicado para la vista de la causa se pronunciará el defecto". "El defecto se pronunciará en la audiencia mediante el llamamiento de la causa; y las conclusiones de la parte que lo requiera, serán acogidas si se encontraren justas y reposasen en una prueba legal". "Toda sentencia por defecto, los mismo que toda sentencia reputada contradictoria por aplicación de la ley, será notificada por un alguacil comisionado a este efecto, sea en la sentencia, sea por auto del presidente del tribunal que ha dictado la sentencia (2)"

Considerando, que, por la solución que se dará al presente recurso y por su estrecha vinculación, procede examinar de manera reunida el primer y segundo medio, así como el tercer aspecto del tercer medio de casación planteados por la parte recurrente, en los cuales sostiene, en síntesis, que la Corte *a qua* emitió una sentencia que es violatoria a la ley, y es contradictoria entre los motivos y el dispositivo, pues en la primera parte del mismo pronuncia el defecto por falta de comparecer en contra de los señores José Inirio y Leonardo Inirio, no obstante estar debidamente emplazados y representados en audiencias, pues de la lectura de la sentencia se advierte que los recurridos estuvieron legalmente representados en la persona del Lic. Manuel Antonio Morales, quien concluyó al fondo del recurso, y así lo reconoce la alzada en las páginas 2 y 4 de la referida decisión, por lo que mal obró al pronunciar el defecto contra una parte que cumplió el debido proceso en relación a la convocatoria para la audiencia del día 31 de marzo de 2010, habiendo estado legalmente representada por su abogado, situándolos en un estado de indefensión.

Considerando, que, la parte recurrida se defiende del medio ahora analizado, indicando que el defecto se pronuncia contra toda parte que no produce conclusiones en audiencia, empero en el caso de la especie no los hubo, ni se ha establecido su existencia, por lo que el argumento confuso de las calidades no puede ser aceptado como un medio de casación, sobre todo cuando tenemos en cuenta que las partes intimadas eran los señores José Manuel Encarnación Guerrero, José Antonio Leonardo Inirio y Severo Leonardo Inirio, quienes no figuran en las conclusiones si en los escritos, en ese sentido, no existe ninguna errónea o mala interpretación de la ley, por el contrario la Corte *a qua* se ciñó a lo expuesto por la norma, comprobando que los recurrentes no comparecieron a la audiencia y por tanto fue pronunciado el defecto en su contra.

Considerando, que, del examen de la sentencia impugnada, se advierte que en fecha 2 de marzo de 2010, la parte apelante solicitó a la alzada que se pronuncie el defecto por falta de comparecer de los intervinientes José Antonio Inirio y Severo Leonardo Inirio, hoy recurrentes en casación; que respecto a dicha solicitud la Corte *a qua* valoró el acto núm. 668-2009, de fecha 5 de noviembre de 2009, instrumentado por el ministerial Francisco Antonio Cabral Picel, ordinario de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, por medio del cual la parte hoy recurrida intimó a los recurrentes a comparecer por ante la jurisdicción de segundo grado; que, de las conclusiones trascritas en la decisión atacada se advierte que ninguno de los abogados dio calidades en nombre de los actuales recurrentes, por lo que la Corte *a qua* estimó de lugar pronunciar el defecto solicitado en su contra.

Considerando, que, en ese sentido, del Art. 149 del Código de Procedimiento Civil se desprende que *"si el demandado no comparece en la forma indicada por la ley o si el abogado constituido no se presente en el día indicado para la vista de la causa se pronunciará el defecto"*; que, de su lado, el Art. 150 del referido código establece que *"el defecto se pronunciará en la audiencia mediante el llamamiento de la causa; las conclusiones de la parte que lo requiere, serán acogidas si se encontrasen justas y reposasen en prueba legal (2)"*.

Considerando, que, la parte recurrente alega que la Corte *a qua* emitió una sentencia que es violatoria a la ley, y es contradictoria entre los motivos y el dispositivo, al pronunciar el defecto por falta de comparecer en contra de los señores José Inirio y Severo Leonardo Inirio, no obstante estar debidamente emplazados y representados en audiencias por el Lic. Manuel Antonio Morales, quien concluyó al fondo del recurso, empero, del estudio de la sentencia impugnada se comprueba -tal y como lo establece la parte recurrida- que el Lic. Manuel Antonio Morales dio calidades y concluyó al fondo en representación de la parte recurrida José Manuel Encarnación Guerrero, quien había sido parte demanda en instancias anteriores; que, además, si bien la parte recurrente pretende hacer valer su medio de casación bajo el entendido de que el referido letrado lo representó en audiencia, resulta conveniente precisar que, de haber sido el caso el abogado compareciente debió haber objetado la solicitud de defecto hecho en audiencia, sin embargo no lo hizo, pues en la decisión objeto de estudio se puede advertir que este se limitó a

concluir lo siguiente: “que se rechacen las conclusiones vertidas en audiencia por el abogado recurrente, en cuanto al fondo de la instancia de apelación y en virtud de lo que expone el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil se rechacen en todas sus partes por improcedente, mal fundadas y carente de base legal; que se condene a la parte recurrente al pago de las costas del procedimiento y las mismas sean distraídas a favor y provecho de los abogados concluyentes”.

Considerando, que, con relación a lo anterior, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia es de criterio que los jueces se atan por las conclusiones vertidas por las partes en audiencia, por lo que no pueden basar su decisión en un supuesto que no ha sido demostrado de manera fehaciente por las partes, más aún cuando no consta haberse depositado escrito justificativo de conclusiones o cualquier otro acto procesal que permita verificar si tal y como lo alega el recurrente, el Lic. Manuel Antonio Morales lo representó en audiencias; que la Corte *a qua* no puede suponer la representación legal de una parte, sino que es responsabilidad de los abogados dar calidades respecto a la parte que representen, siendo la audiencia una herramienta estelar para que los jueces identifiquen el *thema decidendi*, pero también para que a su vez las partes se individualicen y vinculen al tribunal por sus pretensiones; que en el caso de la especie esta Corte de Casación ha constatado que la parte ahora recurrente fue regularmente emplazada para que comparezca en su propio nombre o debidamente representada ante el tribunal de segundo grado; sin embargo, de la ordenanza recurrida se verifica que está no compareció no obstante citación legal, y el abogado que dice haberla representado en audiencia no se pronunció respecto a la solicitud de defecto pronunciada, dejando ver al tribunal que en efecto actuaba en nombre y representación de la otra parte recurrida, y como el defecto se pronunciará mediante el llamamiento de la causa, al no haber presentado conclusiones en contrario, procedía acoger la solicitud, tal y como lo ordenó la alzada, por lo que al no haber incurrido en el vicio denunciado, procede desestimar el medio de casación de que se trata.

Considerando, que, en el desarrollo del primer aspecto del tercer medio de casación, la parte recurrente alega que, si bien el juez de primera instancia en funciones del juez de los referimientos puede pronunciar condenaciones en astreinte para forzar a la ejecución de su propia ordenanza, dicha medida debe ser dictada con un carácter provisional, y no como una decisión sobre el fondo.

Considerando, que, la parte recurrida se defiende del indicado aspecto aduciendo en su memorial de defensa, que el hoy recurrido solicitó en todas las instancias la condenación al pago de una astreinte, sin que nunca los hoy recurrentes en casación alegaran argumentos en contrario, especialmente ante la Corte *a qua* no hicieron valer los que hoy sustentan en cuanto a este aspecto, ya que no lo plasmaron en escrito alguno ni en conclusiones verbales, razón por la cual constituye un medio nuevo que debe ser desestimado.

Considerando, que, es de derecho positivo en el país de origen del instituto de que se trata, y de jurisprudencia constante de esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, que una astreinte definitiva no puede ser ordenada más que después de pronunciada una astreinte provisional y por una duración limitada; que si una de estas condiciones no es observada, la medida de que se trata debe ser necesariamente liquidada como una astreinte provisional; asimismo, en aquellos casos en los que no se precisa en la sentencia la naturaleza de dicho medio de conminación, debe presumirse que es provisional y no definitiva, lo que permite al juez que la liquida, en cuanto a su cuantía, mantenerla, aumentarla, reducirla y aún eliminarla; que en la especie, al juez ordenar pura y simplemente una astreinte de cinco mil pesos por cada día de retardo, sin precisar el carácter de la misma, debe tenerse como provisional y no definitiva, entendiéndose de ese modo, que la referida condenación fue ordenada con el carácter que reviste la jurisdicción de referimiento.

Considerando, que, en ese sentido, la astreinte provisional, como la fijada por la Corte *a qua* constituye una condenación pecuniaria, accesoria y eventual que no tiene fines indemnizatorios sino forzar a la ejecución de la decisión adoptada, por lo que nada impide que la Corte, actuando como juez de los referimientos, pueda en virtud de su *imperium* ordenar una astreinte como medida tendiente a asegurar la ejecución de sus decisiones, en tanto que su intervención esta la mayoría de las veces caracterizada por una necesidad imperativa y urgente de la ejecución de las mismas; que, por lo tanto, los alegatos formulados en el referido medio por los recurrentes, en lo concerniente a la astreinte, resultan improcedentes e infundados, motivo por lo cual ese aspecto del medio debe ser desestimado.

Considerando, que, en el desarrollo del segundo aspecto del tercer medio de casación, la parte recurrente alega que el tribunal *a quo* actuó con exceso de poder, ya que tocó aspectos de lo principal, como es haber fundado su decisión en la ausencia de un crédito cierto, líquido y exigible, de lo que no estaba apoderada, pues tan solo lo fue para valorar la sentencia 291-2009, en atribuciones de referimiento, por lo que al fallar como lo hizo la Corte ordenó la entrega de objetos embargados, y sobre los cuales no se ha determinado la validez del embargo que alega el hoy recurrido en casación.

Considerando, que, la parte recurrida se defiende del indicado aspecto, alegando en su memorial de defensa, que, si bien es cierto que los jueces en materia de referimiento no se pronuncian sobre el fondo, no menos cierto es que tiene la facultad de estudiar *prima facie*, los elementos de fondo para rendir sus sentencias; y segundo que, en el caso de la especie, el tribunal *a qua* no se excedió en ninguna forma de sus poderes, procedió a levantar el embargo, tal y como fue solicitado.

Considerando, que, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia estima que, al respecto, cabe resaltar que el juez de los referimientos tiene la facultad legal de ordenar en todos los casos de urgencia, las medidas que no colidan con una contestación seria o que justifiquen la existencia de un diferendo, sin importar que se trate, como en la especie, del levantamiento de un embargo, conforme a las disposiciones de los Arts. 109 y 140 de la Ley núm. 834-78; que, sin perjuicio de lo que finalmente decidan los jueces del fondo sobre la demanda en validez de dicho embargo, el Art. 110 de la misma ley; que también alcanza al juez presidente de la corte como jurisdicción particular, complementa las atribuciones que se otorgan al texto anteriormente descrito, manifestando que *“el presidente puede siempre prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impugna sea para prevenir un daño inminente, se apara cesar una turbación manifiestamente ilícita”*, sin embargo, esa turbación ilícita debe ser valorada soberanamente por el juez de los referimientos, quien debe determinar la seriedad del asunto ventilado y de la contestación existente.

Considerando, que, la sentencia impugnada pone de manifiesto que la Corte *a qua* comprobó que en apariencia de buen derecho el título en virtud del cual se trabó el embargo ejecutivo había sido revocado mediante sentencia que adquirió la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, por lo que en *prima facie* resulta que la medida ejecutoria se había llevado a cabo en ausencia de un título ejecutorio eficaz, lo que constituye una turbación manifiestamente ilícita, cuyo cese entra en el marco de las atribuciones conferidas por la ley al juez de los referimientos; que contrario a lo alegado por los recurrentes, la Corte *a qua* sin incurrir en exceso de poder, comprobó que existían motivos serios para levantar la referida medida, pues en su decisión solo se limitó a verificar la existencia del título, y no así, si este cumplía con los requisitos de validez requeridos, por lo que al haber la Corte *a qua* levantando el embargo del que se trata actuó de manera correcta y conforme a los principios que rigen la materia.

Considerando, que, como consecuencia de lo anterior, se comprueba que la alzada no incurrió en los vicios denunciados, motivo por el cual esta Corte de Casación ha podido ejercer su poder de control y determinar que en la especie se ha hecho una correcta aplicación del derecho; en consecuencia, procede desestimar el presente recurso de casación.

Considerando, que al tenor del Art. 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación, toda parte que sucumba será condenada al pago de las costas del procedimiento.

La PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, por autoridad y mandato de la ley y en aplicación de las disposiciones establecidas en la Constitución de la República; Arts. 109, 110 y 140 Ley 834-78; Arts. 149 y 150 Código de Procedimiento Civil; Art. 65 Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación.

FALLA:

PRIMERO: RECHAZA el recurso de casación interpuesto por José Antonio Inirio y Severo Leonardo Inirio, contra la ordenanza civil núm. 79-2010, de fecha 31 de marzo de

2010, dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior del presente fallo.

SEGUNDO: CONDENA a la parte recurrente al pago de las costas del procedimiento y ordena su distracción a favor del Dr. José Menelo Núñez Castillo, abogado de la parte recurrida, quien afirma haberlas avanzado en su totalidad.

(Firmados) Pilar Jiménez Ortiz.-Justiniano Montero Montero.-Samuel Arias Arzeno.-Napoleón R. Estévez Lavandier.-

César José García Lucas, secretario general de la Suprema Corte de Justicia, CERTIFICA, que la sentencia que antecede fue dada y firmada por los jueces que figuran en su encabezamiento, en la fecha arriba indicada.