

Cátedra de OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
Profesor titular de Derecho Procesal Civil (UBA-UNLZ)

ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Cátedra UBA

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
Profesor titular

Profesores adjuntos por orden de ingreso

Luis René Herrero
Graciela S. Rosetti
Gloria Liberatore
Marcelo Valle (i.)
Carlos Valladares (i.)
Karin E. Göbel (i.)
Ana María Lemmo (i.)
Graciela M. Oriz (i.)
María Constanza Caeiro (i.)

Jefes de trabajos prácticos por orden de ingreso

Silvina P. Maesa
María Fabiola Rodríguez
Silvana O. Pulice
Arturo Bianchi Clement
María Guadalupe Lata
Paula Imbrogno
Edith M. González Silvano

Ayudantes de 1°

Juan Carlos Denofrio
Andrea Mercedes Pérez
Matías E. Lizatovich
Karina Bernal Aveiro
Alejandra Focante
Alejandro Pastorino
Lorena V. Elizalde
Jorgelina Hidalgo
Laureano Della Schiava
Mariano Gigli

Ayudantes de 2°

Jimena Jatip
Andrea E. Perez
Angela Gabriela Fernández
Cecilia Serrano
Diego Carrera
Francisco Feced Abal
Jani Uribe
Jose Luis Matilla
Julián Giménez
Lorena Wutzke
Lucas Belé
Marcelo Andres Nicotera
Mariano Safronchik
Matías Marcet
Rocío Carolina Gomez Almeida
Santiago Sharpin
Telma Andrea Goltz

ÍNDICE GENERAL

Sección primera: Teoría General del Derecho Procesal

Capítulo I: ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL

1. ¿Cuál es el objeto científico que estudia el derecho procesal?
2. ¿Se origina la ciencia en el derecho romano?
3. ¿Cuál es la influencia del derecho romano en las instituciones germanas?
4. ¿Qué diferencia hay entre proceso, procedimiento y ciencia procesal?
5. ¿Cómo fue el proceso romano?
6. ¿Cómo fue el proceso germánico?
7. ¿Cómo fue el proceso romano canónico?
8. ¿Cuándo se forma el moderno proceso civil?
9. ¿Cuál ha sido la evolución de la legislación procesal argentina?
10. ¿Qué se interpreta al sostener el derecho procesal como ciencia?
11. ¿Para qué sirve el derecho procesal?
12. ¿Qué contenidos tiene el derecho procesal?
13. ¿El derecho procesal es derecho público o privado?

Capítulo II: LAS NORMAS PROCESALES

14. ¿Hay normas procesales? ¿Qué características tienen?
15. ¿Cómo se ubica en el tiempo a una norma procesal?
16. ¿Dónde están las normas procesales?
17. ¿Cómo se interpretan las normas procesales?
18. ¿A qué se llama integración de las normas?
19. ¿Cuáles son las fuentes del derecho procesal?
20. ¿Cuál ha sido el desarrollo de la doctrina procesal argentina?
21. ¿Cómo evolucionó el derecho procesal en las cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires?
22. ¿Cómo evolucionó el derecho procesal en las provincias argentinas?

Capítulo III: TEORÍA DE LA ACCIÓN

23. ¿Cuál es el problema que pretende resolver la doctrina?
24. ¿Qué dice la teoría clásica?
25. ¿Cuándo comienza la autonomía de la acción?
26. ¿Qué dicen las teorías modernas?
27. ¿Cuál es la posición de Chiovenda?
28. ¿La acción es derecho público o privado?
29. ¿Qué significa “sostener la acción dentro de los derechos constitucionales”?
30. ¿Qué opina la cátedra sobre el derecho de acción?

Capítulo IV: LA PRETENSIÓN

31. ¿Por qué las normas se caracterizan por la coerción implícita?
32. ¿Qué es la pretensión?
33. ¿En qué se diferencia la pretensión material de la procesal?
34. ¿Qué elementos componen la pretensión procesal?
35. ¿Qué es una demanda?
36. ¿Qué diferencia hay entre demanda y pretensión?
37. ¿Cuántas pretensiones se pueden deducir en una demanda?
38. ¿Qué es la acumulación subjetiva de pretensiones?
39. ¿Cuándo el litisconsorcio es necesario?
40. ¿Qué es la reconvención?
41. ¿Cómo se contesta una demanda?
42. ¿Qué cargas debe cumplir el demandado al contestar una demanda?
43. ¿Qué principios procesales se aplican al contestar la demanda?
44. ¿Qué significa reconocer o negar?
45. ¿Cuáles son las consecuencias de no contestar la demanda?

Capítulo V: LA JURISDICCIÓN

46. ¿Qué es la jurisdicción?
47. ¿Qué significa autocomposición y heterocomposición?
48. ¿Cuál es el problema teórico de la jurisdicción?
49. ¿Cuáles son las principales teorías y orientaciones?
50. ¿Se pueden resolver los conflictos por otros que no sean jueces?
51. ¿Cuál es el problema de la jurisdicción en los medios alternativos?
52. ¿Hay proceso en los medios alternativos?
53. ¿Cuáles son los principios y presupuestos procesales en los sistemas alternativos?
54. ¿Es un tema del derecho procesal el de los sistemas alternativos para la resolución de conflictos?

Capítulo VI: LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

55. ¿Cuál es la misión del Juez en el proceso?
56. ¿Cuáles son las funciones principales del Juez?
57. ¿En qué se diferencia la actividad jurisdiccional de la actividad legislativa? ¿Qué diferencia existe entre sentencia y ley?
58. ¿En qué se diferencia la actividad jurisdiccional de la gestión de gobierno? ¿Qué diferencia existe entre sentencia y acto administrativo?
59. ¿Cuáles son los atributos más importantes del Juez?
60. ¿Cómo se dividen las materias en la función judicial?

Capítulo VII: EL PROCESO

61. ¿Qué significa la voz proceso?
62. ¿Cuál es la finalidad del proceso?
63. ¿Cuáles son las principales teorías? 63.1: Doctrinas privatistas; 63.2 Doctrinas publicistas.

64. ¿Es el proceso una garantía constitucional o solamente una herramienta?
65. ¿Cómo se clasifican los procesos?
66. ¿Qué es el debido proceso?
67. ¿Es posible un proceso único?

Sección Segunda: principios y presupuestos procesales

Capítulo VIII: PRINCIPIOS PROCESALES

68. ¿Qué son los principios procesales?
69. ¿Cuáles son los principios del proceso?
70. ¿Cuáles son los principios que diferencian el proceso contencioso del voluntario?
71. ¿Qué sostiene el principio de autoridad?
72. ¿Debe el juez controlar la conducta de las partes en el proceso? ¿A qué se llama principio de moralidad?
73. ¿Qué sostiene el derecho procesal garantista?

Capítulo IX: PRINCIPIOS PROCESALES

74. ¿Cómo se diferencian los principios procesales de los principios del procedimiento?
75. ¿Son principios la oralidad y escritura?
76. ¿Qué ventajas o inconvenientes presenta el método de debate escrito?
77. ¿Qué ventajas o inconvenientes presenta el método de debate oral?
78. ¿Cómo trabaja el proceso por audiencias?
79. ¿Qué significa el principio de legalidad de las formas?
80. ¿Qué es el principio de publicidad?
81. ¿Cuándo es tiempo de relatar los hechos?
82. ¿Qué regula el principio de economía procesal?
83. ¿Qué reglamenta el principio de eventualidad?
84. ¿Qué estudia el principio de concentración procesal?
85. ¿Qué dispone el principio de preclusión?
86. ¿Qué analiza el principio de saneamiento?
87. ¿Qué es el principio de adquisición?

Capítulo X: PRESUPUESTOS PROCESALES

88. ¿Qué son los presupuestos procesales?
89. ¿Cómo se clasifican los presupuestos procesales?
90. ¿Cuál es el alcance de los presupuestos necesarios para ejercer el derecho de acción?
91. ¿Cómo se determina la competencia del órgano judicial?
92. ¿Cuáles son los presupuestos procesales para la validez de la pretensión?
93. ¿Cuáles son los presupuestos procesales del procedimiento?
94. ¿Cuáles son los presupuestos procesales de la sentencia favorable?
95. ¿Qué son las excepciones procesales?
96. ¿Qué es la excepción de arraigo?

Capítulo XI: ACTOS PROCESALES

97. ¿Qué diferencia hay entre hechos y actos procesales?
98. ¿Cómo se clasifican los hechos en el proceso?
99. ¿Cuáles son los hechos a probar?
100. ¿Cuál es el problema que presenta la voluntad en los actos procesales?
101. ¿Quiénes son los sujetos en los actos procesales?
102. ¿Cuáles son los requisitos de los actos procesales?
103. ¿Cuáles son los requisitos que reglamentan los actos procesales?
104. ¿Dónde se suscitan los actos procesales?
105. ¿Cuándo se dan los actos procesales?
106. ¿Cómo se cuentan los plazos procesales?
107. ¿Cómo se clasifican los plazos procesales?
108. ¿Se suspenden o interrumpen los plazos procesales?
109. ¿A qué se denomina pertinencia del acto procesal?
110. ¿Qué consecuencias tiene admitir un acto procesal?
111. ¿Qué es el cargo?
112. ¿Cómo se clasifican los actos procesales?

Sección tercera: el procedimiento y los actos procesales

Capítulo XII: DILIGENCIAS PRELIMINARES

113. ¿Qué son las diligencias preliminares?
114. ¿Cuáles son las medidas preparatorias?
115. ¿Cuáles son las diligencias conservatorias?
116. ¿A qué se refiere la declaración jurada relativa a la personalidad?
117. ¿Para qué sirve la exhibición de cosa mueble?
118. ¿Para qué sirve la exhibición de testamento?
119. ¿Para qué se aplica la exhibición de títulos?
120. ¿Cuándo procede la exhibición de documentos por el socio?
121. ¿Cuándo se debe determinar el carácter de ocupante?
122. ¿Cuándo se debe designar tutor o curador?
123. ¿Cuándo se debe constituir domicilio como diligencia preliminar?
124. ¿Cuándo procede el pedido de realizar una mensura judicial?
125. ¿Cuándo se puede citar para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas?
126. ¿Cuándo caducan las medidas preparatorias?
127. ¿Cuándo se debe producir la prueba antes del período correspondiente?

Capítulo XIII: LA DEMANDA

128. ¿Cómo se hace una demanda?
129. ¿Se puede demandar sin indicar la suma de dinero pretendida?
130. ¿Qué otros requisitos debe cumplir una demanda?
131. ¿A qué se llaman requisitos sustanciales de la demanda?

- 132. ¿Cuántos tipos de demanda se conocen?
- 133. ¿Qué efectos produce la demanda?
- 134. ¿Qué documentación se debe acompañar con la demanda?
- 135. ¿A qué se llama transformación o cambio de la demanda?
- 136. ¿Cuándo se puede modificar una demanda?
- 137. ¿Qué significa ampliar la demanda?
- 138. ¿Qué son hechos nuevos?
- 139. ¿Se puede demandar y contestar en conjunto?

Capítulo XIV: INTERVENCIÓN DE TERCEROS

- 140. ¿Quién es tercero?
- 141. ¿Cómo acude el tercero al proceso?
- 142. ¿Qué es la intervención adhesiva simple?
- 143. ¿Qué es la intervención adhesiva litisconsorcial?
- 144. ¿Cuándo el tercero debe intervenir en el proceso obligatoriamente?
- 145. ¿Cómo alcanza a los terceros la sentencia?
- 146. ¿Qué son las tercerías?
- 147. ¿Qué es la citación de evicción?
- 148. ¿Qué es la acción subrogatoria?

Capítulo XV: TEORÍA PROCESAL DE LA PRUEBA

- 149. ¿Qué es la prueba?
- 150. ¿Qué persigue la prueba?
- 151. ¿Cuál es la naturaleza de la prueba?
- 152. ¿Cuál es el objeto de la prueba?
- 153. ¿Cuándo se habla de necesidad probatoria?
- 154. ¿Cuáles son las cuestiones que son objeto de prueba?
- 155. ¿Se debe probar el derecho?
- 156. ¿Qué hechos están exentos de prueba?
- 157. ¿Cuál es la finalidad de la prueba?

Capítulo XVI: PROCEDIMIENTO PROBATORIO

- 158. ¿Qué es la audiencia preliminar?
- 159. ¿Qué es la carga de la prueba?
- 160. ¿A qué se denomina carga objetiva y subjetiva de la prueba?
- 161. ¿Qué características presenta la carga probatoria?
- 162. ¿Cuáles son las teorías sobre la distribución de la carga probatoria?
- 163. ¿Cómo interpreta el CPCCN la carga de probar?
- 164. ¿Qué es el principio de colaboración en la prueba?
- 165. ¿Es prueba la conducta de las partes?
- 166. ¿Qué significa valorar la prueba?
- 167. ¿Qué sistemas se conocen de apreciación de la prueba?
- 168. ¿Qué son las reglas de la sana crítica?
- 169. ¿Cuál es el sistema que rige en el CPCCN?

- 170. ¿Qué son los medios de prueba?
- 171. ¿A qué se denominan clases y grados de prueba?
- 172. ¿Cómo se clasifican los medios de prueba?
- 173. ¿Cuáles son los medios de prueba legislados?

Capítulo XVII: LOS MEDIOS DE PRUEBA

- 174. *Prueba documental*: ¿qué es un documento?
- 175. ¿Qué es un instrumento público y qué uno privado?
- 176. ¿Qué es la redargución o querrela de nulidad?
- 177. ¿Están obligadas las partes y los terceros a exhibir documentos en su poder?
- 178. *Prueba de informes*: ¿qué es la prueba de informes?
- 179. ¿De qué manera se requiere la prueba de informes?
- 180. ¿Cuál es el plazo para la contestación del informe?
- 181. ¿Puede impugnarse el informe por falsedad?
- 182. *Pruebas testimoniales*: ¿qué significa la declaración a través del testimonio?
- 183. ¿Cómo se clasifica la prueba obtenida del testimonio?
- 184. *Prueba confesional*: ¿qué es la confesión?
- 185. ¿Qué es la absolución de posiciones?
- 186. ¿Quiénes pueden confesar?
- 187. ¿En qué etapa del proceso se ofrece este medio de prueba?
- 188. ¿Cómo se notifica la audiencia a la cual deben asistir las partes para absolver posiciones?
- 189. ¿Cómo se redacta el pliego de posiciones?
- 190. ¿Cuáles son las consecuencias de no concurrir a la audiencia?
- 191. ¿Cuál es la fuerza probatoria de la confesión judicial expresa?
- 192. ¿Qué alcance tiene la confesión?
- 193. ¿Qué es la confesión extrajudicial?
- 194. *Prueba testimonial*: ¿qué es la declaración testimonial?
- 195. ¿Quién es testigo?
- 196. ¿Quiénes no pueden ser testigos?
- 197. ¿Sobre qué tipo de hechos declaran los testigos?
- 198. ¿Cuándo declaran los testigos?
- 199. ¿Cuántos testigos puede ofrecer cada parte?
- 200. ¿Cuáles son los deberes del testigo?
- 201. ¿Cómo se presta declaración?
- 202. ¿Qué es el interrogatorio?
- 203. ¿Se puede perder la prueba testimonial?
- 204. *Prueba pericial*: ¿cuándo procede la prueba pericial?
- 205. ¿Quiénes pueden ser peritos?
- 206. ¿Quién realiza la pericia?
- 207. ¿Qué son los puntos de pericia?
- 208. ¿Se puede recusar o remover al perito?
- 209. ¿Cómo debe ser el dictamen pericial?
- 210. ¿Cuál es la eficacia probatoria de la pericia?
- 211. *Reconocimiento judicial*: ¿qué es el reconocimiento judicial?
- 212. ¿Cuándo procede?

- 213. ¿Quiénes asisten a la diligencia?
- 214. ¿Cómo se efectúa el reconocimiento judicial?

Capítulo XVIII: INCIDENTES

- 215. ¿Qué son los incidentes?
- 216. ¿Qué tipo de contingencias suceden en el proceso?
- 217. ¿Cómo se clasifican los incidentes?
- 218. ¿Qué diferencia existe entre incidentes e incidencias?
- 219. ¿Cuál es el objeto de los incidentes?
- 220. ¿Cuándo se resuelven?
- 221. ¿Quién paga las costas del incidente?

Capítulo XIX: CONCLUSIÓN DE LA CAUSA. ALEGATOS

- 222. ¿Qué son los alegatos?
- 223. ¿Cuándo se debe presentar el alegato?
- 224. ¿Qué quiere decir que el plazo para alegar es común?
- 225. ¿Qué efectos produce el llamamiento de autos a sentencia?
- 226. ¿Qué son las medidas para mejor proveer?
- 227. ¿Dónde están reglamentadas las medidas para mejor proveer?

Capítulo XX: TEORÍA PROCESAL DE LA SENTENCIA

- 228. ¿Cómo se clasifican las resoluciones judiciales?
- 229. ¿A qué acto del proceso se denomina sentencia?
- 230. ¿Cuáles son los requisitos formales que debe tener una sentencia?
- 231. ¿Cuáles son los requisitos de fundamentación de la sentencia?
- 232. ¿Qué otros requisitos debe contener una sentencia?
- 233. ¿Qué son las condenaciones principales y cuáles las accesorias?
- 234. ¿Qué es el principio de congruencia?
- 235. ¿Qué puede seguir haciendo el juez luego de dictar sentencia definitiva?
- 236. ¿Cómo se clasifican las sentencias?
- 237. ¿Cómo se regulan honorarios?
- 238. ¿Qué son las costas del proceso?
- 239. ¿Qué es la cosa juzgada?
- 240. ¿Cuáles son los límites objetivos de la cosa juzgada?
- 241. ¿Cuáles son los límites subjetivos de la cosa juzgada?
- 242. ¿Qué parte de la sentencia hace cosa juzgada?

Capítulo XXI. MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

- 243. ¿Por qué se llaman modos anormales de terminación del proceso?
- 244. ¿Qué es el desistimiento?
- 245. ¿Qué significa allanarse?
- 246. ¿Qué es la transacción?

- 247. ¿Qué es la conciliación?
- 248. ¿Qué es la caducidad de la instancia?

Capítulo XXII: TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN

- 249. ¿Cuál es la finalidad de los recursos?
- 250. ¿A qué se llaman vías de impugnación?
- 251. ¿Cuáles son los principios generales en la teoría del recurso?
- 252. ¿Existe siempre el derecho al recurso?
- 253. ¿Es una garantía constitucional la doble instancia?
- 254. ¿Tiene límites el derecho a recurrir?
- 255. ¿Se permite la renuncia anticipada al derecho de recurrir?
- 256. ¿Cuáles son los requisitos para recurrir una resolución judicial?
- 257. ¿Qué diferencia existe entre errores *in procedendo* e *in iudicando*?
- 258. ¿Qué diferencia existe entre agravio y gravamen?
- 259. ¿Qué es la legitimación para recurrir?
- 260. ¿Cuáles son los requisitos de lugar, tiempo y forma de los recursos?
- 261. ¿Cómo se clasifican los recursos?

Capítulo XXIII: LOS RECURSOS ORDINARIOS

- 262. ¿A qué se denomina recurso ordinario?
- 263. ¿Qué es la aclaratoria?
- 264. ¿Cuándo actúa el recurso de reposición o revocatoria?
- 265. ¿Se puede solicitar reposición y plantear en subsidio el recurso de apelación?
- 266. ¿Qué es el recurso de apelación?
- 267. ¿Qué providencias judiciales se pueden apelar?
- 268. ¿Existen limitaciones por el monto?
- 269. ¿Existen limitaciones por el tipo de procesos o resoluciones?
- 270. ¿Cuál es el trámite del recurso de apelación?
- 271. ¿Cuáles son los efectos que tienen y producen los recursos?
- 272. ¿A qué se llama efecto extensivo?
- 273. ¿Cómo se concede el recurso?
- 274. ¿Cuándo cesan los efectos de los recursos?
- 275. ¿Cómo es el trámite del recurso concedido en relación?
- 276. ¿Cuándo se fundamentan los recursos concedidos con efecto diferido?
- 277. ¿Cómo es la fundamentación de los recursos concedidos libremente?
- 278. ¿Existe una técnica para el recurso de apelación?
- 279. ¿Cuándo concluye la segunda instancia?
- 280. ¿Qué es el recurso de nulidad?

Capítulo XXIV: LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

- 281. ¿Qué son los recursos extraordinarios?
- 282. ¿Qué recursos se incorporan al Código Procesal?
- 283. ¿Cómo funciona el recurso de inaplicabilidad de ley?

- 284. ¿Cómo funciona el recurso extraordinario de apelación ante la CSJN?
- 285. ¿Existe una técnica para el recurso extraordinario?
- 286. ¿Cuándo se admite el recurso extraordinario?
- 287. ¿Qué es el *per saltum*?
- 288. ¿Cuál es el trámite del recurso?
- 289. ¿Qué es la queja por recurso extraordinario denegado?

Sección cuarta: temas y problemas del proceso civil

Capítulo XXV: TEORÍA PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

- 290. ¿Qué son las medidas cautelares?
- 291. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares?
- 292. ¿Son las medidas cautelares independientes del proceso?
- 293. ¿Qué es la tutela de urgencia?
- 294. ¿Cómo se clasifica la tutela de urgencia?
- 295. ¿Qué es la tutela inhibitoria?
- 296. ¿Cuáles son los presupuestos generales de las medidas cautelares?
- 297. ¿Cuál es el presupuesto contingente de las medidas cautelares?
- 298. ¿Cómo se clasifican las cauciones?
- 299. ¿Cuáles son las características generales de las medidas cautelares?
- 300. ¿Cuáles son las principales medidas cautelares?

Capítulo XXVI: LOS PROCESOS URGENTES

- 301. ¿Qué es un proceso urgente? ¿Cuál es la diferencia con el proceso común?
- 302. ¿El proceso cautelar también es un proceso urgente?
- 303. ¿Cuál es la diferencia entre una pretensión común y una pretensión urgente?
- 304. ¿Cuál es la diferencia entre una pretensión urgente y una petición cautelar?
- 305. ¿Es posible anticipar la tutela jurisdiccional de mérito mediante las denominadas sentencias anticipatorias?
- 306. ¿No sería más apropiado hablar de pretensiones urgentes “trascendentes”?
- 307. ¿No sería correcto hablar de anticipo provisorio del goce o ejercicio del derecho por vía cautelar?

Capítulo XXVII: TEORÍA PROCESAL DE LAS NULIDADES

- 308. ¿Qué son los vicios en los actos procesales?
- 309. ¿Dónde se reglamentan las nulidades?
- 310. ¿Qué vicios que provocan nulidades procesales?
- 311. ¿Qué diferencia existe en anulación e irregularidad de los actos?
- 312. ¿Cuándo hay irregularidad en los actos?
- 313. ¿Cuáles son los presupuestos de las nulidades procesales?

- 314. ¿Cuáles son los medios de impugnación?
- 315. ¿Se puede declarar la nulidad de oficio?
- 316. ¿Qué efectos producen las nulidades procesales?
- 317. ¿Cuáles son los efectos disciplinarios y económicos?

Sección quinta: el proceso ejecutivo

Capítulo XXVIII: JUICIO EJECUTIVO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- 318. ¿Qué diferencia hay entre título ejecutivo y título ejecutorio?
- 319. ¿Qué es un título ejecutivo?
- 320. ¿Cuáles son los requisitos para proceder con títulos ejecutorios?
- 321. ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la demanda ejecutiva?
- 322. ¿Cuáles son los requisitos de la pretensión ejecutiva?
- 323. ¿Qué significa precisar el monto reclamado?
- 324. ¿Cuáles son los títulos ejecutivos?
- 325. ¿Se puede ejecutar parcialmente una deuda?
- 326. ¿Cómo se clasifican los títulos?
¿Cómo es el trámite en el proceso de ejecución de sentencia?
- 327. ¿Cómo funciona el procedimiento en el juicio ejecutivo?
- 328. ¿Cuáles son las excepciones al progreso de la acción ejecutiva?
¿Qué es una sentencia de remate?
- 330. ¿Cómo es la cosa juzgada en la sentencia ejecutiva?
- 331. ¿Cuáles son las ejecuciones especiales?

Capítulo XXIX: LA SUBASTA JUDICIAL

- 333. ¿Cómo se subastan los bienes embargados?
- 334. ¿Cómo se realizan los bienes del deudor?
- 335. ¿Cuáles son los deberes que tiene que cumplir el adquirente en una subasta judicial?
- 336. ¿Cuándo se puede plantear la nulidad de la subasta?

Sección sexta: procesos diferentes

Capítulo XXX: PROCESOS UNIVERSALES. EL JUICIO SUCESORIO

- 337. ¿A qué se denominan procesos universales?
- 338. ¿Qué es un proceso sucesorio?
- 339. ¿Cuál es el objeto?
- 340. ¿Es un proceso necesario?
- 341. ¿Cuáles son los procesos sucesorios?
- 342. ¿Cuál es la competencia judicial?
- 343. ¿Qué es el fuero de atracción?
- 344. ¿Qué requisitos se exigen para iniciar un juicio sucesorio?
- 345. ¿A qué se llama medidas conservatorias?

- 346. ¿Cómo tramita una sucesión?
- 347. ¿Se puede tramitar extrajudicialmente?
- 348. ¿A qué se llama sucesión *ab intestato*?
- 349. ¿Qué es la declaratoria de herederos?
- 350. ¿Se pueden admitir otros herederos después de dictada la declaratoria?
- 351. ¿Qué es el reconocimiento de legítimo abono?
- 352. ¿Qué efectos produce la declaratoria de herederos?
- 353. ¿Cómo tramita una sucesión testamentaria?
- 354. ¿Qué es la protocolización?
- 355. ¿Cuándo se abre el proceso testamentario?
- 356. ¿Cómo se administran los bienes de una sucesión?
- 357. ¿A qué se llama inventario y avalúo?
- 358. ¿A qué se denomina partición y adjudicación?
- 359. ¿A qué se denomina proceso concursal?
- 360. ¿Reglamenta el código procesal este tipo de procesos?

Capítulo XXXI: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

- 361. ¿A qué se llama procesos constitucionales?
- 362. ¿Cuáles son los procesos constitucionales?
- 363. ¿Qué características tiene el proceso de amparo?
- 364. ¿Qué características tiene el proceso de *habeas data*?

Capítulo XXXII: LOS PROCESOS VOLUNTARIOS

- 365. ¿A qué se denomina jurisdicción voluntaria?
- 366. ¿Cuáles son los procesos voluntarios?

Capítulo XXXIII: LOS PROCESOS ESPECIALES

- 367. ¿Por qué se llaman procesos especiales?
- 368. ¿Cuál es el objeto de los interdictos?
- 369. ¿Qué son las acciones posesorias?
- 370. ¿Cuál es el objeto de la declaración de incapacidad?
- 371. ¿Cuál es el objeto de la inhabilitación judicial?
- 372. ¿Qué efectos tiene la sentencia de inhabilitación?
- 373. ¿Cuál es el objeto del juicio de alimentos?
- 374. ¿Cuál es el objeto del juicio de rendición de cuentas?
- 375. ¿Cuál es el objeto del juicio de mensura y deslinde?
- 376. ¿Cuál es el objeto del juicio de división de cosas comunes?
- 377. ¿Cuál es el objeto del juicio de desalojo?

Capítulo XXXIV: LOS PROCESOS ALTERNATIVOS AL JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

- 378. ¿Cuáles son los procesos alternativos al judicial para la resolución de conflictos?
- 379. ¿Qué es la mediación?
- 380. ¿Cómo trabaja la conciliación?
- 381. ¿Qué es el arbitraje?

ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Sección Primera: Teoría General del Derecho Procesal

CAPÍTULO I

ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL

1. ¿Cuál es el objeto científico que estudia el derecho procesal?

El aprendizaje del derecho procesal tiene posibilidades alternas para comprender sus contenidos. Muchas veces el enfoque se orienta hacia la técnica y razona la disciplina como puramente instrumental. Vale decir, aceptando que es una “herramienta de los derechos sustanciales”, y dando a entender que constituye, ni más ni menos, que un sistema para poner en práctica los derechos subjetivos. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo.

Otros, decididamente, resuelven sus temas desde la función que cumplen en el proceso judicial jueces y partes, de manera que los estudios se vinculan exclusivamente a la ciencia del proceso. Aquí se aprende el arte y oficio de abogar y juzgar, cada uno en su campo.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que “lo procesal” es una parte del derecho privado de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la aplicación del derecho objetivo, oponiéndose a algunos más que sostienen que el derecho procesal es derecho público, porque desde el proceso se protegen los intereses de la comunidad y los bienes jurídicos individuales. Digamos que este es un terreno donde abona la política procesal.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la concepción ideológica del proceso, y como tal, condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Con el tiempo y el desarrollo de las ideas, el dogma se fue extendiendo para ocuparse de los procedimientos que tienen otras áreas del saber científico, provocando reclamos de autonomía desde el derecho procesal administrativo o el derecho procesal del trabajo, y el más reciente y encumbrado, derecho procesal constitucional.

Quizás la evolución no sea precisa, pero marca una tendencia en los estudios que ha ido transformando el fundamento recibido de los maestros y cultores liminares, a tal punto que hoy se vuelve a reclamar la necesidad de tener una teoría general del derecho procesal, una visión unitaria del proceso, que evite encontrar diferencias allí donde ellas no existen.

En consecuencia, es preciso aclarar desde cuando comienza a hablarse de derecho procesal, cómo se genera la ciencia, y en qué momento se desarrolla con autonomía.

2. ¿Se origina la ciencia en el derecho romano?

Fue Chiovenda quien afirmó que el alma y vida del proceso civil moderno están en el derecho romano.

La idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno. Oprimida por las vicisitudes de los siglos, oscurecida por la superposición de conceptos y de costumbres que derivan de la mentalidad de otras razas, resiste tenazmente arraigándose en los oasis que sobreviven de pensamiento romano, en las tierras del derecho romano, en los juicios eclesiásticos, en la escuela, dispuesta a imponerse apenas las condiciones de la civilización lo permitan: la historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana¹.

Sostiene Luban que hasta el estudio más ligero y superficial de los códigos de procedimientos modernos, tiene previsto el conocimiento del derecho romano, para darse cuenta con ello de que el procedimiento romano, principalmente del período clásico, constituye el meollo y la base del proceso civil actual².

Señalada esta advertencia, se podría afirmar que el derecho procesal no es una ciencia nueva sino un conjunto de reglas y procedimientos que tiene origen en el derecho romano.

Pero una cosa es la interpretación de esos procedimientos, y otra muy diferente, es sistematizar y darle un contenido académico porque lo primero siempre se hizo desde el estudio del derecho romano científico, y con más rigor, por los historiadores del derecho. Es decir, que no había una enseñanza particularizada del derecho procesal como hoy se lo entiende.

Lo cierto es que en la Edad Media el derecho procesal era el derecho romano puesto en práctica en sus instituciones, pese a los avatares que sufre con la influencia de la iglesia, que cambia las reglas de la defensa técnica y asigna mayores poderes y actividades al juez en el proceso³.

3. ¿Cuál es la influencia del derecho romano en las instituciones germanas?

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento que el romano. En la Edad Media el sistema judicial era diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico.

¹ Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, traducción de José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, p. 14.

² Luban, Miguel, prólogo a la obra de Humberto Cuenca, *Proceso civil romano*, Ejea, Buenos Aires, 1957.

³ Reproduce la interesante obra de Silva Vallejo: “Este Imperio Romano, cuyo prestigio había fascinado a los bárbaros se mantiene como un marco ideal y no desaparece hasta 1806 con el último emperador romano de nación germánica. La tentativa de Justiniano para rehacer la unidad real alrededor del lago mediterráneo fue vana. Bizancio por otra parte, no era ya un estado romano y el occidente debía separarse. Bajo dinastías bárbaras –mientras que la Europa central es un caos sin nombre y a Inglaterra se la disputan sajones y celtas– se constituyen estados romano-germánicos. La Francia de los merovingios es una especie de protoplasma amorfo. La era de las dinastías bárbaras es, para Lot, una historia maldita y para las inteligencias, he aquí que llega la noche” (*El derecho procesal en la Edad Media*, Cultural Cuzco, Lima, 1998, pp. 29-30).

No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso⁴ como fueron las “Ordalías”. Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina.

En el Siglo XI el proceso longobardo constituido desde el *Liber Papiensis*, que constituye una suerte de colección de leyes dictadas durante más de cuatro siglos (desde el Edicto de Rotari —año 643— hasta Enrique II de Franconia —1054—), comienza a transformar el sistema y a generar en la Universidad de Bologna un creciente interés de los glosadores.

La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Un gran cambio fue la incorporación de testigos como medios de verificación y convencimiento.

Esta reacción del derecho germano es la fuente que toman los glosadores para deducir del derecho romano la penetración en el proceso judicial. Primero se analizó el *Corpus Juris Civilis*, y de cada conclusión se extraían consecuencias. De ellos surgen disposiciones que trascienden y llevan a dictar ordenamientos jurídicos propios como sucede en Bologna y Verona (1395) que tienen a la doctrina de Accursio con valor de fuente supletoria. Lo mismo llega a España, con la sanción de las Leyes de Toro.

En suma, la glosa y los comentarios adquirieron una extraordinaria influencia, que permitió a Chiovenda decir que, “esta elaboración ha sido el principal factor del injerto, sobre todo de instituciones germánicas en el tronco romano”⁵.

En definitiva, el derecho procesal como ciencia admite tener raíces en el desglosamiento del derecho romano que hace la doctrina germana, que enaltece la investigación y amplía horizontes. Pero hay que tener mucho cuidado con esta afirmación.

4. ¿Qué diferencias hay entre proceso, procedimiento y ciencia procesal?

El sentido de perfección técnica que tenía el proceso romano, a partir de la etapa conocida como *extraordinaria cognitio*, va a tener un franco oponente en el modelo germano para debatir y resolver controversias.

Los filósofos alemanes del siglo XIX habían planteado que los juicios eran una lucha entre partes, donde cada litigante era un guerrero cuya arma era el derecho. Triunfaría aquel que tuviera las mejores y pudiera conocer con suficiencia el arte de la defensa. El demandado no es el emplazado del derecho romano que podía o no comparecer, sino un ofensor que por sus actos anteriores obligaba a querellar y pagar

⁴ La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 24).

⁵ CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, *op. cit.*, p. 14.

sus actos ante asambleas populares. Todo el procedimiento es formal, dominado excesivamente por solemnidades y absolutamente ritual.

Después veremos con mejor precisión las características de uno y otro modelo procesal, pero en la presentación no se puede eludir mencionar que con la invasión de los bárbaros en Italia, el proceso romano queda anulado para aflorar en el siglo XI con el llamado proceso común (*romano-canónico*) que es el resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano⁶ y que se consolida en el siglo XIV con la formación del proceso civil contemporáneo.

Esta visión trasladó a las partes en conflicto el nudo gordiano a desatar, y fue el prolegómeno de las después llamadas “teorías de la acción”, donde los *pandectistas* lucieron para demostrar que el derecho de fondo era la fuente, pero el ejercicio activo de la pretensión constituía el germen de otros derechos suscitados a partir de la formación del proceso judicial. Nadie imaginaba todavía que esto podía constituir otra disciplina jurídica.

Es decir que, había que analizar el rol de las partes en controversia, sus posibilidades de estar y actuar en el proceso, cuánto y cuándo podían pedir; así, la *acción* se convirtió en uno de los pilares fundacionales de la ciencia procesal, pero fue mucho después del debate inicial suscitado en 1856.

En realidad, como antes de dijo, el interés doctrinario de entonces era interpretar los textos del derecho romano que se redescubren en el siglo XII y que con la escuela formada por Irnerio (maestro de gramática y dialéctica) trabajaron con la descripción gramatical del significado de los textos del *Corpus Juris Civilis*. Luego, los postglosadores modernizarán los contenidos de la obra de Justiniano provocando una influencia tan notable que perdura contemporáneamente.

5. ¿Cómo fue el proceso romano?

A cada uno de los tres períodos que comprende la historia política de Roma corresponde un modelo procesal diferente, como consecuencia de la transformación de sus instituciones:

1) El período de la monarquía se caracterizó por el sistema de las *legis actiones* las cuales constituyen fórmulas orales, solemnes y gestos simbólicos que deben pronunciarse y cumplirse con estricta sujeción a los términos de la ley, mediante los cuales el actor expone el conflicto ante el magistrado y en presencia del demandado. A través del trueque de fórmulas orales aprobadas por el magistrado, quedaba trabada la litis en presencia de testigos. Se fijaban los límites y el estado de la cuestión litigiosa que se someterían a la decisión del juez y la forma en que debía dictar sentencia según el resultado de la prueba. Esta primera parte constituía la *litis contestatio*. Seguía después, la instrucción del juicio por el juez, ante quien los testigos repetían lo que expusiera el magistrado y luego de producida la prueba, dictaba sentencia.

2) El nacimiento de la República trajo aparejado también, cambios en el sistema que existía hasta entonces. Las *legis actiones* eran extremadamente solemnes, y la desconfianza en los testigos estaba siempre latente, por lo cual se promulgó la ley *Aebutia*. Luego de oír a las partes, el magistrado entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula mediante la cual designaba al juez y fijaba los elementos que debían

⁶ Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 83.

ser tenidos en cuenta por este al dictar sentencia y que consisten en los hechos y el derecho invocados por el actor, el objeto litigioso y las defensas opuestas por el demandado. Consta la fórmula de cuatro partes: *a) la demonstratio*, que contenía la exposición de los hechos enunciados por los litigantes, *b) la intentio*, que resumía lo pretendido por el demandante, *c) la condemnatio*, que daba al juez la facultad de absolver o condenar de acuerdo al resultado de la prueba, *d) La adjudicatio*, que permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa.

3) El sistema formulario luego fue reemplazado por el procedimiento *extraordinario* que impusiera Diocleciano. Desaparece la división del proceso en dos tiempos, para comenzar su desarrollo ante solo un magistrado. La demanda se presenta por escrito, el demandado es oficialmente citado a comparecer y debe contestar la pretensión por escrito, lo cual implica un debilitamiento de los principios de oralidad e inmediación. Además, al desaparecer la necesidad de la presencia del accionado en el proceso, es posible su continuación en rebeldía, adoptándose, también, la imposición de costas al dictar sentencia, la que podía ser impugnada⁷.

6. ¿Cómo fue el proceso germánico?

A diferencia del romano, en el proceso germánico la solución del litigio no dependía del convencimiento del juez, sino del resultado de fórmulas solemnes y de la intervención divina. El proceso no se iniciaba con la alegación de un derecho por parte del actor sino, por el contrario, en la imputación que este le hace al demandado de la comisión de una injuria.

Se dividía en dos etapas: una para las afirmaciones y la otra para la prueba. La primera tenía lugar con la exposición del demandante y la invitación al demandado para que exponga su defensa. La palabra del actor generalmente hacía fe si su honorabilidad estaba abonada por testigos; luego de ello, se dictaba una sentencia “interlocutoria” que se limitaba a declarar el derecho e indicar la prueba.

Esta etapa es una invocación, un juicio de divinidad, que se caracteriza, fundamentalmente, con el juramento de purificación, por el cual miembros de la misma tribu declaran sobre la credibilidad que merece el demandado, pero el principal medio de prueba era el juicio de Dios u ordalía, que consistía en pruebas sagradas, como la del agua caliente, del fuego, del hierro candente, etcétera.

El procedimiento era público y oral, extremadamente formalista, tenía lugar ante las asambleas populares, en las cuales residía el poder jurisdiccional, limitándose la función del juez a dirigir el debate y a proclamar la sentencia que es dictada a propuesta de una comisión de miembros peritos en derecho, en los primeros tiempos, y de jueces permanentes especiales, durante el denominado *período franco* (siglos V a XII)⁸.

Los efectos de la sentencia llevaron a la cosa juzgada, extendiéndose a todos los que formaban parte de la asamblea, cuya concurrencia era obligatoria.

7. ¿Cómo fue el proceso romano canónico?

⁷ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1941, p. 208.

⁸ PALACIO, *op. cit.*, tomo I, p. 82.

En forma paulatina, los tribunales de la Iglesia fueron expandiendo sus actuaciones entendiendo en cuestiones civiles y luego, por una disposición dictada por Constantino en el año 331, se reconoció fuerza legal a las sentencias dictadas por los obispos en estas cuestiones, siempre que ambas partes hubieran convenido someter sus diferencias a la autoridad episcopal.

Los tribunales eclesiásticos aplicaban el proceso romano pero introduciéndole algunas reformas, elaborándose así un procedimiento mixto, llamado también *común*, por cuanto se aplicaba, en cuanto no lo derogasen, las leyes locales, pero en un molde similar al proceso romano, con el aporte del derecho canónico, donde estaban infiltradas algunas instituciones germanas.

El proceso común se regía por un orden secuencial de etapas, destinadas cada una de ellas al cumplimiento de un acto procesal o una serie de actos semejantes.

Observa Chiovenda⁹ que si bien los principios fundamentales de la prueba y la sentencia son de origen romano, la influencia germana se advierte en numerosas instituciones, algunas de las cuales han pasado al derecho moderno, por ejemplo, *la querella nullitatis* (origen del recurso de casación), la prueba legal (entendida como “conjunto de normas vinculantes de la convicción judicial”), la división del proceso en una serie de fases preclusivas, etcétera.

Con la influencia del derecho canónico, el proceso se hizo escrito y el procedimiento secreto, lo cual derivó en juicios lentos y complicados. Es por ello que luego se instituyó un proceso breve y rápido para cuestiones de menor importancia, siendo este el origen de la actual distinción entre procesos ordinarios y sumarios contemplado en las legislaciones contemporáneas.

8. ¿Cuándo se forma el moderno proceso civil?

Rápidamente, el proceso común se comienza a extender hacia los restantes países de Europa continental. En la España penetrada por el germanismo, la población continuó rigiéndose por las instituciones romanas, lo que determinó la existencia de dos ordenamientos jurídicos distintos para ambos pueblos, inspirados respectivamente en los derechos romano y germánico. Luego, la fusión de ambas legislaciones dio lugar al nacimiento del Fuero Juzgo, el que es utilizado hasta que se produce la invasión de los árabes que provocó su reemplazo por un nuevo ordenamiento llamado legislación foral.

No obstante ello, la obra legislativa más destacada se realizó en el año 1258, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, con la publicación de *Las Siete Partidas*, de las cuales la tercera reglamenta el procedimiento civil, donde se receptan los principios del proceso común, estableciéndose normas que luego rigieron en nuestro país hasta la sanción de los códigos de procedimiento. Sin embargo, Las Partidas no pudieron ser una obra completa ya que adolecía de importantes omisiones, lo cual obligó más tarde, a la publicación del Ordenamiento de Alcalá.

Producida la reforma política en España, en 1812 se dictaron varios reglamentos de justicia, hasta que en 1830 se sancionó la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, y posteriormente en 1855, la ley de enjuiciamiento civil.

En esta normativa se concibe al proceso civil como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico mediador, siendo

⁹ *Instituciones*, tomo I, *op. cit.*, p. 12

las partes las que asumían todas las facultades. Esto supuso plasmar el principio dispositivo y el de aportación de prueba, adoptándose la forma escrita de los actos procesales. En lo que respecta a las facultades de dirección, se entendía que el juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales, confiándose el impulso procesal a las partes. En cuanto a la apreciación de la prueba, no pudo mantener el sistema de la valoración legal, creándose la “sana crítica”, que era un modo de limitar el arbitrio judicial.

A fines del siglo XIX, se modifica con la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente sin introducir verdaderas reformas en el sistema procesal civil, sin perjuicio de que en esta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba.

Más adelante veremos la importancia de ambas leyes, que determinaron todo el desarrollo posterior de lo que ha sido el proceso civil de muchos países y en particular del nuestro.

9. ¿Cuál ha sido la evolución de la legislación procesal argentina?

La historia de la legislación procesal argentina comprende tres períodos bien diferenciados: el colonial, el derecho patrio y el de la codificación.

9.1 Período colonial

Con el descubrimiento de América, comienza a aplicarse la legislación procesal vigente en España, a través de las llamadas leyes de Indias. Sin perjuicio de que la autoridad suprema era el rey, poco a poco se crearon diversas instituciones que en forma delegada fueron las encargadas de administrar justicia en esta región.

En el año 1680 se dicta la Recopilación de Indias, donde se establece el orden jerárquico de las normas a regir, estableciéndose, en primer lugar las cédulas, provisiones y ordenanzas que no fueran revocadas por las Indias, y luego, las leyes españolas desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 hasta la Nueva Recopilación de 1567, debiendo ser resueltas las cuestiones no previstas por esas leyes a través de la aplicación del Fuero Real, los Fueros Municipales, el Fuero Juzgo y las Leyes de Partida.

9.2 Período patrio

Este período comprende la Revolución de Mayo y se extiende hasta el período de la codificación. Se dictaron diversas disposiciones referentes a la administración de justicia, muchas de las cuales fueron luego introducidas en la Constitución sancionada en 1853 y en las leyes procesales.

Merece destacarse, al respecto, el reglamento dictado con fecha 23 de enero de 1812, donde se establece la creación de una Cámara de Apelaciones compuesta de cinco jueces (de los cuales tres debían ser letrados y los otros dos vecinos sin esa calidad) y un fiscal, que entendía como “instancia de apelación, segunda suplicación, recursos ordinarios, recursos extraordinarios por injusticia o nulidad notoria, de fuerza, eclesiásticos y demás que por las leyes han podido o debido conocer las Audiencias y Cancillerías de América” (art. 25). También se creó el Tribunal de Concordia, cuya función consiste en procurar “el avenimiento de los litigantes y en dictar, ante el fracaso

de esa gestión, formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe por duda mayor o menor de hecho o de derecho”. No podía admitirse ninguna demanda sin su pase previo por este tribunal.

El 1° de septiembre de 1813 se dictó el “Reglamento para la Administración de Justicia”, que mantiene la organización estructurada por el Reglamento de 1812 y con algunas innovaciones importantes como la imposición del patrocinio letrado “a excepción de aquellas peticiones de poca importancia que puedan firmar las partes o sus procuradores”, la admisión de la prueba pericial en las cuestiones complejas, el deber de los jueces de condenar al litigante temerario en todas las costas causadas al vencedor en juicio, y la institución de un Supremo Poder Judicial para conocer en los recursos de segunda suplicación y de nulidad o de injusticia notoria, debiendo intervenir en ellos la Cámara hasta tanto se organizara el tribunal respectivo.

El Estatuto provisional de 1815, establece el principio de independencia del Poder Judicial y determina la forma de designación de los jueces letrados a través de una terna, así como los requisitos para desempeñar el cargo y encomienda la decisión de los recursos extraordinarios de segunda suplicación y de nulidad o de injusticia notoria a juntas especiales. De los ordenamientos posteriores, vale destacar la ley dictada el 24 de diciembre de 1821, que creó los juzgados de primera instancia y los juzgados de paz. La ley del 2 de noviembre de 1862, que reglamentó los juicios ejecutivos y las tercerías, inspirándose en La ley de Enjuiciamiento civil española de 1855, y la ley del 29 de octubre de 1862, que suprime el Tribunal del Consulado y crea los juzgados de comercio.

9.3 Período de la codificación

La época de la **Codificación** comienza con la ley 50, reglamentaria de los procedimientos ante la justicia federal. Sus autores toman como base primordialmente la ley de procedimientos para el Cantón de Ginebra de 1819 y las leyes españolas de enjuiciamiento de negocios de comercio de 1830 y de enjuiciamiento civil de 1855. Sigue luego, con la promulgación del “Código de Procedimiento en materia civil y comercial”, el que se sanciona para regir en la Provincia de Buenos Aires, con la inspiración del proyecto que presentara el Dr. José L. Dominguez en el año 1868 al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. Dicho ordenamiento procesal, tuvo sanción definitiva en el año 1880, luego de las reformas que se le introdujeran al que había sido sancionado dos años antes.

Cabe destacar que si bien el Código de 1880 es dictado para regir en la Provincia de Buenos Aires, se lo declara con posterioridad aplicable a la ciudad de Buenos Aires por la ley n° 1144, luego de la federalización de esta como capital de la República.

En lo que concierne a las demás provincias argentinas, con posterioridad a la sanción de la Constitución de 1853 que da comienzo al período de organización de la nación, comienzan por sustituir sus *Reglamentos de Administración de Justicia* por *Leyes de Enjuiciamiento Civil*, y posteriormente a estas por *Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial*. En sus primitivas versiones, la mayoría de esos ordenamientos responden en su estructura y en los principios que los informan, a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, con las variantes emergentes de la ley 50 de procedimiento federal, del proyecto elaborado por el Dr. Dominguez para la Provincia de Buenos Aires en el año 1868 y del Código de Procedimiento de la Capital Federal.

Refiriéndose a la marcada influencia de la legislación española en nuestro país, sostiene Alsina, que si la ley de 1855 significó para España, por una parte, el término de una etapa en que la diversidad de disposiciones vigentes, por razones históricas, hacían incierto el procedimiento, y por otra, el retorno a los principios fundamentales del proceso romano-canónico que durante tantos siglos predominó en su régimen procesal, para quienes, como nosotros, las heredan con todas sus virtudes y deficiencias, también significó el comienzo de una nueva época, la de la codificación, pues se convirtió en la fuente en que abrevaron las leyes de enjuiciamiento de todos los países de filiación hispana. Es así como dicha ley, sancionada el 5 de octubre de 1855, reglamenta un proceso cuya base es el derecho romano, tal como lo entendieron los glosadores, pero fuertemente influenciada por elementos del derecho germano y del canónico, caracteres que se mantuvieron en la ley de 1881. La influencia de la ley de 1855 se advierte con solo observar que de los 810 artículos del código de 1880; 392 tienen su fuente directa en aquella ley. Como su modelo, el código adopta el sistema escrito y confía el impulso procesal a las partes, colocando al juez en una situación de expectativa¹⁰.

10. ¿Qué se interpreta al sostener el derecho procesal como ciencia?

El desarrollo normativo, no obstante, no se reflejó en los estudios científicos. La Universidad interpreta que estudiar derecho procesal es explicar los procedimientos, por eso, después de recorrer un largo camino consiguió cierta autonomía, que se consigue cuando se comprende que no es necesario tener un derecho para poder reclamar ante la justicia. Ello era una consecuencia, pero el ejercicio de la potestad de pedir era independiente del derecho subjetivo.

Antes no había derecho procesal en términos estrictos; era apenas un capítulo del derecho civil, de ahí su mentada dependencia como instrumento para el desarrollo de los derechos privados. Era simple práctica, y en esa línea la interpretaban quienes enseñaban la disciplina en las distintas universidades del mundo.

En España, a aquellos materiales dedicados al procedimiento judicial se los denominaba Ley de Enjuiciamiento, mientras que las demás materias de fondo ostentaban la categorización de código, lo cual sirve para entender la subordinación que ostentaba esta materia.

Las primeras lecturas fueron dirigidas a explicar el “procedimiento”, es decir, la técnica acerca de como debían actuarse los derechos que fueran reclamados, pero como en esa actividad intervenían personas en posiciones diferentes (partes y juez) debió recurrirse a otros argumentos para dar un concepto más acabado sobre las funciones.

Entre los años 1856 y 1857 una famosa polémica sobre el sentido que debía acordarse a la *actio* del derecho civil romano (es decir, al significado que tenía dirigirse a un magistrado) sirvió para advertir que el derecho petitionado a un juez no tenía relación directa con el proceso que comenzaba a desarrollarse.

Se dieron entonces los primeros pasos hacia la autonomía, hasta que fue esbozada una teoría individual donde, por vez primera, se destaca la necesidad de presupuestos y condiciones para tramitar un proceso válido.

Era el nacimiento del derecho procesal como ciencia.

¹⁰ “Influencia de la ley Española de enjuiciamiento civil de 1855 en la Legislación Argentina”, *Revista de Derecho Procesal*, tomo 1955-I.

11. ¿Para qué sirve el derecho procesal?

Debemos puntualizar para responder al interrogante, que el derecho procesal sirve para organizar el sistema de enjuiciamiento, la justicia y su composición, y para consagrar en su vínculo con la Constitución, una garantía única que asegura con el proceso el respeto a las demás garantías.

Las garantías constitucionales que preservan la eficacia y el cumplimiento de los derechos dependen de los instrumentos establecidos para hacer efectiva la tutela prometida. Este mecanismo instrumental es el proceso, observado en este plano, como única garantía posible.

Por ello, el proceso es un método de debate entre personas y una garantía que otorga el Estado para que esa dialéctica sea resuelta con justicia y equidad.

El vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente.

De ahí que no sea posible argumentar que el derecho procesal sea solamente un derecho al servicio de otros, sino una auténtica ciencia autónoma. En todo caso, la instrumentalidad es del proceso, pero no de la ciencia.

A su turno, esa instrumentalidad no impide que la función jurisdiccional sea activa y responsable, de modo tal, que no está solamente para resolver conflictos entre personas y aplicar las leyes, sino también para fiscalizar la supremacía constitucional y ejercer el control de legalidad de los actos administrativos y de particulares.

Jurisdicción, acción y proceso, son los pilares donde se asienta conceptualmente la ciencia.

Así, por ejemplo, la jurisdicción actúa como un mecanismo sustitutivo de la voluntad de los particulares, siendo un poder independiente al que se le debe respeto y sumisión, pero obligado al mismo tiempo a dar respuesta con justicia y equidad a los conflictos que se le planteen, a fin de evitar la acción privada de composición (rol de los jueces). La acción, por su lado, constituye un reclamo a la autoridad jurisdiccional para que actúe contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial (rol de las personas). La interacción de ambos da nacimiento al proceso, entendido al respecto como un método de debate representado en el concepto de juicio, que constituye una secuencia de actos encaminados a obtener un pronunciamiento final que consolide el derecho presentado por la parte interesada (rol del Estado a través del diseño procedimental).

12. ¿Qué contenidos tiene el derecho procesal?

Habitualmente, si interrogamos cuál es el contenido del derecho procesal, seguramente la respuesta inmediata será: el proceso.

Ello está bien, pero es insuficiente. Observemos que la materia sobre la que se encuentra planteada la incertidumbre puede ser de orígenes diferentes. Un conflicto ante la administración, en la empresa, un incumplimiento contractual, crisis en la situación familiar, en fin, el sinnúmero de posibilidades que otorga la vida de relación, todos pueden originar un proceso judicial, y en estos casos, es indudable el interés por captar ese contenido.

Pero, ¿qué ocurre si las partes en conflicto recurren a una forma de proceso que no tiene como órgano decisor a un juez con jurisdicción, esto es, con poder y autoridad constitucional? ¿El sometimiento a arbitraje, amigable composición, juicio de peritos, y demás fórmulas de heterocomposición son materias del derecho procesal?, entendemos que sí, y sus razones las aportamos más adelante¹¹.

Similar problema se crea en los procesos sin conflicto, donde aparece la figura del juez resolviendo situaciones de derecho, casi administrativas. Son también estos, cometidos del derecho procesal.

Ahora bien, la naturaleza de cada proceso impone una serie de conceptos técnicos que orquestan principios y presupuestos propios de la asignatura. En este sentido, el régimen jurídico de las partes y peticionantes, como de representantes, mandatarios y patrocinantes.

La regularidad del proceso impone ocuparse de los problemas de competencia y jurisdicción, lo que supone involucrar las facultades, deberes, derechos y obligaciones del órgano jurisdiccional y sus auxiliares.

En este ámbito, es natural, además, estudiar en la asignatura las formas de designación de magistrados como la de empleados y funcionarios del Poder Judicial.

También, el contenido intrínseco de cada uno de los actos procesales contrae un nuevo compromiso de explicación; aquí, es común ingresar en los deberes primarios y secundarios de la conducta del proceso¹²; como en los requisitos procesales que particulariza a cada procedimiento.

Sin embargo, en la actualidad debe destacarse la constitucionalización del proceso que fomentó una evolución notable en el concepto de debido proceso y que tuvo lugar con la aparición de las primeras concepciones acerca del derecho a tener jueces, a ser oído y a tener un proceso con la vigencia plena de todas las garantías constitucionales.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

El proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías, incluso podría afirmarse que desde este punto de vista, es la única garantía.

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. El proceso debido es aquel que no tiene fronteras ni características por Estado.

De manera tal, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”. No se trata ahora de un mensaje preventivo dirigido al estado, ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

¹¹ GOZAINI, Osvaldo A., *Formas Alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995 p. 13 y ss.

¹² GOZAINI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, Platense, 1988, p. 34 y ss.

Debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, no hay más garantía que el proceso judicial porque será este el que, en definitiva, persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental, resultando de suma importancia asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Inclusive, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos.

En este sentido, merece particular importancia el rol que desempeña el juez en el proceso, como verdadero contenedor de las diferencias que se suscitan entre las partes, como así también quien debe velar por el cumplimiento de las garantías de que se lleve a cabo un proceso debido.

Tenemos dos modelos bien diferenciados: el de los Jueces americanos y el de los Jueces europeos, lo cuales responden a contextos políticos e ideológicos diferentes, de ahí su marcada distinción.

En la mayoría de los países europeos, la función jurisdiccional divide la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa, y más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. El juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales y administrativas. Esta marcada diferencia se debe a que en Europa, existía una clara desconfianza hacia los jueces, lo cual trajo aparejado la imposibilidad de poder interpretar la ley. Nuestras leyes procesales respondieron a estos lineamientos que imperaban en esa época. De tal forma, que en un comienzo los códigos procesales limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los principios al dispositivo, según el cual, el proceso es cosa de partes y solo estas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Sin embargo, en Estados Unidos privó la doctrina de la confianza de los jueces con todo lo que ello implica y que trasciende el sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El *common law* presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial. La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

En definitiva, la diferencia está en que el modelo europeo comienza como una proyección de desconfianza en los jueces, y por ello, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional.

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaron la importancia de los tribunales de Alzada, considerando que ellos debían, a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual, por otra parte, estaba limitado y restringido (v.gr.: por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como por aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). La interpretación que efectuaban (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones) era casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el bienestar general antes que en la solución pacífica del conflicto.

El juez americano, en cambio, es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad).

Ejerce un control de constitucionalidad difuso (concreto porque debe aplicar la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto al alcance la sentencia), debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico. Sabe que su sentencia, para llegar a ser trascendente, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionada, excepcional y extremadamente solemne.

13. ¿El derecho procesal es derecho público o privado?

La naturaleza privada de los conflictos que, por vía de principio, resuelve cualquier órgano jurisdiccional en el ámbito del derecho procesal civil, no sirve para deducir el carácter privado de la ciencia.

La materia no es buen punto de partida para adscribir a una u otra corriente. En realidad, el derecho procesal pertenece al derecho público porque el método disciplinado responde a la posición que tiene el órgano frente a los particulares para representar la voluntad estatal.

No podrían las partes dirigir el proceso de acuerdo a sus propios intereses, porque existe un conjunto de principios de inspiración superior a la convencional que no tolera la autorregulación.

Según Palacio, “es consecuencia del carácter predominantemente público del derecho procesal, la de que está prohibido a las partes derogar o alterar, mediante pactos, las normas que disciplinan la composición y funcionamiento de los órganos judiciales, así como aquellas que reglamentan los requisitos y efectos de los actos procesales”¹³. Dentro del derecho público el derecho procesal es una rama autónoma, hecho que destaca un elemento más para afirmar que no es un derecho instrumental, ni secundario, ni complementario de otros.

Ahora bien, esta definición no puede confundir al lector para deducir que el derecho procesal es pura técnica, o la disciplina que estudia las formalidades del proceso.

¹³ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 28.

El derecho procesal moderno emplaza un cambio trascendente al erradicar el estudio del procedimiento para dar forma al debido proceso. Dicho en otros términos, el estudio de la máxima garantía que tienen las personas para la defensa de sus derechos.

En tal sentido, no hay varios derechos procesales, ni ramificaciones con diferencia de principios y presupuestos. Existen, en cambio, manifestaciones que desarrollan ciertas especialidades de la materia en conflicto (v.gr: civil, comercial, penal, administrativo, laboral, etc.) pero que concilian un fundamento superior, único que lo transportan a cada una de esas exposiciones.

El derecho procesal es único, y por eso se puede hablar de una teoría general del derecho procesal.

Capítulo II

LAS NORMAS PROCESALES

14. ¿Hay normas procesales? ¿Qué características tienen?

Como las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, las procesales están destinadas para regir una determinada situación. La particularidad de ellas estriba en que quien las aplica es un tercero imparcial, el juez, al que las partes recurren para lograr una solución pacífica al conflicto que los divide.

El problema surge con el lugar donde las normas procesales se encuentran, pues están dispersas en todo el ordenamiento jurídico. No solamente las contienen códigos y leyes adjetivas, porque están en los códigos sustantivos, en normas provinciales y hasta en la misma Constitución Nacional.

Por eso, parece apropiado referir a normas procesales de acuerdo al objeto y finalidad que persiguen.

Si el supuesto de hecho contenido se refiere a una circunstancia procesal y busca de ella una consecuencia de tal tipo, la norma es procesal.

Distinto sería si la norma tiene como supuesto de hecho un acto procesal, pero su consecuencia es material (v.gr: interpelación fehaciente para constituir en mora), porque en este caso, aquella sería indudablemente material. O, en el caso inverso, hay normas procesales cuyo supuesto de hecho lo constituye una realidad extraprocesal (v.gr: muerte del procurador o del poderdante como causa de extinción de la representación procesal, etc.)¹⁴.

15. ¿Cómo se ubica en el tiempo a una norma procesal?

Las leyes procesales no tienen un mecanismo diferente del que rige para todo el orden jurídico. Es decir, se guía por los principios generales del derecho que, para nuestra legislación, reposa en el viejo artículo 3° del Código Civil, que dice [...]

“... a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

La redacción del artículo 7° del Código Civil y Comercial no cambia demasiado, sosteniendo que [...]

“Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 641.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposiciónen contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Esta disposición orienta pero no consagra la irretroactividad expresa de la norma procesal, la que podría aceptarse en el derecho penal. No hay que olvidar que el principio según el cual las leyes solo disponen para lo futuro, carece, en lo que atañe a las normas procesales, de jerarquía constitucional, siendo por consiguiente inobjetable su aplicación retroactiva siempre que no comporte lesión a derecho adquiridos, es decir, definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que dichas normas se pretendan emplear.

Esta idea se sustenta en la necesidad de dar solución y respuesta a los efectos jurídicos deducidos de la relación procesal trabada en el proceso, que se verían alterados con el dictado de una ley procesal nueva.

En rigor, no existe tal retroactividad, porque las consecuencias que se modifican son las adjetivas, es decir, las que refieren al procedimiento, sin que incidan en el curso de la relación material que continúa el sentido de las normas sustanciales.

El principio de ejecución, ejemplificativamente, se da en los siguientes supuestos:

a) La retroactividad implícita de la norma procesal no puede afectar la validez de los actos procesales ya cumplidos. Sin embargo, puede modificar la competencia asignada y las formas, que deben adecuarse al nuevo proceso.

b) Los actos procesales que se encuentran en curso, o tienen “principio de ejecución”, requieren de un análisis singular porque pueden generarse consecuencias diferentes según el acto de que se trate. Algunos actos se cumplen en un solo momento (v.gr: contestación de la demanda), otros son secuenciales y progresivos (v.gr: recurso interpuesto que se funda posteriormente) y algunos más se desenvuelven en etapas consecutivas (v.gr: prueba); por eso cada uno debe analizarse al conjuero de su peculiaridad para deducir cuando se inicia y en que momento la ley lo afecta o no.

c) Si fuesen dictadas normas procesales que estructuran nuevos tipos de procedimientos, estos solo podrán aplicarse hacia el futuro.

De los ejemplos y situaciones se deriva la particularidad que tiene la norma procesal. Es una disposición de orden normativo que trabaja destinada a las formas y procedimientos, pero estableciendo en el deber ser, una adaptación al tiempo y circunstancia donde ha de insertarse.

16. ¿Dónde están las normas procesales?

Las normas procesales están sujetas al principio de territorialidad de la ley (*lex fori*), que impide remitir efectos fuera de la jurisdicción de donde se aplica.

Ello no impide que otra norma (extranjera) procesal tenga efectos ante los jueces nacionales si hubiese atravesado el procedimiento del exequátur, aun cuando en este supuesto, “no media la recepción o adopción de normas extranjeras en el ordenamiento

jurídico del país, sino que este se limita a remitir tales normas, que no pierden por ello su condición de extranjeras, y solo actúan como presupuesto establecido para la aplicación de las normas propias”¹⁵.

De todos modos, es posible constatar que, como sucede en gran parte de las vinculaciones humanas, los actos no siempre se desarrollan en solo un territorio. Puede ocurrir que se deba practicar una prueba en el extranjero, una notificación, etcétera.

El derecho internacional privado aplica la regla *locus regit actum*, por el cual los actos del proceso se rigen por la ley del lugar donde se practican, condición que hoy se mecaniza a partir de distintos convenios de cooperación procesal.

17. ¿Cómo se interpretan las normas procesales?

La interpretación es una tarea destinada a esclarecer, a poner en claro los dichos de una norma que se va a emplear; significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a los hechos donde se utiliza.

La interpretación es un problema de la teoría del derecho, porque pone en juego muchas variables de consideración. Por ejemplo, en los sistemas del *common law* que trabaja con la doctrina del precedente, la lectura de las normas queda sujeta, muchas veces, a la confrontación del caso con el que le sirve de antecedente. En cambio, cuando la justicia no tiene condicionamientos previos, el juez que aplica una norma lo hace según su leal saber y entender, lo que puede llevar a temperamentos o ideas contradictorias.

En la búsqueda de una intelección correcta, pueden seguirse distintos caminos:

17.1 Interpretación auténtica

Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición; en otro puede derivarse la lectura a terceros que prestarán su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la interpretación judicial y la doctrinaria.

A su vez, cada una de estas posibilidades contrae un método de investigación, deduciendo el espíritu de las normas de su sentido gramatical, o derivando sus conceptos de la lógica aplicada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para inferir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas, por ello puntualizan en la teoría general del derecho.

El problema es que las normas procesales son habitualmente descriptivas del proceso; solo tienen utilidad cuando a este referencian y precisan. Por lo tanto, “por su propia naturaleza, solo tienen razón de ser en cuanto son aplicadas al proceso, salvo escasas excepciones susceptibles de producir efectos indirectos en el derecho material (por ejemplo, las normas relativas a la valoración de las pruebas, que, pese a su carácter

¹⁵ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 65.

procesal, pueden, indirectamente, por su simple existencia, conducir a un arreglo o transacción que evite el proceso y modifique la relación jurídica entre las partes)”¹⁶.

El hecho que perfila una norma procesal impediría, de alguna manera, orientar su descripción en base a métodos propios de la ley civil; distinto de la interpretación judicial de las normas que, como contenido de la función jurisdiccional, elevan la misión de los jueces en su tarea de decir y crear el Derecho.

Esto es justamente lo que se debe distinguir: de un lado, la interpretación de la norma procesal que sigue los principios generales por los que se llega a comprender una normativa; pero cuenta con particularidades que implementa una metodología propia; por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

La elaboración de las doctrinas sobre la arbitrariedad de la sentencia, la gravedad institucional y el exceso ritual manifiesto, son deducciones de la interpretación dinámica que debe realizarse en las normas procesales.

En este contexto se incluye la obligación del juez de ser atento a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes, más que a la letra fría del precepto que, no obstante su consagración, introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

La Corte tiene dicho que [...]

“Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere”. (Fallos, 241:227; 244:129; 263:230, entre otros).

17.2 Interpretación gramatical

El llamado *método gramatical* o *exegético*, no hace sino rendir testimonio de lo que cada palabra expresa y transmite. A su vez, el tiempo histórico cuando se emite muestra una circunstancia particular que reconoce la oportunidad y necesidad de su época. Esta lectura progresiva transporta la realidad histórica del tiempo de la sanción al futuro proyectado para la generalidad.

Con igual intensidad debe analizarse el conjunto de las leyes, porque no existe norma procesal que no se recueste en otra o le sirva de fundamento.

Finalmente, la voluntad que inspira la norma no puede quedar desprendida del estudio global.

18. ¿A qué se llama integración de las normas?

El Código Civil y Comercial dice, en el artículo 8, “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

¹⁶ Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 11.

Esta norma introduce un problema ajeno a la interpretación, porque el déficit acusado radica en la ausencia de soluciones, o en la ambigüedad como se presenta, lo que provoca la insuficiencia normativa.

Son las denominadas lagunas de la ley, que el derecho procesal trata de superar dando a los jueces la posibilidad creadora que tiene al realizar y decir el derecho (jurisdictio).

Para Carnelutti, esta cuestión puede enfocarse como un problema de actos imprevistos a los que pueden darse solución con la analogía o el juicio singular [...]

“En teoría se habla de autointegración o de heterointegración para significar que la primera obtiene la soldadura del sistema con la ley misma; la segunda, con un medio diverso, que es la intervención del juez. Cuando se recurre a este segundo expediente, el juicio en torno al valor del acto corresponde exclusivamente al juez; en estos casos se habla de juicio de equidad en lugar de juicio de legalidad”¹⁷.

La diferencia con la interpretación es cualitativa, porque cuando se infiere el significado de una norma, el juez pondera los valores de un tiempo y de una inspiración pretérita aun sabiendo que el pensamiento jurídico otrora asignado a la ley no transporta con absoluta identidad las necesidades concretas del pasado al presente. Pero esa permeabilidad a la transformación consigue enriquecer la labor jurisdiccional.

En cambio, el esfuerzo de integración pone en marcha todo un mecanismo de asistencia que colabora solidariamente en la búsqueda de una solución justa.

Aquí hay deducción, y como dice el artículo 2 del Código Civil y Comercial, que ha de servir como norma guía: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Esta investigación conduce a ver que la analogía, viejo procedimiento interpretativo de la ley, debe aplicarse con prudencia y exige que concurren las siguientes condiciones: que el caso no esté expresamente previsto; que haya afinidad de hechos y relación precisa entre el caso contemplado por la ley y el conflicto llevado ante los tribunales; que haya identidad de razones para resolver la cuestión en la misma forma en que lo hace la ley análoga; que la diversidad de hipótesis afecte solo aspectos no esenciales y, finalmente, que el resultado sea racional.

Además, uno de los extremos a los que debe responder la aplicación de toda consecuencia jurídica está en su adecuación a los principios de un orden justo; o principios del derecho natural, o generales del derecho, mediante cuya sujeción reciben las leyes positivas su sustancia de justicia y su intrínseca y absoluta obligatoriedad. La ley, para ser tal, debe subordinarse a esos principios cardinales —universales y necesarios—, porque la ley injusta no es una verdadera ley.

19. ¿Cuáles son las fuentes del derecho procesal?

En sentido amplio, son fuentes todas aquellas normas positivas o morales, principios, reglas o estándares, que se acuerdan para explicar la naturaleza de una ciencia.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 20.

En el derecho procesal, las fuentes llegan tanto desde el derecho positivo como de la conducta con sus valores y arquetipos. Ellas son las que permiten al juez adoptar criterios de solución, y los que las partes y sus abogados, aprovechan para la argumentación jurídica (exposición del caso).

En orden de importancia son fuentes: a) la ley y la costumbre; b) la jurisprudencia, y c) la doctrina¹⁸.

Entre las leyes hay una jerarquización que pone en la cima del sistema a la Constitución Nacional y los Tratados y Convenciones internacionales que el Estado argentino ha incorporado en la ley fundamental (art. 75, inc. 22).

Luego se aplican las leyes federales, teniendo presente que el código procesal suele establecer diferencias entre estas y las leyes comunes (v.gr.: art. 352, CPCCN) por considerar que la primera es de orden público, y la segunda admite el pacto de foro prorrogado (es decir, que las partes de común acuerdo resuelvan transferir hacia otro juez la competencia).

La jurisprudencia en nuestro país tiene un uso diverso. Suele aplicarse como obligatoria (art. 303, CPCCN) cuando las salas de una Cámara Nacional dicta un fallo plenario, y a veces, cuando los tribunales superiores de provincia, resuelven un caso determinado en vía de casación. Pero la regla suele ser otra, en función de la libertad que tienen los jueces para apreciar los hechos y resolver aplicando el derecho que se estime pertinente. Esto es propio del sistema de control de constitucionalidad difuso como veremos más adelante.

Finalmente, la doctrina, entendida esta como la interpretación que realizan los juristas sobre temas y problemas del derecho de fondo o adjetivo, propiciando soluciones o caminos alternativos, que los jueces o abogados, pueden adoptar en sus sentencias o alegaciones, respectivamente.

20. ¿Cuál ha sido el desarrollo de la doctrina procesal en Argentina?

Toda Latinoamérica fue recipiendaria de España. Sus instituciones, leyes y hasta las conductas sociales se fueron reproduciendo en nuestras tierras y modelaron la idiosincrasia de los pueblos. Nos cuesta aún tomar distancia de la “madre patria”, costumbre que se observa en las repeticiones de leyes que allí se dan y que nuestros legisladores por aquí promueven como una forma de modernizar instituciones que ya no tienen el mismo sesgo de identidad.

Esto sucedió con el derecho procesal. En efecto, la ciencia procesal tardó en llegar a las universidades, porque tanto en los orígenes como en la evolución del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, se reiteraban los estudios sobre el procedimiento civil.

Obsérvese que la Universidad de Buenos Aires comenzó su historia como Academia de Jurisprudencia y en 1874 se nacionaliza, teniendo entre sus principales escuelas, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Recién por aquellos tiempos se comenzó a estudiar la ciencia del proceso.

Manuel Antonio de Castro, con su *Prontuario de Práctica Forense* fue pieza vital para la consulta. La obra se publica en 1834 con notas y comentarios de Vélez

¹⁸ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 136.

Sársfield; habían pasado dos años de la muerte del autor. También *Miguel Estévez Sagúí* publica en 1850 el *Tratado elemental de los procedimientos judiciales en el Foro de Buenos Aires*, hasta llegar a Salvador de la Colina que trasciende con su *Derecho y Legislación procesal* (con dos ediciones; en 1909 y 1915).

Este es un período de organización institucional del país. Se dictan leyes y reglamentos para la justicia nacional y cada provincia del Estado federal promulga sus propios códigos de procedimientos. En virtud de esta característica, resultan las obras de *Alberto J. Parodi* comentando en 1912 el Código de la provincia de Santa Fe, y la más conocida de *Mariano J. Calvento* explicando la jurisprudencia aplicada al código capitalino (1909).

Hasta aquí no hay ciencia pura, sino procedimentalismo. En 1919 aparece *Tomás Jofré* publicando su *Manual de procedimiento civil y penal*. Esta es una obra diferente, traía las ideas de Chiovenda.

Es cierto que Jofré no hace teoría general del proceso ni lo quiere realizar. Él interpreta y aplica en su tiempo y circunstancia las teorías particulares de la época, pero no lo hace en forma condescendiente porque, a diferencia de sus pares de época, era un jurista informado (uno de los primeros suscriptores en Argentina de la *Rivista di diritto processuale civile*, editada por Chiovenda y Carnelutti), crítico de la corriente francesa que leía con suficiencia y denuedo, y auténtico propulsor de las ideas italianas que por entonces comenzaban a fulgurar. No obstante, no fue hombre acostumbrado al disenso, todo lo contrario, cuando podía darse lo soslayaba.

Por eso ha dicho Sentís Melendo que [...]

“El derecho procesal argentino no tiene explicación sin Jofré. Mediante él, la línea que va desde Manuel Antonio de Castro a las figuras de hoy (escribe esto en 1957), no se quiebra; y su mérito consiste, aunque pueda parecer una incongruencia, en representar aquí el papel de Mortara utilizando elementos de Chiovenda; esto es, el importar las teorías y las concepciones de Chiovenda con una mentalidad mortariana”¹⁹.

Coincidente en el tiempo, aunque anterior, se encuentra Máximo Castro. Si bien no es plenamente un “procesalista”, desde que en sus obras se advierte la influencia del procedimentalismo, recrea y considera la necesidad de cambios sustanciales, los que proyecta y propone en su *Curso de procedimientos civiles* (dos ediciones; 1926 y 1931)²⁰.

Jofré y Castro eran profesores titulares en la Universidad de Buenos Aires, siendo secundados por *Hugo Alsina* y *David Lascano*, respectivamente. De temperamentos distintos, ambos catedráticos debatieron por años sobre la disciplina que enseñaban, teniendo puntos diversos para apreciar la ciencia, aunque Castro terminó reconociendo las bondades de la doctrina de Chiovenda.

A partir de entonces y hasta el lanzamiento del tratado de Alsina en 1941 se conocen actividades de varios procesalistas que asumen la conducción nacional de la escuela publicista. La Revista de Derecho Procesal dirigida por Hugo Alsina con la

¹⁹ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 20.

²⁰ Según DÍAZ, Clemente esta edición que denomina “cursos” es una versión taquigráfica de sus lecciones, que manos inexpertas contaminaron hasta desfigurar y desnaturalizar las ideas de ese expositor, claro, ordenado y metódico que fue Castro (*Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 131).

secretaría de *Santiago Sentís Melendo* (que llega a la Argentina en 1941) permite conocer otros grandes cultores de la ciencia. Arriban así a conocimiento de nuestros juristas, las obras de Carnelutti, Calamandrei, Redenti, y tantos más que se reproducen en la revista y en libros.

En la década que corre desde 1930 a 1940, surgen David Lascano, José Ramiro Podetti, oriundo de la provincia de Mendoza, y se consolida Hugo Alsina como principal referente.

Lascano continuó la cátedra en la Universidad de Buenos Aires, y como tenía vocación de maestro, comparte su apego a la enseñanza con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (desde 1923 a 1946), dando inicios a la Escuela de Derecho Procesal que consagrara Mercader y proyectara internacionalmente *Augusto Mario Morello* en la década del ochenta.

Por el mismo sendero transitaba *José Ramiro Podetti*, que entre 1936 y 1938 había dado forma al Código Procesal Civil de la provincia de Mendoza, dando cuenta del asentamiento en Argentina de la escuela publicista de derecho procesal.

En 1942 se edita la *Teoría y técnica del proceso civil*, que refleja ordenadamente la famosa monografía de Podetti sobre la *trilogía estructural del derecho procesal*, después continuada con su *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, del que sucesivamente se publicaron: *Tratado de la tercera*, *Tratado del proceso laboral*, *Tratado de las ejecuciones*, *Tratado de la Competencia*, *Tratado de las medidas cautelares* y finalmente, *el Tratado de los actos procesales*. Obras que Víctor Guerrero Leconte actualizó desde el año 1968 hasta su fallecimiento en el año 2004.

Pero es *Hugo Alsina* el más respetado, no solo por haber alcanzado la titularidad de la cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, sino también, por el conocimiento que había recibido de la obra de los procesalistas italianos y españoles, gracias a la tarea de Jofré.

En 1941, época por demás ingrata para mantenerse informado (la guerra en Europa dificultaba la comunicación y la llegada de bibliografía), Alsina produce el primer tratado orgánico de derecho procesal que irradia la llama del publicismo. En la obra, la doctrina italiana es de cita recurrente, lo que daba a entender el conocimiento profundo del pensamiento y su natural influencia en el autor.

Recordemos que en 1939 se había celebrado en la ciudad de Córdoba, el “I Congreso Nacional de Ciencias Procesales”, donde *Hugo Alsina*, *Máximo Castro* y *Abraham Bartolini Ferro* habían sido vicepresidentes del certamen. Allí dio el discurso inaugural y dejó en claro la necesidad de abandonar el rol de cenicienta del derecho procesal para asumir de una vez y para siempre, la autonomía científica.

De la presentación quedó claramente expuesta la ansiedad por avanzar con un lenguaje propio que abandonara el recurrente estudio de los procedimientos. Y ello se logró en el desarrollo del evento, donde lucieron *David Lascano*, *Henoch Aguiar*, *José C. Miguens*, *Eduardo B. Carlos*²¹, *Ángel H. Cabral*, *José Cevallos Cristóbal*, *Manuel Ibáñez Frocham*, entre varios más.

Desde estas jornadas científicas en adelante, se produce una explosión

²¹ De este autor trasciende, años más tarde, su *Introducción al estudio del derecho procesal* (1959) que fue escrito cuando el autor había perdido la vista, de manera que la investigación y materiales de consulta le eran leídos por su hija, que era a quien Carlos le dictaba notas y el texto que después se publicó.

bibliográfica en América. En nuestro país destacamos a *Alsina* con su *Tratado*, a *Podetti* con su *Teoría General*, y a *Lascano* con *Jurisdicción y competencia*.

Estas fueron obras generales, pero también lucieron numerosas monografías de *Eduardo B. Carlos*, *Carlos J. Colombo* (*La negligencia en la producción de las pruebas*, de 1942), *Ibáñez Frocham* (*Los recursos en el proceso civil*, de 1943), *Mercader* (*La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, de 1944), *Malaver* (*Acción de jactancia y acción declarativa*, de 1944), *Carnelli*, que siendo uruguayo era muy conocido en Argentina (*El hecho notoriom* de 1944, jamás superada)²².

Tampoco puede eludirse la mención del más grande de los procesalistas americanos de entonces (y hasta hoy), cuya figura alcanzó una trascendencia acorde con su propia elaboración jurídica. Nos referimos a *Eduardo José Couture*, que en 1942 daba a conocer la primera edición de sus *Fundamentos de derecho procesal civil*.

Tiempo después, en 1948, se celebrará el “II Congreso Nacional de Ciencias Procesales” (Salta, 12 al 19 de septiembre), siendo *Alsina* presidente de las jornadas, actuando como vicepresidentes *Ricardo Reimundín*, *Alfredo Vélez Mariconde* y *Manuel Ibáñez Frocham*. El invitado especial y presidente honorario fue *Francesco Carnelutti*.

La presencia del gran jurista italiano fue vital y arrolladora para consolidar la autonomía académica del derecho procesal. Si traemos desde el recuerdo los temas tratados entonces, no deja de sorprender que hoy día se lean en los titulares de los diarios de mayor circulación del país los mismos problemas que en aquel entonces se pretendía resolver (v.gr.: conveniencia de modificar la Constitución para uniformar la legislación procesal; establecer la casación en todo el país; federalizar la justicia de trabajo; uniformar los códigos procesales en lo civil y comercial; dar bases armónicas para los códigos procesales penales; etc.).

En el recuerdo de nuestros juristas, *Santiago Sentís Melendo* no puede pasar inadvertido en Latinoamérica. Desde que llegó en 1941, trajo la obra de los procesalistas italianos más conocidos, la tradujo y la publicó en la revista de *Alsina* (como él daba en llamarla). También se convirtió en editor y con su famosa *Ejea* (Ediciones Jurídicas Europa América) permitió leer la literatura procesal europea, ampliando notablemente la iluminación sobre el derecho procesal, de manera que nuestros cultores abrevaron directamente en esas fuentes.

Además, había estudiado al lado de *Calamandrei*, y al llegar a nuestro país compartió con *Hugo Alsina* mucho más que la dirección de una revista especializada.

La obra literaria que se sucede divide claramente las especialidades. Los cultores del derecho procesal civil no incursionan en el derecho procesal penal. Apenas lo hacen para ocupar aspectos tangenciales o puntuales, pero sin mayores afanes.

Por eso, quienes se dedican al procesal penal forman alumno y los disciplinan, como sucede con la escuela de *Vélez Mariconde* y su sucesor, *Clariá Olmedo*, en la provincia de Córdoba; también *Bartoloni Ferro* en la provincia de Santa Fe, donde se desempeña como profesor titular de derecho procesal penal en la Universidad Nacional del Litoral, acompañado allí por *Eduardo B. Carlos* y *Carmelo Piedrabuena*. *Mario Oderigo* está en Buenos Aires y tiempo después planificará una teoría general del proceso desde los primeros capítulos de su derecho procesal penal.

²² Es conveniente ver la reseña que hace SENTÍS MELENDO en la *Revista de derecho procesal*, año I, segunda parte, 1943, p. 97 y ss. Cfr. también, *El proceso civil*, op. cit., p. 24.

Son tiempos que destacan en el derecho procesal civil a *Ricardo Reimundín* en Salta y Tucumán; *Guillermo Snopek* en Jujuy; *Antonio Castiglioni* en Tucumán; *Benchetrit Medina* en Santiago del Estero; *Ibáñez Frocham* y *Mercader* en La Plata, entre otros.

21. ¿Cómo evolucionó el derecho procesal en las cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires?

La evolución de la ciencia se consolida en las universidades nacionales del país, y particularizando la historia en la de Buenos Aires, la trayectoria del procesalismo continúa con una secuencia de titulares en derecho procesal civil que se reflejan en el siguiente cuadro histórico²³.

1920/1930	<u>Tomás Jofré</u>	<u>Máximo Castro (1916/1930)</u>
1931/1949	<u>Hugo Alsina</u>	<u>David Lascano</u>
1950/1960	<u>Carlos Colombo</u> <u>José Sartorio</u>	<u>Carlos Ayarragaray</u>
1961/1970	<u>Clemente Díaz</u> <u>Julio Esclapez</u> <u>Lino E. Palacio</u> <u>Leonardo Areal</u>	
1971/1980	<u>Fernando De la Rúa</u> <u>Carlos Fenochietto</u> <u>Carlos Molina</u> <u>Portela</u> <u>Cesar D. Yáñez</u>	
1981/1990	<u>Isidoro Eisner</u> <u>Enrique M. Falcón</u>	<u>Roland Arazi</u>
1993	<u>Adolfo Alvarado Velloso</u> <u>Adolfo Armando</u>	<u>Rivas Alfredo J. Di Iorio</u>
1997/2005/2012/continúan	<u>Osvaldo A. Gozáni</u>	<u>Jorge L. Kielmanovich</u>

Cabe acotar que no es una evolución precisa, porque se indica solamente la década cuando comienza la cátedra, proyectándose alguna de ellas (v.gr.: Colombo, Palacio, De la Rúa, entre otros) en años sucesivos cuando se concursan o renuevan los cargos. Por ejemplo, *Lino Palacio* es considerado profesor regular (por concurso, recién desde 1986)

Además, es una simplificación por períodos de la evolución de profesores titulares que tuvo la Universidad de Buenos Aires, pero como en ella no se menciona a quienes fueron profesores del proceso penal (que en los planes de estudio originario incluía la Teoría General del Proceso) cabe agregar a *Ricardo Levene (h.)*, *Oscar E. Serantes Peña*, *Carlos Aranda Lavarello*, *Víctor Guerrero Leconte*, *Mariano Cúneo Libarona*, *Francisco D'Albora*, *Julio Maier* y *Julio J. Martínez Vivot* (en orden cronológico).

El maestro de mi generación, y de las que siguieron, seguramente ha sido *Lino Enrique Palacio*, que a través de su *Derecho Procesal Civil*, y particularmente del *Manual de Derecho Procesal Civil*, ha estado en manos de cuanto alumno de la disciplina ha estudiado en cualquier universidad nacional.

Lino Palacio cultivó un estilo inigualable. Particularmente claro y certero, fue igualmente preciso en sus clases y conferencias. De él, siempre podía esperarse claridad y síntesis, no necesitó de mucho tiempo para lucir todo el esplendor de su ciencia.

²³ El plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires, tuvo una reforma sustancial que eliminó la clásica división entre Derecho Procesal I (Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Penal) y Derecho Procesal II (Derecho Procesal Civil y Comercial). En la síntesis nos referimos solamente a la evolución de esta última asignatura.

22. ¿Cómo evolucionó el derecho procesal en las provincias argentinas?

También nuestro país llevó al mundo la figura de científicos que trascendieron el espacio vital de sus provincias.

El recorrido del tiempo nos transporta desde la presencia oronda de *Luis Bautista Monti*, en Corrientes, que continuó la obra comenzada en la Universidad nacional del Nordeste por Santiago Sentís Melendo; acompañado durante un brevísimo espacio de tiempo por Oscar García (fallecido apenas se puso en funciones en la Universidad); después continuado en esa Casa de Altos Estudios por *Cecilia Mayo de Ingaramo*, *Gladis Estigarribia de Midón* y *Rita Mill de Pereyra*.

También se ha destacado *José Virgilio Acosta*, sin actividad en la universidad nacional, aunque sí lo hizo en establecimientos educativos de gestión privada. Sus obras *El proceso de revocación cautelar* y *Negligencia probatoria*, entre otros, han sido fuentes de consulta ineludible.

Siguen hoy los pasos de Gladis Estigarribia de Midón, en materia civil, su hijo *Marcelo S. Midón*, *Fernando Heñín*, y otros de menor relieve que han seguido a sus maestros.

En Tucumán, después de Castiglioni llegó *Eduardo Lucio Vallejo*, y tras ellos, con un concepto más generoso de participación y desarrollo intelectual, aparecen *Marcelo Bourguignon*, el siempre recordado “pelado” *Arturo Mendilaharsu*, y sus discípulos *Luis R. Madozzo*, *Juan Carlos Peral*, *Claudia Sbdar*, *Juana Inés Hael de Mauvecín*, *Horacio R. Castellanos*, *Miguel E. Marcotullio*, entre muchos más.

En Salta y Jujuy, las figuras de *Reimundín* y *Snopek*, respectivamente, marcaron un rumbo que actualmente sigue el estudioso *Roberto Loutayf Ranea*.

Buena parte del Norte argentino fue influido notoriamente por la Universidad Nacional de Tucumán, de manera que provincias como Catamarca, Jujuy y Santiago del Estero tuvieron como protagonistas a los antes señalados.

La zona cuyana fue desarrollada por Podetti, de quien ya hemos hablado. Hoy se destacan *Efraín Quevedo Mendoza* y *Enrique A. Sosa Arditi*, y en el terreno de lo procesal constitucional *Víctor Bazán*.

Córdoba y su área de influencia (La Rioja, especialmente) fue generadora de una escuela propia que descolló en lo procesal penal. Mencionamos anteriormente el significado de *Alfredo Vélez Mariconde* y *Jorge Claria Olmedo*, a quienes siguen sus pasos, *José Cafferata Nores*, *Jorge De la Rúa*, *Víctor Vélez*, entre muchos que se destacan por su intensa labor académica y legislativa.

En lo procesal civil, fue fecunda la tarea de *Mariano Arbonés*; la lógica de *Jorge H. Zinny*, la reflexión de *Rosa Avila Paz de Robledo*, y la original aplicación de *Angelina Ferreyra de De la Rúa* y su fiel seguidora *Cristina González de la Vega*. También se destaca *Emilio Albarenga*, pero esta provincia recrea permanentemente innovaciones y juristas, de manera que es injusto mencionar solo a estos, lo cual se perdona por ser únicamente enunciativo.

Santiago del Estero es otra provincia influida por Córdoba y Tucumán, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que tras las huellas de *Jorge Benchetrit Medina* surgiera *Rubén Peralta Galván*, y en sus albores de joven residente devenida en santiagueña (hoy radicada en Capital Federal) *Angela E. Ledesma*.

Santa Fe tuvo muchos valuarques. Desde *Miguel Ángel Rosas Lichtschein*, *Ángel*

Fermín Garrote, José M. Puccio, y sus discípulos, llegaron a injerir en Paraná (Entre Ríos); *Jorge Vázquez Rossi*, en el campo del proceso penal es un pilar de la ciencia. Pero en la ciudad de Rosario el derecho procesal parece contar con una fuente renovada de creación de alto vuelo intelectual. Polémica en sí misma, la localidad gusta de mostrarse grandiosa y ambivalente, desde sus monumentos hasta los ilustres juristas que la componen.

Adolfo Alvarado Velloso, de alguna manera el creador de la corriente que instala en el debate el *derecho procesal garantista*, es un clarísimo exponente del lujo oratorio y la simplificación dogmática. Sus ideas, siempre llevan el adorno y la ironía, el esplendor y el despojo, en definitiva, se toma o se deja; así de contundente es la presentación. Hombre fino de cultura sin igual, cautivante y gran amigo, ha sido —lo es— un metódico representante de las ideas de Humberto Briseño Sierra (México). Tiene seguidores fieles, con luz propia, como *Omar A. Benabentos* en el proceso civil (aunque desarrolla su tesis doctoral propiciando una Teoría Unitaria para el derecho procesal), y *Héctor Superti*, en el proceso penal.

Con ellos se suman *Andrea Meroi, Gustavo Calvino, Víctor Corvalán, Daniel Cuenca, Ramón T. Ríos*, y varios más, que no son de su provincia, pero que se disciplinan tras él en forma rigurosa, por ejemplo, el actual presidente de la casación penal bonaerense, *Federico Guillermo José Domínguez*.

En la provincia de Buenos Aires, muchas regiones en un mismo Estado, las universidades y los colegios profesionales con sus institutos, elaboran y presentan destacados devotos de la ciencia.

La ciudad de La Plata es un faro permanente desde el cual la ciencia se orienta. Allí se consolidó la “Escuela” que con Augusto Mario Morello alcanzó un esplendor previsible²⁴.

Generoso como pocos, le dio un tinte diferente al derecho procesal. Seguramente la obra más profunda y disciplinada de los ordenamientos procesales es el colosal *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación* (en dos ediciones de varios volúmenes) escrito con *Gualberto Lucas Sosa* y *Roberto Omar Berizonce*²⁵, que constituye el oráculo donde abrevamos todos los

²⁴ Ha dicho el maestro: “Muchos amigos siempre dijeron presente, pero los puntales que me acompañaron en esta trayectoria fueron los Dres. Roberto Omar Berizonce y Juan Carlos Hitters. Con ellos hicimos una tríada que nunca empañó un desaire, o malos entendidos. Consustanciados en los propósitos y metas a alcanzar, en el vuelo de una empresa cargada de dificultades y a largo plazo cedieron horas y entusiasmos a la Fundación (Jus, para la investigación de las ciencias jurídicas), al Instituto de Derecho Procesal de la facultad oficial, al Colegio de Abogados de La Plata, al de la provincia y a la Universidad Notarial.

“A nuestro alrededor se fue nucleando una constelación de estudios e inquietos cultores del derecho procesal y procesal constitucional (pero no solo de esas disciplinas) que movilizan sus energías en tales preferencias. Hijos, nietos y biznietos jurídicos, en incesante expansión, poblaron cada uno de esos ámbitos y recrearon las ilusiones y utopías de origen.

“¡Cuántos los del comienzo y los que se fueron sumando!: Gualberto Lucas Sosa, Epifanio J.L. Condorelli, Manuel Ponz, Manuel Rosario Díaz, Rodolfo Sandmeyer, Carlos Nogueira, Oscar Martínez, Eduardo De Lázzari, Eduardo Oteiza, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Toribio Sosa, María Silvia Morello de Ramírez, Patricia Bermejo, Carlos Vallefn, Alberto Dalla Vía, Guillermo Tempesta, Diego Duprat, Marcelo Oviedo, Eduardo y Enrique Bonatto; jamás se sustrajeron a los *deberes...*”.

²⁵ La primera edición contó como coautor a PASSI LANZA, Miguel Ángel, luego fallecido. Y en las últimas ediciones se sumaron KAMINKER, Mario E., TESSONE, Alberto J., y las colaboraciones de MASCOTRA, Mario, QUEVEDO MENDOZA, Efraín y LOUTAYF RANEA, Roberto G.

abogados del país.

Con Morello hay evolución y renovación permanente. Con poco más de treinta años fue Ministro de la Suprema Corte de Justicia bonaerense y desde esa época comienza sus trabajos para la reforma procesal. También generó en la política de gestión un cambio fundamental para las instituciones. En la década del ochenta trajo a la Argentina a Mauro Cappelletti para que participara en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1981), provocando esa presencia una innovación temática que inicia un tiempo nuevo en el derecho procesal.

En la Universidad de La Plata, donde fue profesor emérito, integró la cátedra de Mercader, junto a *Santiago Sentís Melendo* y *Lino E. Palacio*. Como abogado (hiperactivo entre La Plata y Capital Federal) fue siempre un hombre de consulta y de confianza. El interior de la Argentina lo concibe como “su abogado” ante la Corte nacional.

Desde Mar del Plata, y toda la costa atlántica hasta Bahía Blanca, se forma una corriente procesalista que se destaca por la investigación y la aplicación metódica y precisa. Jamás habrá en ellos una aventurada opinión, antes se ha meditado, discutido y recién después, se dará a conocer.

Es el estilo de un grupo que lidera *Juan Antonio Costantino*, con continuadores en *Ramiro Rosales Cuello*, *José F. Del Cerro*, el destacadísimo *Eduardo Pablo Jiménez* en el campo del derecho procesal constitucional y *Fabián Luis Riquert*. Precursores de ellos, además de orientadores y guías fueron *Ernesto J. Larrain*, *Julio Almada* y *Jorge Orlando Ramírez*.

CAPÍTULO III

ACCIÓN

23. ¿Cuál es el problema que pretende resolver la doctrina?

El término en análisis contiene diversas acepciones que se apartan del vocablo original del cual proviene (latín: *actio* y este de *agere*: actuar), por eso confunde al investigador y produce la dispersión de conceptos según el ángulo que focalice el estudioso.

Al derecho procesal le importa la acción como actividad de las partes y, más concretamente, de quien formula el reclamo al órgano jurisdiccional.

Si en sus orígenes el hombre no necesitaba de la justicia dado que primaba la violencia, en todos sus aspectos, como respuesta y composición a los disturbios entre ellos, aún en épocas de aplicación del Código de Hammurabi y la Ley del Talión, primeros hitos legales de limitación y proporcionalidad en el uso de la fuerza; con la sociedad organizada, el Estado (a la postre, reconocido como entidad y/o persona jurídica distinta de los sujetos individuales que lo integran) cobra una importancia singular, trascendente. Se apropia de esa posibilidad de autotutela y, en consecuencia, legitima y monopoliza el uso de la fuerza bajo su propia y exclusiva órbita de competencia, en instituciones legalmente establecidas.

Nace la jurisdicción, entonces, como un mecanismo sustitutivo de la voluntad de los particulares, siendo así un poder independiente al que se le debe respeto y sumisión, pero obligado al mismo tiempo a resolver, conforme a derecho, con justicia y equidad los conflictos de intereses que suceden en esa comunidad organizada.

No obstante ello, cabe destacar que, acompañando a dichos sistemas de heterocomposición, la ciencia procesal actual aún continúa reconociendo, a modo de resabio histórico y social, muy excepcionalmente y ante determinadas circunstancias (vgr. tipificación de ciertas figuras penales, derecho de retención del artículo 3939, CC o art. 2587 y ss. del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y art. 1718 y ss. del mismo cuerpo legal, etc.) la admisión del ejercicio de autotutela por parte de los individuos ante la gravedad y fragante necesidad de defender sus derechos fundamentales; como así también ha incorporado alternativas de autocomposición, plasmadas en los métodos alternativos de resolución de los conflictos (mediación, conciliación-Ley 26589 y su Decreto reglamentario 1467/2011; art. 360 inc. 1° CPCCN) a través de los cuales los requirentes logran arribar a un acuerdo sobre los intereses en pugna, de modo conveniente para ambos y coadyuvados por la figura de un tercero imparcial (mediador y/o conciliador) que permite una mayor y mejor intercomunicación y/u ofrece diversas opciones resolutivas, mas cediendo a manos de los interesados la conclusión concreta y definitiva de la contienda.

El proceso civil germina sobre esta idea: todo proceso se inicia a solicitud e instancia de parte.

El interrogante que plantea el derecho procesal es, si ese reclamo puede hacerse únicamente por quien tiene un perjuicio directo, es decir, por quien resulta directamente afectado por la cuestión que motiva la demanda judicial; o, en su caso, si la actividad de

petición puede desvincularse de ese derecho y fundarse en uno propio, diferente o proyectado desde el derecho sustancial.

La cuestión trasciende a la ciencia del proceso, insertándose en otras disciplinas como el derecho constitucional, el derecho político, el derecho procesal constitucional e interesa sobremanera a la teoría general del derecho.

En suma, el problema que presentan las teorías sobre la acción consiste en demostrar que una cosa es el derecho que tiene toda persona de ocurrir ante los tribunales para hacer oír sus pretensiones, y que es muy distinto, o al menos de registro diferente, el derecho que fundamenta la causa de pedir.

24. ¿Qué dice la teoría clásica?

Precisamente, partiendo del análisis de la concepción monista propia del Derecho Romano, de acuerdo a la definición de Celso “La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe” (Digesto - Libro XLIV - Título VII - Ley 51) y sobre la base que trae el derecho privado tiene origen la denominada doctrina civilista de la acción.

El concepto arraigadamente privatístico que se asigna al proceso tiene como fundamento la equivalencia absoluta entre el derecho y la acción; es decir, no existe derecho sin acción ni acción sin derecho, como así también la naturaleza jurídica misma del derecho vulnerado será la que habrá de determinar la clase de acción pertinente orientada a su defensa.

No se distingue entre ambas nociones, sencillamente porque sostienen que la acción no es otra cosa que el derecho mismo deducido judicialmente y la vía de ejercicio de un derecho subjetivo.

Para este sector, aquel que se dirige a un juez reclamando algo, solo puede hacerlo si es directamente afectado, y tiene un interés actual y concreto. Esto, claro está, supone que sea el dueño absoluto y exclusivo del derecho que alega y titular de dicha acción de reclamo.

Aún en la actualidad se conservan algunos ejemplos regulados, a consecuencia de la técnica legislativa, en los cuales pareciera asimilarse a la acción dicho concepto (aunque refieran a pretensiones), a saber, por ejemplo: acciones reales y posesorias (arts. 2468 a 2505 CC o 2238 a 2246 Código Civil y Comercial en concordancia con los arts. 607 y ss. CPCCN), la acción de petición de herencia pautada en los arts. 3410 CC o los Títulos XIII y IV del Código Civil y Comercial de la Nación respectivamente y la novedosa y avanzada inclusión de la acción preventiva o de tutela preventiva o inhibitoria, para cuyo ejercicio resulta suficiente acreditar la posibilidad cierta y concreta de ocasionar un daño inminente (arts. 1710 a 1715 Código Civil y Comercial); entre otros supuestos.

Savigny fue el primero que intentó modificar esta lectura, otorgándole al derecho una función de garantía, conceptualizando a la acción como un derecho en estado de defensa. Si el derecho era violado, se ponía en movimiento la acción. De aquí su elocuente expresión por la que ve en ella “el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su lesión”, gráficamente era “el derecho en estado de defensa,

pertrechado para la guerra que vivir en el proceso no como un derecho autónomo sino como un momento más en la vida del derecho”²⁶.

25. ¿Cuándo comienza la autonomía de la acción?

En 1856 comienza la separación entre los conceptos y la conformación de la teoría publicista (dualista), creando el concepto de *quiexa (klage)*. Por entonces Windscheid, pandectista alemán, publica en Düsseldorf su libro *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno*, sosteniendo que cuando los romanos ejercían el derecho de acción procurando de este modo la tutela jurídica, no identificaban el derecho vulnerado con el acto cumplido; en realidad, dirigían una pretensión contra el adversario, que se transformaba en acción al hacerla valer en juicio. Esta pretensión (*anspruch*) podía reconocerse por el Estado a través de la sentencia correspondiente, o por el mismo particular que decidiera autocomponer el conflicto. Por eso la acción no era otra cosa que la pretensión jurídica deducida en el proceso.

Por vez primera, se mencionaba una voz diferente en la presentación del interrogante. Aparece la “pretensión”, como algo diferente a la acción y como típico acto de un derecho nuevo aún sin perfilar.

La posición mereció la crítica de Muther, quien en 1857 edita en Erlangen (Baviera) *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*, argumentando que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica, y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable, y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. La acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionada por el derecho subjetivo es independiente de este y su regulación corresponde al derecho público.

Con esta concepción se genera la famosa polémica que da origen a la autonomía de la acción.

Desde entonces, no se discutirá más sobre la relación entre derecho civil y acción procesal. En adelante, los autores se encargarán de observar la naturaleza jurídica de la acción.

26. ¿Qué dicen las teorías modernas?

En 1878, Degenkolb pretende demostrar que la acción no es el derecho, ni lo supone, simplemente es la afirmación de su existencia. De este modo, la expectativa de obtener una sentencia favorable es absolutamente contingente; tanto ejerce la acción quien resulta triunfador en el proceso como quien lo pierde y aunque la demanda carezca de fundamento, el juez no puede omitir su consideración al menos a fin de proceder a desestimarla.

Por ello, a esta posición se la llama de *derecho abstracto*, porque le corresponde a cualquiera, tenga o no razón, siendo posible pensar en una demanda infundada. Así las cosas, la acción sería el potestad de carácter jurídico que revista *toda* persona de reclamar la satisfacción de una pretensión al órgano jurisdiccional.

²⁶ DE SAVIGNY, Federico C., *Sistema de derecho romano actual*, MESÍA Y POLEY trad., tomo I, Góngora, Madrid, p. 293 y ss.

En síntesis, la acción sería una facultad que, de instaurarse, se plantea contra el Estado y contra la otra parte, siendo suficiente para ello creerse asistido de razón.

La teoría abstracta de la acción significó la consagración publicística de la ciencia procesal. El proceso encuentra su fundamento a partir de la iniciativa particular, y es el interés el que va a determinar la naturaleza jurídica. Años después, esta posición se relacionará con el derecho constitucional, cuando el derecho de acción resulta explicado como un derecho de petición a las autoridades.

La teoría anterior estableció una tajante diferencia entre el derecho y la acción, lo que obligó a un ajuste de conceptos más conciliables con la realidad. No era tan cierta la afirmación de que cualquiera, con o sin razón, tenía derecho al proceso. En los hechos, quien a él acudía creía estar en posesión del derecho subjetivo que le era afectado.

Bien dice Ramos Méndez: “el litigante no presta atención a su derecho de acudir a los tribunales de justicia. Lo que verdaderamente interesa al particular es obtener un fallo judicial a su favor y para el caso incoa el proceso”²⁷ .

Partiendo de esta constatación de la realidad, en 1885 Adolf Wach sostiene el carácter *concreto* de la acción. A partir de esta óptica, la acción no resulta equiparada al derecho, sobre todo si se asevera que no existe acción sin derecho. Por lo tanto, solo son sus titulares —y les compete su ejercicio— quienes se encuentren asistidos de razón y consigan el dictado de una sentencia favorable.

27. ¿Cuál es la posición de Chiovenda?

En 1903, Chiovenda expone su famosa prolucción sobre la acción en el sistema de derechos, en oportunidad de hacerse cargo de su cátedra en la Universidad de Bolonia (Italia).

Vuelve el insigne maestro a colocarse en el punto de partida para demostrar que toda acción se ejercita cuando el derecho ha sido menoscabado, determinando así la diferencia entre el derecho de acción y el derecho sustancial.

En efecto [...]

“Las normas jurídicas tienden a actuarse. La coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de que para tener un derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de que aquel tiende a actuarse mediante todas las fuerzas que de hecho se encuentran a su disposición. Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la ley, dicese cumplir la ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutables por el obligado, ni todas esas normas tienen una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una condición: de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene acción”²⁸ .

²⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 66.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 68 y ss.

Por esto, para Chiovenda, “la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley”²⁹.

Este carácter potestativo, que le atribuye y que no implica obligación ni coacción alguna, le corresponde contra el adversario sin que este pueda hacer algo para evitarlo, es decir, se sujeta a la acción, pues esta desaparece con su ejercicio, la cual se lleva a cabo frente al Estado que deberá, en el desarrollo de sus funciones esenciales, arbitrar todos los medios necesarios para su cumplimiento.

Ello determina que tenga naturaleza pública o privada, según lo sea la norma cuya actuación produce; por eso “la acción es un bien y un derecho autónomo”³⁰.

Con la teoría de los derechos potestativos se descarta el carácter público de la acción y se acentúa la condición de obtener sentencia favorable.

28. ¿La acción es de derecho público o privado?

Desde el planteo de Wach, hasta el desenvolvimiento teórico de Chiovenda, fue acentuándose el atributo privado de la acción, fundamentalmente porque se tenía en cuenta la voluntad individual del que ponía en marcha el mecanismo de tutela judicial.

No obstante, la doctrina posterior, a partir, sí, del reflejo provocado por la tesis abstracta, inicia el camino hacia el publicismo.

Carnelutti observó que la acción se dirigía contra el Estado y no contra el demandado. Cuando se incoa la demanda, se produce un efecto inmediato que consiste en la providencia que debe emanar de la jurisdicción; por consiguiente, no sería lícito hablar de sujeción a la ley sino de sometimiento a la jurisdicción.

De este modo, la acción conserva su condición de derecho público y se distingue del derecho subjetivo porque en aquel prevalece el interés en la justa composición del litigio, en tanto en el derecho material prevalece el interés en litigio. En suma, el interés protegido mediante la acción no es el interés en litigio sino el interés en cuanto a la justa composición del litigio³¹.

Más tarde, Guasp y Palacio trasladan la discusión sobre el tópico de la acción al campo de estudio de la pretensión sosteniendo, en cada caso, que la acción se halla constituida por el derecho concedido por el Estado al particular a fin de que formule pretensiones y asimismo como potestad de hacer valer las mismas.

29. ¿Qué significa sostener a la acción dentro de los derechos constitucionales?

La evolución de las teorías sobre la acción son permanente reelaboradas. Con el constitucionalismo se da una revisión de conceptos, basados sobre todo, en la transformación política de los Estados y la conmoción creada por el incesante intervencionismo estatal.

²⁹ *Ibidem*. p. 69.

³⁰ *Ibidem*. p. 69.

³¹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 356.

Fue así que los juristas observaron el papel que hegemonícamente cumplía el juez en el proceso, para desplazar la explicación de la naturaleza de la acción que otrora fuera a partir de las partes, ora se cumplía en la actividad jurisdiccional y en el fin que ello importaba.

“Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el *que es la acción*) —decía Couture— debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción”³².

Por primera vez la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de peticionar a las autoridades contemplado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

En consecuencia, el derecho de acción es un derecho cívico fundamental que viene a impostarse en la parte dogmática de las Constituciones contemporáneas.

En la misma línea, autores como Almagro Nosete y Montero Aroca, en España, Devis Echandía en Colombia, y entre los argentinos, Alsina, Bidart Campos y Di Iorio, han actualizado el criterio para emparentarlo profundamente con el derecho constitucional y hablar sin giro alguno de la existencia de un derecho jurisdiccional.

La síntesis de esta corriente fue expuesta en 1965 por Bidart Campos quien habló del derecho a la jurisdicción, marcando tres tiempos de realización: antes del proceso, como obligación del Estado de suministrar justicia; durante el proceso manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional para considerarlo válido.

Durante este transcurso la explicación del fenómeno parte también de la jurisdicción. El presupuesto necesario es la jurisdicción, y ella tiene que existir para que existan la acción y el proceso; como tiene que haber jurisdicción y acción para que haya proceso³³.

Ahora bien, en términos de analizar las diferencias existentes entre la acción civil y la penal, puede consignarse que las mismas se vislumbran con mayor nitidez sobre el campo de los sujetos intervinientes, las formas de ejercicio (clases de procesos) y el contenido de la pretensión propiamente dicha (de cognición, declarativa de condena, ejecutiva, constitutiva, etc.); mientras que en cuanto a la naturaleza misma del concepto de acción, podría ser entendida como equiparable o asimilable en ambas materias.

Bajo la órbita del derecho procesal constitucional, entendido como ciencia autónoma, la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la instancia jurisdiccional y a la legalidad del trámite del proceso bajo la forma de garantía del debido proceso (*due process of law*) que surge manifiesto del articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en su Capítulo II, *Derechos Civiles y Políticos*, art. 8º inc. 1 sobre Garantías Judiciales, incorporado con raigambre constitucional a nuestro ordenamiento jurídico; se establecen, en consecuencia, como los pilares fundamentales que preservan a los particulares del desamparo procesal,

³² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 71.

³³ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho a la jurisdicción en Argentina*, **El Derecho, tomo 11** p. 969.

procurando que las partes o interesados afectados por la efectiva lesión de sus derechos humanos y/o fundamentales o su eventual amenaza de daño, puedan acceder, con plena libertad y confianza, a exigir la defensa y protección de los mismos por ante la autoridad judicial, mediando asistencia jurídica idónea, dentro del marco de las reglas mínimas de eficacia, imparcialidad e independencia con el objeto de obtener la resolución del conflicto a través de un pronunciamiento motivado y razonable que implique el acabado ejercicio de los deberes y facultades de los jueces en su rol netamente constitucional.

En síntesis, la teoría de la acción desde el análisis que efectúa la concepción constitucional, es observada como el método de acceso a la justicia dentro del cual quedan incorporados los principios del debido proceso, los requisitos y presupuestos de la demanda, la calidad de parte y la asistencia técnica letrada y demás cuestiones que permiten vislumbrar asimismo su apertura de tutela de derechos subjetivos interpartes a la protección también de los nuevos derechos colectivos, difusos o de tercera generación, implicando con ello la extensión de la legitimación de los sujetos que integran las partes en tales casos.

30. ¿Qué opina la cátedra sobre el derecho de acción?

A nuestro entender, la acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional cuya génesis se asienta en un conflicto de neto corte adversarial. Esta, en virtud de ello y conocida la petición en cuestión, emplazará a la contraparte a comparecer, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, de aplicación de las reglas propias del proceso judicial.

Ese acto de pedir informa, al mismo tiempo, una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de optar por la vía del litigio y, con ello, depositar la confianza para que sean los jueces quienes resuelvan el conflicto planteado.

Para obrar en este sentido no se necesita tener razón ni derecho; basta con que el Estado le garantice el acceso irrestricto, libre de formalismos ritualistas excesivos que limiten irrazonablemente la oportunidad de justicia. Si no cuenta con suficientes fundamentos, la sentencia no será favorable.

De este modo, la acción sería también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica y privilegiar la asistencia del principio constitucional *pro actione*, ya sea para resolver conflictos interpartes o bien, a los efectos de requerir la fiscalización de la supremacía constitucional mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y de la legalidad de los actos de gobierno (públicos) o privados.

Además, tiene carácter procesal, porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional.

Por ello, en último término, supone el derecho a la jurisdicción.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de este sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de las partes. Pero además, como vimos, la acción es jurisdiccional: la acción procesal en su juridicidad es petición del juicio y en último extremo exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, este no existe sin la acción.

Cuando se analiza *la acción* nos instalamos en los presupuestos de entrada al proceso. En la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y donde se puede postergar *sine die* la decisión de tener un juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

La expansión del interés en la causa (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado el cuadro de exigencias rituales, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que algunos procesos, como los constitucionales, se debaten aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a los conflictos globales.

Esta característica agrega un elemento más a ponderar porque, cuando el tema de la acción se lo estudia desde el derecho procesal clásico (la teoría general) puede tener respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil si el enfoque se hace desde lo procesal constitucional.

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce en lo procesal constitucional a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al asunto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene quien demanda la actuación jurisdiccional.

En orden a la defensa técnica, la teoría general se conforma con la asistencia letrada de la parte, mientras que en lo constitucional se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto. No hay estrictamente una lucha entre partes, porque la bilateralidad se atenúa con el rol social que tiene el juez o tribunal que se desenvuelve ante una controversia constitucional.

Capítulo IV

LA PRETENSIÓN

31. ¿Por qué las normas se caracterizan por la coerción implícita?

Una de las características que distingue a las normas jurídicas sustanciales es la *coercibilidad*, es decir, la emisión de un deber que tiene que cumplir el destinatario. Se diferencia así de otras “normas” o “reglas” como las de cortesía, etcétera.

Que una norma sea coercible significa que existe la posibilidad de imponer su acatamiento y doblegar la voluntad del renuente. Pero, la realidad práctica advierte que no es suficiente la obra del legislador que sanciona la ley. Hacen falta medios complementarios que justifiquen esa actividad compulsiva.

En tal sentido las reglas de derecho contienen además de una exhortación dirigida a quienes deben observarla, “una amenaza de represión para los que no la observen y una promesa de ayuda para los que obren de conformidad con las mismas”³⁴.

En esto consiste la coerción: en que el cumplimiento de la norma está garantizado por la fuerza del Estado; a él le importa que se ejecute el mandamiento legal, aunque deba serlo contra la voluntad del titular del deber jurídico.

La actividad a que se está haciendo referencia no es otra que la jurisdiccional en sus expresas facultades de *coertio* y/o *executio* y se pone en movimiento en nuestro proceso civil, generalmente, por iniciativa del titular del derecho subjetivo insatisfecho.

Ese primer movimiento constituye un pedido. Hacerse oír ante las autoridades. En otros términos, una petición que reclama aquella promesa de asistencia que implícitamente contienen las normas de derecho.

Lo que se pide es una pretensión, y como tal, se diferencia del derecho de acceder a los jueces. Una cosa es la acción, otra la pretensión.

32. ¿Qué es la pretensión?

La pretensión (*petitium*) no es algo que se tiene (como se posee un derecho) sino algo que se hace. Es una actividad que se relaciona directamente con el contenido volitivo del derecho de acción, con el propósito de petición a la autoridad y que reúne, además, requisitos de admisibilidad, procedencia y fundabilidad.

El estudio de la pretensión, a diferencia de lo que ocurre con el estudio de la acción, se centra, entonces, en el análisis de la actividad de reclamar fundadamente el bien de la vida a que se aspira y que posee amparo legal, con fundamento en el derecho subjetivo insatisfecho.

Según Guasp, el principal expositor de esta teoría, la pretensión debe ubicarse entre la acción y la demanda [...]

“La idea fundamental a este respecto puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones (derecho de acción) el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro

³⁴ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 48.

sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda)...”³⁵.

Los distintos elementos que componen la pretensión normalmente están desarrollados en la demanda. Pero no debemos confundir ambos institutos, ya que esta última, lejos de constituir el objeto del proceso, no es más que un medio de promoverlo³⁶.

Por otra parte, una demanda puede contener más de una pretensión, motivando un caso de acumulación objetiva de pretensiones (cfr. art. 87, CPCCN), o de acumulación subjetiva de pretensiones (cfr. art. 88, de igual ordenamiento); como así también podrían existir pretensiones (infundadas) sin derecho y derechos (inertes) sin pretensión.

33. ¿En qué se diferencia la pretensión material de la procesal?

La pretensión tiene dos aspectos claramente identificables: lo que se pide (pretensión material) y cómo se pide (la pretensión procesal).

Una refiere a los contenidos reclamados por el accionante, y debe relacionar dicha actividad petitoria con el derecho subjetivo que sustenta el reclamo (es decir, con el derecho que da base y fundamento a la demanda).

Según Calamandrei, este requisito de “relación entre el hecho y la norma” consiste en una cierta situación objetiva de coincidencia que debe verificarse en la realidad, entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados como posibles por una norma jurídica³⁷.

La pretensión material o sustancial es, en definitiva, el reclamo que se concreta al sujeto pasivo con quien se tiene una relación jurídica previa y un derecho insatisfecho preexistente, con el objeto que dé cumplimiento a lo prometido y elimine en el proceso la resistencia a hacerlo.

Para que ello ocurra, esto es, para que el juez pueda pronunciarse sobre la justicia del reclamo, es menester incoar y tramitar un proceso contencioso con todas sus etapas. De manera que la pretensión debe expresarse a través de la realización de actos procesales en donde el reclamante cumpla con determinadas cargas.

Este aspecto de la actividad de parte que se lleva a cabo frente al juez, se denomina “pretensión procesal”.

34. ¿Qué elementos componen la pretensión procesal?

Toda pretensión contiene dos elementos esenciales: objeto y fundamento. El primero se relaciona con los contenidos analizados precedentemente. El fundamento, por su parte, se vincula con las razones de hecho y de derecho que porta la voluntad petitoria declarada.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación recoge, a los fines de regular diversos institutos –como el de la litispendencia, la cosa juzgada, la acumulación de

³⁵ GUASP, Jaime, *La pretensión procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 57.

³⁶ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 392.

³⁷ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 182.

pretensiones, etc.–, la típica clasificación tripartita de los elementos de la pretensión procesal, a saber: *a)* sujetos; *b)* objeto; *c)* causa.

Sujetos de la pretensión procesal son ambas partes (actor y demandado) que deberán concurrir con su pertinente representación legal, según el caso y de acuerdo la normativa de fondo y forma vigente, y asistencia letrada obligatoria y el órgano jurisdiccional, que puede ser unipersonal o colegiado. Cabe aclarar que el sujeto de la pretensión es la persona sobre la que recaen los efectos del proceso, y no sus apoderados o representantes necesarios.

El *objeto* de la pretensión consiste en el efecto jurídico que se quiere obtener. Obviamente no es un reclamo heroico, sino el pedido claro y concreto para que se dicte una sentencia favorable.

La *causa* es el fundamento o título en cuya virtud se pretende.

No constituyen “causa” las argumentaciones, sino los presupuestos fácticos a los cuales se les asignan las consecuencias jurídicas.

Cuando de la comparación de dos o más pretensiones se concluye que ellas poseen sus tres elementos iguales, se dirá que son “idénticas”. Esta “triple identidad” es la que de ordinario origina el estado de litispendencia, o la cosa juzgada.

De manera que, quien es requerido judicialmente en un proceso cuyo objeto es una pretensión idéntica a otra, pendiente de decisión o ya resuelta, podrá oponer las excepciones de “litispendencia” o “cosa juzgada”, respectivamente, que autoriza el artículo 347 en sus incisos 4 y 6 respectivamente del CPCCN.

Si de dicho cotejo resulta que las pretensiones están vinculadas por el objeto, o por la causa, o por ambos elementos a la vez, se predicará que las mismas son “conexas”. Esta cualidad podrá tener relevancia en orden a las cuestiones de la acumulación de pretensiones (arts. 87 y 88 CPCCN) y de la acumulación de procesos (arts. 188 y siguientes CPCCN).

Si ninguno de sus elementos es común, las pretensiones serán extrañas entre sí y no originará esta circunstancia ninguna consecuencia procesal.

35. ¿Qué es una demanda?

Se denomina demanda al acto procesal por el que se ejercita el derecho de acción y de peticionar a las autoridades, procurando la iniciación de un proceso judicial.

Habitualmente, es la primera actividad que se realiza para motivar la formación de un juicio y el nacimiento de la instancia. Sin embargo es preciso trazar diferencias entre ambos conceptos. Porque la instancia no supone, necesariamente, la vida del proceso; en cambio éste, lógicamente se compone de instancias.

La instancia puede generarse con diligencias preliminares, pruebas anticipadas o medidas precautorias, pero ninguna de ellas determina de suyo el nacimiento del proceso.

A través de la demanda no solo se inicia habitualmente el proceso, sino también se delimita el *thema decidendum*. En la demanda se formula una pretensión que determina el contenido de la decisión judicial a dictarse. Si el juez sentencia sobre una cuestión diversa o diferente a la propuesta (*extra petita, ultra petita, citra petita*), el decisorio contendrá el vicio de incongruencia; conforme así reza el artículo 163, inciso

6° del CPCCN: “La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener...la decisión expresa positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio...”.

36. ¿Qué diferencia hay entre demanda y pretensión?

La demanda es una actividad, un instrumento o acto de petición tendiente a lograr la iniciación del proceso y ejercitar el poder de accionar (lograr el pronunciamiento judicial en el caso particular mediando la aplicación del derecho vigente); la pretensión, procura satisfacer una voluntad específica mediante la obtención de una sentencia favorable.

Ahora bien, habitualmente, en los ordenamientos procesales se exige, como requisito formal de la demanda que esta determine claramente los distintos elementos que conforman la pretensión.

Así en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 330 y a través de sus distintos incisos, se exige a quien propone la demanda, que determine los sujetos de la pretensión (inciso 1° y 2° “el nombre y domicilio del demandante”, “el nombre y domicilio del demandado”); el objeto mediato (inciso 3° “la cosa demandada, designándola con toda exactitud”); el objeto inmediato (inciso 6° “la petición en términos claros y positivos”) y por último, la causa, que debe resultar del cumplimiento del inciso 4° (“los hechos en que se funde, explicados claramente”).

Pero podría existir una demanda sin pretensión, como es el caso de las demandas *simples* que llevan la única finalidad de poner en marcha el proceso (acto no contemplado en nuestra legislación, solo en regulación de Justicia Letrada de Paz provincial), o supuestos en donde la pretensión es transformada o ampliada en un acto posterior.

Un ejemplo de esto último lo constituye la facultad del actor de ampliar la cuantía de lo reclamado durante la sustanciación del juicio, cuando vencieran nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Tal es el caso que contempla el artículo 331 para los procesos de conocimiento y arts. 540 y 541 para el caso del juicio ejecutivo.

En cuanto al ejercicio de la acción y la interposición de la pretensión a través del escrito de demanda, la calidad de parte supone la existencia de legitimación de las mismas para actuar en el proceso (impuesta por ley “capacidad procesal”); adaptando la conceptualización acorde a la clase de derechos de los cuales se requiere su tutela: individuales o subjetivos (intervenciones ordinarias o extraordinarias), intereses simple, legítimo, colectivo y difuso.

Así podremos puntualizar la existencia de una *legitimación ad causam*, que significa, en vinculación con el concepto de pretensión y el derecho material, ostentar una situación individual o colectiva que permita contar con una expectativa cierta y concreta en relación al pronunciamiento judicial o dictado de la sentencia y otra *ad processum*, que refiere a revistar las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones de la relación jurídica procesal a entablar con el objeto de obtener una sentencia útil y favorable en los términos formales del debido proceso.

Ahora bien, no obstante las clasificaciones enunciadas precedentemente, es posible destacar que a los efectos de diferenciar las legitimaciones subjetivas e individuales de neto perfil clásico de aquellas que implican la expansión del concepto en miras de la inclusión de múltiples grupos o sujetos que reclamen la tutela de sus

derechos (colectivos o difusos), deberá tomarse en consideración la organización y preparación de las acciones correspondientes para constituir la elección adecuada de la vía procesal correcta (vgr. acciones de clase) y válida en su ritual.

37. ¿Cuántas pretensiones se pueden deducir en una demanda?

El principio general es que cada pretensión tiene un proceso, pero si ellas se vinculan, pueden plantearse en un mismo acto o sucesivamente.

Por ejemplo, si un sujeto debe reclamar en juicio la satisfacción de más de un derecho resistido o incumplido por esta última, tiene la opción de promover tantos procesos diferentes como reclamos quiera formalizar; o bien, si reúne algunas condiciones que enseguida veremos, podrá concentrar esos reclamos en un mismo proceso.

Este es el caso de la *acumulación objetiva de pretensiones* contemplado en el artículo 87 del CPCCN. Se trata de una facultad implícita en el principio dispositivo, por el cual el actor resuelve, antes de notificar la demanda (cf. art. 331, CPCCN), agregar otras pretensiones contra las personas a quienes se dirige, no resultando indispensable para ello la existencia de conexidad entre las mismas mas siendo inadmisibile con ello que se atente contra el principio de economía procesal, produciendo dilaciones o demoras gravosas en el trámite del juicio.

Esta ampliación del objeto, a su vez, puede convertirse en una ampliación de partes a demandar, en cuyo supuesto no son pretensiones las que se agregan, sino personas a convertir en sujetos pasivos del proceso.

Por eso se denominan procesos complejos, bien por la diversidad de personas, o por la pluralidad de pretensiones o de una sola pero con varios sujetos, donde el efecto externo más característico es la existencia real de un solo proceso y de un juicio único que le pone término.

La posibilidad de proceder a una acumulación objetiva de acciones o bien demandar en un mismo proceso en razón de acciones conexas por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez, no autoriza al actor a prescindir del cumplimiento de la carga impuesta por los incs. 3º y 4º del artículo 330 del Código Procesal, indicando los hechos que permiten vincular a los demandados, las razones por las que se demanda a uno y a otros y el alcance de la condena que se pretende contra cada uno (CNCiv., Sala B, 1996/04/09, “Villegas, José M. c. Consorcio de Propietarios Maure 2126 y otro”, La Ley, 1997-C, 181).

Obviamente, la reconvencción importa un supuesto específico de acumulación objetiva de acciones por razones de oportunidad y economía procesal, se trata de una acción independiente que se acumula a la primera, respecto de la cual el demandado pasa a ser actor y el demandante originario, demandado.

Como se aprecia, la acumulación pretende evitar la multiplicidad de actuaciones, de modo que es mejor hablar de una *compatibilidad de pretensiones*, en razón de que no pueden proponerse dos pretensiones excluyentes entre sí. Por ejemplo: no se puede acumular una pretensión de cumplimiento de contrato a la pretensión de su extinción (art. 1078 inc. g, arts. 1031 y 1076 y ss. Código Civil y Comercial, pacto comisorio art. 1204 CC).

Corresponde ser dejada sin efecto la acumulación de expedientes por acciones conexas en razón de la diversidad en la materia litigiosa y el elemento objetivo de ambas acciones (ejecución de garantía de cumplimiento de contrato de concesión y solicitud de nulidad del Decreto PEN de su rescisión), de conformidad con los términos establecidos en los arts. 188 y 190 CPCCN, a los fines de procurar evitar el dictado de sentencias contradictorias que imposibiliten su consolidación en cosa juzgada y con ello, en consecuencia, prevenir se configure escándalo jurídico (CSJN, 2014/12/11, “Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios c/ Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/ Proceso de conocimiento”, Infojus, FA 14000180).

Ello no impide, sin embargo, que una segunda pretensión pueda ser deducida en una misma demanda, bajo el principio de “eventualidad”; esto es, para ser tenida en cuenta de manera alternativa, solo para el supuesto que la primera no prospere.

Es necesario que las pretensiones que se quieran acumular respondan a la competencia de un mismo juez, según las reglas generales en la materia, y se trate de reclamaciones que deban tramitar bajo una misma categoría de proceso.

38. ¿Qué es la acumulación *subjetiva* de pretensiones?

Igual que en el supuesto anterior, aquí se acumulan varias pretensiones, pero interpuestas por diversos actores contra un demandado, o un actor contra varios demandados, o varios actores contra varios demandados. Así quedará conformado un “litisconsorcio activo”, un “litisconsorcio pasivo”, o un “litisconsorcio mixto”, según el caso.

La conformación de estos procesos con pluralidad de sujetos en la integración de las partes (*status jurídico* quien demanda y contra quien se demanda), no altera la estructura subjetiva de la pretensión, que siempre estará compuesta por tres sujetos: El juez, la parte actora y la parte demandada. Solo que en el presente caso existirán pluralidad de personas que ocupen el rol y la calidad de “parte”, siendo consideradas como tales, más allá de las diferencias doctrinarias planteadas sobre el tema, por constituirse en actores concretos del interés jurídico reclamado que traban la litis y soportan los efectos de la cosa juzgada, obligando con esto al juez a plasmar el principio de congruencia.

El instituto de la acumulación subjetiva de pretensiones está previsto en el artículo 88 del Código Procesal, que regula el litisconsorcio facultativo, con fundamento en prevenir de la actividad jurisdiccional innecesaria y del dictado de sentencias contradictorias.

En esta norma, se establece que “podrán varias partes demandar o ser demandadas en un mismo proceso cuando las acciones sean conexas o por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez”

La indicación “podrá” está señalando la facultad del actor o los actores de dar curso a estas pretensiones en forma acumulada en un mismo proceso, o de demandar en forma independiente, abriendo tantos procesos como pretensiones haya.

La ley exige, para acumular “subjetivamente” dos o más pretensiones, que estas estén vinculadas por al menos un elemento de los dos restantes (se descarta el elemento subjetivo porque precisamente esa es la variable que origina la acumulación). Es decir,

que exista compatibilidad de pretensiones, unidad de jurisdicción y conocimiento e identidad de trámite.

Los litisconsortes conservan a lo largo del desarrollo de la litis, su “autonomía de gestión procesal” por lo que pueden adoptar diversas actitudes frente a la demanda y frente a la sentencia y como existe independencia entre las diversas pretensiones, “cada uno de los demandados no obstante contenerse en un mismo proceso puede tener diferente suerte”³⁸.

Adviértase que la incorporación de un nuevo sujeto a la relación procesal una vez trabada la litis, importa un cambio de demanda, y resulta, por ende, solo admisible cuando la misma no hubiese sido notificada.

Es una facultad de actor que depende exclusivamente de su voluntad, él es quien se encuentra en condiciones de elegir entre iniciar varios procesos, o entablar la demanda contra varios legitimados pasivos con intereses simultáneos, independientes o comunes (vgr. arts. 1708 y ss. Código Civil y Comercial, en materia de responsabilidad civil objetiva).

En esta modalidad, los sujetos que integran el litisconsorcio mantienen autonomía, de modo tal que deben ser considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes distintos y los actos de uno no perjudican a los demás.

No obstante que, en un litisconsorcio facultativo, cada uno de los litisconsortes actúa en forma autónoma, de manera que los recursos interpuestos solo benefician a quienes los opusieron, tal postulado admite excepciones que se vinculan con el tenor de las defensas introducidas en los agravios.

De tal modo, si estas contienen fundamentos de carácter general o comunes, porque atañen a la esencia de la relación jurídica, y fueron estimadas en el fallo de la alzada, los efectos de la revocatoria del fallo de primera instancia afectan a un extremo en que se halla interesado un codeudor que no ha apelado la sentencia, repercutiendo el éxito del litisconsorte recurrente sobre el inactivo (CNCiv., Sala A, 1996/08/07, “Sosa, José R. c. Estacionamiento Ayacucho 1132 S. R. L.”, La Ley, 1998-D, 918, J. Agrup., caso 12.945).

La caducidad de instancia decretada en una acción de daños y perjuicios beneficia exclusivamente a quienes la plantearon, pues, la pretensión deducida por el actor contra una pluralidad de demandados es de obligaciones concurrentes, dado que se fundamenta en distintos factores de atribución conforme las razones jurídicas que se invocan contra cada uno de los demandados, constituyendo un litisconsorcio pasivo voluntario que crea relaciones autónomas entre los sujetos de la litis desde que no media una exigencia necesaria que brinde unidad al proceso, por lo que no se entiende razonable aplicar el principio de indivisibilidad de la instancia como si se tratara de un proceso necesariamente único, como ocurre en el litisconsorcio impuesto por la ley (necesario) y siendo posible decretar, en este supuesto, la caducidad en beneficio de los litisconsortes que no la solicitaron y que aceptaron la supervivencia de la instancia (CApelCiv., Com. y Min. San Juan, 2014/03/26, “Castro, Roberto Antonio c/ Ovando, Santos Máximo Pascual y otros s/ Daños y perjuicios”, Infojus, FA 14280037).

38.1. Procesos colectivos

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, Reus, Madrid, p. 617.

Con relación a esta temática, incorporada en los arts. 240 y 241 Código Civil y Comercial y concerniente al régimen de los derechos de incidencia colectiva (ref. art. 43 CN y art. 4, párr. 2º, CPCCN) dentro de los cuales es dable observar la integración subjetiva múltiple de las partes en razón de los intereses reclamados, debe subrayarse que mediante lo estipulado en la Acordada CSJN n° 32/2014, fue creado el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales Nacionales y Federales del país (Poder Judicial de la Nación) con carácter público, gratuito y de libre acceso, con el objeto de proceder a la inscripción de todos los procesos que se inicien y revistan dicha naturaleza y con el propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las partes eventualmente intervinientes.

38.2 Registro

La necesidad de crear el registro surge impostergable ante la constatación de numerosas causas de objeto idéntico o similar, que se entablan en distintas jurisdicciones, obteniendo, algunas de ellas, medidas cautelares que confrontan su vigencia y aplicación, generando un auténtico conflicto entre competencias.

La promoción de un proceso colectivo no impide la iniciación de procesos individuales fundados en la misma causa. Sin embargo, con posterioridad a la traba de la litis y antes de la apertura a prueba, el juez verificará de oficio o ante la alegación de cualquiera de las partes, la existencia de un proceso colectivo pendiente que se encuentre inscripto en el Registro previsto en esta normativa.

En caso afirmativo, correrá traslado a la actora, por diez (10) días, para que exprese su voluntad de continuar la acción individual, excluyéndose en tal caso de las resultas del proceso colectivo. Si nada expresara o manifestara su voluntad de incluirse, la acción individual quedará suspendida hasta la culminación del proceso colectivo, rigiéndose en este caso los efectos de la sentencia definitiva.

Ahora bien, registrar no significa regular el trámite, sino estar atentos a lo que sucede en el universo de acciones compartidas por el objeto y la finalidad. De allí que nos parece necesario considerar un modelo de publicidad más real que formal. Es decir, considerar que se publiquen edictos en el Boletín Oficial cumple el principio de legalidad formal, pero dista de llegar al conocimiento generalizado que se pretende.

En el Registro se inscribirán ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordes definiciones dadas por esta Corte en los precedentes “Halabi” (Fallos: 332:111) y P.361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21 de agosto de 2013.

39. ¿Cuándo el litisconsorcio es necesario?

En el litisconsorcio necesario no hay una acumulación de pretensiones, sino una sola pero planteada ante varios sujetos. Tanto la demanda como la resistencia encuentran a varios sujetos obligadamente responsables, conduciendo a la necesidad de integrar la litis con todos ellos para evitar la nulidad del proceso por deficiencia. La acción pertenece así a todos los interesados y contra el pleno de interesados, siendo considerados en cada caso, un único sujeto.

El litisconsorcio pasivo necesario se configura cuando los sujetos procesales están legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito debe ser pronunciada indefectiblemente frente a todos los legitimados.

Existe además, cuando la eficacia del pronunciamiento definitivo se encuentra subordinada al hecho de que la pretensión procesal sea propuesta por o frente a varias personas. Ello se configura no solo cuando la ley lo establece expresamente sino también al encontrarse determinada por la naturaleza de la relación o situación jurídica controvertida.

Tal es el caso, por ejemplo, de las demandas por escrituración, que deben ser intentadas contra todos los titulares dominiales, la disolución de la sociedad comercial por voluntad e iniciativa de alguno de los socios (art. 25 *in fine*, Ley 19550). El incidente de redargución de falsedad (art. 395, CPCCN) es otro caso de litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto obliga al incidentista a sustanciarlo, también, contra el oficial público que extendió el instrumento público cuestionado.

Ocurre que la legitimación activa o pasiva está en cabeza de varias personas en forma conjunta, y solo podrá dictarse un pronunciamiento eficaz, si la litis está integrada con todos ellos. Esta integración no conmueve el principio dispositivo porque, si se resuelve de oficio, se fundamenta en el principio de saneamiento procesal. Es decir, en las facultades de depuración tendiente a evitar nulidades procesales.

También se puede deducir como excepción, con el objeto de que la sentencia comprenda a todos los litisconsortes necesarios.

Así lo dispone el artículo 89, CPCCN en su primera parte, que dice: “Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, estas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso”.

A diferencia del litisconsorcio facultativo, en los procesos donde se conforma un litisconsorcio necesario habrá un único pronunciamiento que sellará la suerte de todos los litisconsortes por igual, ya que la pretensión es única y común a todos ellos. Los actos de disposición no podrán ser válidamente tomados sino por la unanimidad de todos los litisconsortes, y aprovecharán o perjudicarán a todos ellos; a saber a modo ejemplificativo, las pruebas aportadas por cada uno de ellos incidirán y beneficiarán a los demás, y los recursos que un litisconsorte interponga impedirán que la sentencia adquiera firmeza respecto de todos.

La acción de escrituración resulta inadmisibles en razón de la deficiente integración de la litis por no haberse brindado intervención a la otra condómina propietaria del 50% restante del inmueble objeto del proceso; en tanto habida cuenta el carácter indivisible de la obligación de escriturar, se configura un litisconsorcio necesario por lo que la sentencia no puede pronunciarse válidamente sin la integración de todos los intervinientes que indivisiblemente se encuentren vinculados en la relación jurídica sustancial (TSJ Santa Cruz, 2014/05/06, “Manuale, Leopoldo Vicente c/ Echeverría, María Elena s/ Escrituración”, Infojus, FA 14230001).

Es característica esencial, también, que cada uno de los litisconsortes se encuentre en condiciones de invocar una legitimación procesal autónoma. Por ello, a diferencia del litisconsorcio necesario, tanto el resultado del proceso cuanto el contenido de la sentencia definitiva pueden ser distintos con respecto a cada uno de ellos.

Obsérvese que, el litisconsorcio necesario constituye una excepción al principio según el cual no puede deducirse reconvencción respecto de terceros.

40. ¿Qué es la reconvencción?

Se denomina reconvencción a la demanda que plantea el demandado en ocasión de contestar la pretensión notificada. Obedece a un criterio de oportunidad y de economía procesal, porque aprovecha la instancia abierta para aplicar en ella una pretensión que, de otro modo, podría haberla deducido independientemente.

De no plantearse la reconvencción, en virtud de que la misma revista carácter facultativo, el derecho se conserva porque es independiente y autónomo del que se reclama en el juicio donde se lo emplaza. Por eso no es una contrademanda, que en sentido técnico supone dar una versión diferente sobre los mismos hechos determinando así que las consecuencias sean distintas.

Es necesario que la voluntad del reconviniendo esté enderezada a plantear un nuevo objeto litigioso, diferente y opuesto al que fundamenta la demanda, para que se configure la promoción de una acción autónoma e independiente. Reconvener es algo más que contrademandar; esta acción solo está referida al mismo conflicto de intereses, a una misma litis, mientras que aquella puede constituir una litis distinta³⁹.

En principio y a los fines de evitar dilaciones indebidas, no existe la reconvencción de la reconvencción.

Como la reconvencción se trata de una demanda contra quien demanda, valga el juego de palabras, los requisitos procesales y sustanciales de admisión y procedencia son los que se aplican para las pretensiones deducidas en juicio.

De este modo, exige legitimación en la causa, que significa reclamar por derechos propios y ante quien tiene obligación de responder por ellos (el actor); excepcionalmente la reconvencción se plantea contra terceros, como se verá más adelante.

La oportunidad es concurrente con el tiempo para contestar la demanda, y las formas son las que señala el art. 330 CPCCN (cfr. art. 356, inc. 3º, CPCCN).

Los recaudos específicos que se han de abastecer son:

a) *proceso con demanda notificada*, pues de otro modo (salvo la notificación espontánea) el demandado se constituiría en actor.

No se puede reconvener cuando la instancia abierta proviene de medidas preparatorias o de la notificación de una medida cautelar ordenada como preventiva.

b) La *competencia* debe corresponder al juez que interviene en la demanda principal, porque la acumulación que propicia la reconvencción se guía por la regla de la inserción de pretensiones (arts. 87, inciso 2º CPCCN). Mientras la competencia en razón de la materia resulta improrrogable, la de carácter territorial sí lo es, lo mismo que en casos de procesos universales que ejerzan fuero de atracción.

c) Los *trámites deben ser los mismos*, es decir que la reconvencción debe adaptarse al proceso donde tramita la demanda, sin poder alterar el tipo de procedimiento asignado.

³⁹ Cfr. MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo IV-B, Platense, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 540.

d) Por último se requiere que medie *conexidad o nexo de interdependencia*, que significa establecer un vínculo donde la pretensión principal como la demanda reconvenzional se vinculan, permitiendo que se dicte una única sentencia.

Por eso, la carga de especificación del objeto pretendido, no solo en la demanda sino también en la reconvencción, impone precisar la petición en términos claros y positivos, tanto en lo principal como en lo accesorio, sin que lo último tenga que seguir necesariamente la suerte de lo primero (CNCiv., Sala G, 1998/09/25, “Yaben, Osvaldo J. y otro c. Plaza, José M.”, La Ley, 1999B, 348).

Debe admitirse la reconvencción opuesta a la demanda de escrituración y en consecuencia ordenarle al actor que abone el precio del impuesto inmobiliario reclamado, pues si bien tal obligación aparece como accesorio de las esenciales a las que se obligaron las partes en el contrato de compraventa, el actor no ha obrado de buena fe para lograr la escrituración, desde que adeuda una suma de dinero correspondiente a la unidad a escriturar que fue pagada por el demandado (CApelCiv. y Com. Azul, Pcia. de Buenos Aires, 2013/11/07, “Moreno, Lucio Marcelo c/ Cooperativa Falucho de Vivienda Ltda. s/ Escrituración”, Infojus, FA 13010232).

A partir del momento que se deduce la reconvencción se producen los siguientes efectos:

- a) Se crea una *litispendencia particular*, propia e independiente, porque se trata de una verdadera demanda. En consecuencia, es admisible que contra ella se planteen defensas y excepciones de litispendencia y cosa juzgada.
- b) Se formaliza una *acumulación objetiva de acciones*, que se ventilan por los mismos trámites y en las condiciones establecidas en el artículo 87 del Código Procesal.
- c) Las pretensiones se vinculan y *tienen tratamiento conjunto*, resolviéndose en una sentencia única.
- d) Cuando media reconvencción, el *impulso del procedimiento* corresponde en forma concurrente a ambos contendientes.

En principio, la reconvencción no se puede plantear contra terceros, salvo que ellos puedan ser considerados litisconsortes voluntarios o necesarios del actor que se reconviene y con quien tienen relación por el objeto de la demanda.

La Corte acepta este criterio, cuando sostiene que el demandado reconviniente puede solicitar la citación de terceros al proceso a que hace referencia el artículo 94 del Código Procesal en el escrito de reconvencción (del voto de la mayoría) (CS, 1999/08/19, “Inversiones y Servicios SA c. Estado Nacional Argentino”, ED, 187-619).

De este modo, sería improcedente la acción de reivindicación iniciada mediante reconvencción, si la litis no ha sido integrada con todos aquellos que pudieran ser ocupantes del bien cuyo título emane de la accionante (CNCiv., Sala C, 1995/08/29, “Scappino S. A., Domingo c. Rubinstein, Nora G. y otros”, La Ley, 1997-D, 842 [39.661-S]).

En cambio, sería inadmisibile la reconvencción respecto de terceros, cuando con ello se dé lugar a una provocación o intervención coactiva, que como tal sería contraria al principio dispositivo que gobierna el proceso y que faculta al actor a demandar a quien le parece y a su solo riesgo.

Asimismo, tal reconvencción daría a aquellos la oportunidad de contrademandar a otras personas, desvirtuando los principios del procedimiento.

Sin embargo, el litisconsorcio necesario constituye una excepción al principio según el cual no puede deducirse reconvencción respecto de terceros (CNCiv., Sala D, 1997/08/26, “Borda, Guillermo J. c. Lavalle, Floro R.”, La Ley, 1998-B, 136).

Cuando entre actor y demandado existen créditos que el primero reclama, el segundo puede oponer como reconvencción (se llama por compensación), aquel derecho creditorio líquido que tenga contra el demandante.

Una vez que se contesta la reconvencción, corresponde alguna de las siguientes resoluciones:

- a) Si con la contestación a la reconvencción, se alegan nuevos hechos o se agregan documentos vinculados con aquella que, a pesar de estar en conexidad con la pretensión principal, no se acompañaron al plantear la demanda; corresponde correr vista al reconviniendo a los fines de reconocer la autenticidad de la prueba instrumental y, en su caso, para que ofrezca prueba documental relacionada con esos nuevos hechos.
- b) Si la reconvencción queda sin respuesta, corresponde aplicar los efectos y consecuencias del artículo 356, inciso 1º, CPCCN, aunque no procede la declaración de rebeldía como es obvio.
- c) Si con la contestación de la demanda o la reconvencción se hubieran articulado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el juez deberá resolver al respecto y considerar si son manifiestas y se resuelven de inmediato; si debe acordar un plazo para el saneamiento del vicio denunciado; o si posterga para cuando dicte sentencia definitiva la decisión respectiva.
- d) Si de la lectura de los escritos constitutivos del proceso surge que no hay discrepancia entre las partes respecto a la forma como suceden los hechos, aunque difieren en la calificación jurídica, no existe propiamente controversia, en cuyo caso, la cuestión se declara como de puro derecho. De esta resolución se corre un traslado a las partes, por su orden, y una vez que queda firme, el expediente puede dictar la providencia de autos para dictar sentencia.
- e) En cambio, si existen hechos alegados por las partes donde no exista conformidad entre ellas sobre la producción como ocurrieron, se advierte la necesidad de abrir el proceso a prueba, con el fin de dar a cada parte la oportunidad de verificar la verdad de sus dichos (art. 334 y cc. CPCCN s/ ofrecimiento de prueba y aporte de documental).

41. ¿Cómo se contesta una demanda?

La contestación a la demanda, es el acto procesal por el cual el demandado reconoce y/o niega las pretensiones que el actor expone. Es una facultad, una carga procesal, no un deber, en la medida que constituye una de las actitudes que puede asumir (otras son el allanamiento, la incomparecencia, etc.).

En sentido estricto, contestar la demanda significa alegar todas aquellas oposiciones al progreso de la pretensión que, de acuerdo con la ley, no deban deducirse como excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Cuando la oposición se dirige contra los hechos o el derecho que fundamenta el reclamo, desconociendo los primeros o contradiciendo la aplicación del segundo, la contestación del demandado constituye una “defensa”. En cambio, cuando el demandado alega contra los presupuestos de hecho o de derecho, la existencia de circunstancias que los transforman, modifican, o extinguen, esa reacción toma el nombre de “excepción” (en el sentido amplio del término).

En este acto procesal se escucha a la parte de quien se pretende algo, cumplimentándose así, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrado en la Constitución Nacional (art. 18) y en los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (art. 10º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por ley 23.313).

Algunos autores ven en esta actividad del demandado, el ejercicio del derecho de acción, entendido este como de naturaleza bilateral. “De este modo la acción (rectius: pretensión) como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor; porque también el demandado, aun cuando se limite a pedir el rechazo de la demanda contraria, viene, en sustancia, a solicitar del juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor, y favorable, en lugar de a este, a él como demandado”⁽⁴⁰⁾.

El artículo 355 del CPCCN dispone que [...]

“... el demandado “deberá” [...] contestar la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 338, con la ampliación que corresponda en razón de la distancia. En rigor, no se trata de un “deber” sino de una “carga procesal” para el demandado por lo que no se exigirá el efectivo cumplimiento del acto de defensa (como ocurre en el proceso penal) sino que, ante la omisión de la presentación de la pieza, se tendrá por decaído el derecho de hacerlo en lo sucesivo (como consecuencia del principio de preclusión) y sufrirá así, las consecuencias desfavorables establecidas en el ordenamiento procesal.

En la contestación, el demandado podrá ejercer su defensa de una manera plena, sin restricciones, alegando “todas las excepciones o defensas de que intente valerse” (art. 356, párr. 1º, CPCCN).

En esto se diferencia el proceso de conocimiento con los de ejecución, donde no existe contestación de demanda sino un acto restringido de defensa, en el cual solo se podrán oponer aquellas excepciones permitidas por la ley.

El acto de responde posee similares requisitos formales a los establecidos para la demanda. El apartado 3º del artículo 356 CPCCN le indica al demandado que deberá “observar, en lo aplicable, los requisitos prescriptos en el art. 330”.

41.1. Traslado de la demanda y citación al demandado. Régimen de notificaciones.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 162.

Que previo a proseguir el análisis de las características que reúne la postulación formal de la contestación de demanda, corresponde consignar brevemente las diversas alternativas que, con anterioridad a ello, ofrece el ordenamiento legal en cuanto a la consolidación del acto procesal de comunicación por excelencia y que determina, en su eficacia y trascendencia, la validez futura de la continuidad del trámite del juicio, procurando el cumplimiento de los principios dispositivo, de defensa en juicio y de bilateralidad o contradictorio, ambos en su máxima expresión; la notificación de la demanda.

Conforme lo establece el CPPCN en su articulado, más específicamente en los arts. 339 y ss., la demanda podrá ser notificada a través de las siguientes vías, a saber:

Por cédula o por acta notarial (arts. 339, 135, 136 y ss. CPCCN), las cuales serán remitidas al domicilio real de/l/los demandado/s, de acuerdo surja denunciado en el escrito originario de demanda en caso de resultar conocido. Para su confección deberán observarse los requisitos y alternativas de libramiento y diligenciamiento fijados a partir del artículo 137 CPCCN. Al respecto deberá ser observada también la normativa vigente en cuanto a la constitución de domicilio a los fines procesales, conforme art. 40 y cc. CPCCN.

Por exhorto (art. 340 CPCCN), esta modalidad es utilizada cuando el demandado se halla domiciliado en el exterior, circunstancia esta que motiva, a excepción de que exista un convenio de cooperación y reciprocidad, la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y el Consulado del país receptor a efectos de la legalización de la comunicación judicial cursada.

Por edictos (art. 343 CPCCN), en ocasión de desconocerse la existencia de la persona a demandar o de ignorar su domicilio, previo haber agotado las vías extrajudiciales para su localización (ref. arts. 145 a 148 CPCCN), mediante su publicación en el Boletín Oficial y/o en periódicos de la jurisdicción, de acuerdo sea ordenado judicialmente, pudiendo dar lugar a una respuesta en expectativa en orden a la intervención eventual del Defensor oficial.

Al respecto, cabe resaltar que los plazos para contestar demanda se encuentran regulados en el artículo 338 CPCCN cuando se dispone que, para los procesos de conocimiento ordinario, el mismo será de quince (15) días y de cinco (05) días para el proceso sumarísimo; extendiéndose a sesenta (60) días cuando la parte demandada fuera la Nación y ampliándose, de resultar menester, conforme lo prescripto en el artículo 158 CPCCN (un día cada doscientos –200– km o fracción que no baje de cien –100–).

Independientemente de ello, a modo ilustrativo y a los fines de la notificación de los demás actos que integran el proceso, recordemos que se incorporan a los sistemas precitados la notificación por nota o *ministerio legis* (art. 133 CPCCN), tácita (art. 134 CPCCN), personal (arts. 135 y 142, CPCCN), telegrama con copia certificada y aviso de entrega y/o carta documento con aviso de entrega (art. 136 CPCCN), por medios audiovisuales o de radiodifusión (art. 148 CPPCN) y la reciente y novedosa incorporación de la notificación electrónica, dispuesta por la Acordada CSJN n° 38/2013, a partir de la cual y del día 01/04/14, todo aquel que actúe en carácter de interviniente y principal destinatario (letrado patrocinante, apoderado/ abogados de la matrícula, defensores, fiscales, defensores oficiales, peritos) deberá constituir, según los términos ordenados por la reglamentación vigente, domicilio electrónico para recibir las notificaciones y sus documentos adjuntos a través de este nuevo sistema y con idénticos efectos a los de sus equivalentes convencionales (la utilización del presente régimen no implica modificación alguna de los plazos procesales). Dicha metodología tiene

aplicación sobre todas las causas que se promuevan por ante todos los Juzgados y Tribunales de las Cámaras Federales y Nacionales y la totalidad de los procesos y procedimientos judiciales y administrativos (cf. art. 1° Ley 26685 del año 2011 s/ Expedientes digitales), extensivo y habilitante en la actualidad para operar en todo el Poder Judicial en su conjunto (es de destacar que su implementación ha sido gradual desde el mes de Mayo/2012, conforme lo establecieron oportunamente las Acordadas CSJN N° 31/2011, 03/2012, 29/2012, 35/2012, 15/2013, 24/2013 y 36/2013); siendo la registración obligatoria, necesaria y por única vez, de acceso permanente y cuyos efectos remiten analógicamente a lo establecido en el artículo 133 CPCCN.

42. ¿Qué cargas debe cumplir el demandado al contestar una demanda?

Cuando el juez corre traslado de la demanda, impone al demandado (si no está presentado aún en el proceso) dos cargas principales como consecuencia de la teoría de la sustanciación, que no obstan a la adopción de otras posibles actitudes que resultarán analizadas más adelante: *a)* comparecer; *b)* contestar la demanda.

Va de suyo que el cumplimiento de la segunda supone satisfacer el primer recaudo, ya que no existe manera de contestar la demanda sino es presentándose en el expediente. Pero puede suceder que el citado comparezca, constituya domicilio y no conteste la demanda. Por ello no cabe asimilar ambos compromisos del accionado ni atribuirle, al incumplimiento de uno u otro, idénticas consecuencias.

Se trata de cargas procesales, es decir, incentivos/imperativos del propio interés; no constituyéndose en obligaciones, su incumplimiento aparejará consecuencias desfavorables.

En el caso de la incomparecencia, la consecuencia inmediata (aunque no automática sino a pedido de la contraparte) es la rebeldía (art. 59, CPCCN).

La falta de contestación de la demanda importa las consecuencias establecidas en el artículo 356 de dicho cuerpo normativo. Podrá el juez tener por cierta la versión de los hechos pertinentes y lícitos expuestos en la demanda, y tendrá por reconocidos los documentos acompañados en la demanda a él atribuidos, y por recibidas las cartas y telegramas a él dirigidas.

En caso que el demandado conteste la demanda, pero en forma insuficiente, esto es, sin expedirse categóricamente sobre la veracidad de cada hecho expuesto en la demanda mediando su reconocimiento (simple o calificado, es decir aclaratorio) o negación expresa, o sobre la autenticidad de cada documento o la recepción de cada carta o telegrama, la consecuencia disvaliosa será análoga a la de la no contestación de la demanda, pero circunscripta a cada hecho o cada documento sobre el cual el demandado no se expidió.

En tal sentido, la norma equipara al silencio, pudiendo ser estimadas en consecuencia como reconocidas, “las respuestas evasivas o la negativa meramente general”, con lo cual la carga procesal queda abastecida solo con el tratamiento de cada hecho en forma particular y categórica.

Debe notarse que en el caso de los hechos, la norma establece que es facultad del juez tenerlo o no por reconocidos. Se crea una presunción simple o judicial a favor de la veracidad de ellos. Pero el juzgador, al momento de sentenciar, valorará el silencio del demandado conforme a este dispositivo legal y teniendo en cuenta diversos factores, como ser, la naturaleza del hecho (si se trata de hechos personales, los cuales son

pasibles de ser reconocidos o no, o ajenos, que podrían ser ignorados), su verosimilitud y la existencia o no de prueba corroborante producida en el proceso.

Así como el silencio en el campo del derecho civil es, en principio, inexpresivo, todo lo contrario ocurre en el proceso, en el cual los hechos afirmados (posiciones) por el actor que no son objeto de negación expresa en el responde, pueden ser considerados por el juez como admitidos (CApelCi, Co y Cont. Adm. 1° Nom. Río Cuarto, Pcia. de Córdoba, 2013/04/17, “Quevedo, Raúl Vicente c/ Decouvette, Nicolás Augusto y otro s/ Ordinario”, Infojus, FA 13160100).

Si además del silencio, el demandado quedó incurso en rebeldía, es de aplicación la consecuencia del artículo 60 del CPCCN, que establece en su tercer párrafo: “La sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356 inc. 1°. En caso de duda la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos (entendida a modo de “verdad jurídica objetiva” o “formal”) afirmados por quien obtuvo la declaración”.

De manera que, cuando el demandado no contestó la demanda y además fue declarado rebelde, la consecuencia negativa respecto de la fijación de los hechos en la sentencia le será aún más gravosa. A la presunción simple o judicial que resulta de la aplicación del artículo 356, se le añade esta presunción legal a la cual el sentenciante está constreñido a aplicar en caso de duda.

En cuanto a los documentos atribuidos al demandado y cartas y telegramas a él dirigidas, el artículo 356 establece que se los tendrá por reconocidos o recibidos según el caso.

Los documentos públicos, que hacen plena fe respecto de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia (conf. arts. 993 Código Civil y 296 Código Civil y Comercial), deben ser, luego de impugnados, redargüidos de falsos (en juicio civil o criminal) a través del incidente a que se refiere el artículo 395 del código de rito.

El apartado 2° del artículo 356 del citado cuerpo legal, le atribuye al demandado, además, el deber de “especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa”.

De manera que la simple negativa de los hechos no agota la actividad del accionado, sino que debe dar su propia versión de los hechos con que el actor pretende sostener su pretensión. La mera negativa de cada hecho, sin otra explicación fundada puede ser interpretada por los jueces como una inconducta de parte, y en consecuencia, acarrear consecuencias desfavorables en el resultado de la litis (conf. CNCom Sala D, 30/6/98, La Ley, 1998-D-860).

Finalmente, la contestación de la demanda deviene en lograr la integración de la relación jurídica procesal, delimitando asimismo el objeto litigioso, lo que permite determinar los tópicos sobre los cuales recaerá la actividad probatoria y, en definitiva, el pronunciamiento judicial futuro mediante el dictado de la sentencia de mérito.

43. ¿Qué principios procesales se aplican en la contestación de la demanda?

Los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad ante la ley están presentes al contestar la demanda. Los mismos tienen raigambre constitucional (surgen de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional, e implican respeto y subordinación

a las garantías del debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio y de los principios fundamentales del debido proceso que emanan del ordenamiento supranacional, vgr. artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica incorporado al art. 75 inc. 22 de la CN con idéntica jerarquía suprema) y supone que el juez, en los procesos contradictorios, debe velar por el derecho de oír a la parte contraria a quien se dirige la pretensión; principio sintetizado en el famoso brocardico latino: *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte), salvo excepciones muy limitadas.

La exigencia es ofrecer la oportunidad de escuchar a la contraparte, mas no requiere la efectivización del derecho, sino la razonable y suficiente posibilidad de ser oída y defenderse. Ello implica la articulación de defensas y el ofrecimiento y producción de pruebas que hagan a la postulación de sus derechos.

Aplicación concreta e inmediata de este principio es el traslado y notificación de la demanda, con todas las formalidades estipuladas expresamente por la ley bajo sanción de nulidad. Pero la importancia que tiene se representa en la exigibilidad que cualquier acto procesal que pueda contener una afectación de los derechos de la contraparte, aunque sea ínfima, pueda ser debatido por el afectado.

El principio de igualdad de armas, como garantía fundamental que resguarda la efectividad de la contradicción, requiere que exista igualdad de oportunidades por lo menos en la etapa principal del proceso, momento donde se proponen y producen las pruebas, se las controla y se alega sobre su mérito, debiendo descartarse la exigencia de garantizar una igualdad matemática (CFedCasación Penal Capital Federal, 2013/11/20, “Zaccaría, Juan Antonio y otros s/ Recurso de casación”, Infojus, FA 13261459).

Existen supuestos en que el principio de bilateralidad pareciera que sufre una ruptura, como en los casos que se decretan medidas cautelares —ejemplo más paradigmático—, las que son resueltas *inaudita parte*. En tales situaciones no hay una postergación del principio, sino un desplazamiento en el tiempo de la posibilidad de contradicción.

44. ¿Qué significa reconocer o negar?

Una de las posibilidades que tiene el demandado al contestar la demanda es reconocer expresamente el derecho que la pretensión reclama, en cuyo caso se podrá allanar, presentarse sin debatir, o simplemente, dar al escrito de comparecimiento la formalidad necesaria para tener un domicilio legal constituido y convertirse en parte.

Otra alternativa es asumir el carácter de oponente, y enfrentar las afirmaciones del actor ofreciendo una versión propia de los hechos; o simplemente negar que ellos hayan ocurrido como se relatan, o desconocerlos sin agregados ni complementos.

En estos casos importa definir claramente las nociones de afirmación y controversia, pues sobre ellos gira el problema de la congruencia y, en cuanto aquí interesa, a las cuestiones que se proyectan desde el acto procesal de contestar la demanda.

Las afirmaciones generalmente están atrapadas dentro de los hechos alegados (constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos), conformando lo que se conoce como “posiciones”.

A su vez, ellos comprometen una doble actividad: la del juez, que deberá considerarlos al tiempo de dictar sentencia y la de la parte que deberá probarlos.

Sin embargo, para uno y otro, este hecho puede escaparse de los mencionados compromisos.

En efecto, el juez no está obligado a considerar cada una de las afirmaciones para resolver sobre el *thema decidendum*. Mientras que para las partes, un hecho puede no tener necesidad de prueba por diferentes actitudes.

Según Carnelutti, “la afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama *admisión*, cuya noción, por tanto, se concreta en estos términos: posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya presupuesto en la demanda contraria”⁴¹.

La admisión representa siempre una causa de exención probatoria, pues no resulta necesario probar lo que el adversario dice en idéntico sentido (admisión expresa); mientras que la admisión tácita es relevante por los efectos que al silencio se le otorgan.

La admisión puede ser *simple* y *calificada*. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y es *calificada*, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndoles una configuración jurídica diferente; por ejemplo, frente a la aseveración del demandante que entregó una suma de dinero en préstamo, el accionado puede decir: “es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación”.

La admisión simple y expresa torna innecesaria la prueba respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consume dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La *admisión tácita* tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que al silencio se le asigne.

Otras veces se refiere a *hechos reconocidos*, como aquellos que menciona el artículo 356 inciso 1º, cuando quien contesta la demanda no niega concretamente todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda.

Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquel se vincula a una decisión voluntaria que permite afianzar efectos más severos que la simple admisión.

Los hechos que se deben contestar o negar son los afirmados, es decir, los que alega el actor como sucedidos, porque los que se omiten no están en el marco de las obligaciones del artículo 356 sino en los hechos que dispone el demandado para introducirlos (art. 334).

Es preciso aclarar que los hechos personales del demandado son los únicos que se deben aceptar o desconocer, porque los que se encuentran mencionados en la demanda como ocurridos respecto al actor, no son pasibles de reconocimiento en la medida que pueden ser ignorados. En este caso, corresponde no callar dicha circunstancia, sino dejar constancia de la omisión por la causa que corresponda.

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, tomo III, Cárdenas, México, 1986, p. 26.

En este tramo del artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal no se establece consecuencia alguna por el defecto en la contestación, recién con el párrafo siguiente se advierte que se constituye una presunción simple, derivada de ese déficit, pero que no es bastante para acordar la razón al actor.

Así como se impone la carga de reconocer o negar los hechos alegados, también se exige respecto a los documentos cuya autenticidad se plantea, y de las cartas misivas que se dicen recepcionadas por el demandado.

En el primer caso estamos frente al reconocimiento de firmas en instrumentos donde el accionado haya tenido intervención, pero no de aquellos que emanen del actor o de terceros.

Sin embargo, la prohibición de reconocimiento de las cartas misivas dirigidas a terceros, contenida en el artículo 318 del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 313 a 319 Código Civil y Comercial), no posee carácter absoluto, pues resulta inaplicable cuando la carta misiva constituye el instrumento de un acuerdo comercial o profesional.

Si se trata de instrumentos públicos, la impugnación se debe plantear por alguna de las vías establecidas en los arts. 296 Código Civil y Comercial y 395 del Código Procesal, salvo que únicamente se formule oposición respecto al contenido de las manifestaciones que de ellos surge (cfr. arts. 994 y 995 del Código Civil y 289 a 298 Código Civil y Comercial –más específicamente el inc. b del art. 296–), donde será suficiente la prueba en contrario.

Cuando el desconocimiento es de documentos privados, el procedimiento posterior se encarrila por los arts. 390 a 394 del Código Procesal.

45. ¿Cuáles son las consecuencias de no contestar la demanda?

Las consecuencias dependen si hay silencio absoluto, o bien se contesta con evasivas. El silencio supone la omisión de pronunciarse expresamente sobre algún hecho o documento que se le atribuye. La respuesta evasiva, es la contradicción ambigua, obrepticia u oscura. En cambio, la negativa general, es la actitud de descansar en la simple negativa de todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda sin agregar más que ello.

Se advierte que la carga impuesta por el artículo 356 no se satisface solo con la negativa de los hechos afirmados por el demandado reconviniendo o por el actor, ya que deben alegarse los hechos que hacen al fundamento de la defensa (CNCiv., Sala E, 1995/12/21, “B., H. c. T., M.”, La Ley, 1996-D, 866 [38.902-S]).

Por tanto, es carga de la demandada explicar claramente los hechos eximentes de responsabilidad en el escrito de conteste y el defectuoso cumplimiento de dicha carga trae como consecuencia la credibilidad de la versión de los hechos expuestos en el inicio, en tanto haya elementos de juicio corroborantes.

En cuanto a las formas, la contestación debe seguir las mismas pautas reguladas en el art 330 CPCCN de demanda, toda vez que constituye una verdadera contrademanda que sigue idénticas solemnidades, a excepción de aquellas que aparecen en el escrito liminar (art. 330, inc. 1º).

De todos modos no hay sacramentalidades absurdas, las que de ser así atentaría en su ritualismo contra el derecho de acceso a la justicia y de defensa en juicio, aunque debe quedar claramente configurada la oposición y el categórico rechazo a los

argumentos desenvueltos. En el supuesto que el juez observe deficiencias u omisiones formales, puede requerir su saneamiento (art. 34, inc. 5, II CPCCN, cf. Ley 26589).

45.1 ¿Qué es la incomparecencia?

Una de las decisiones voluntarias que puede tener el demandado que resulta debidamente notificado de la demanda, es no comparecer.

Las consecuencias que siguen dependen de las actitudes del actor: o solicita la declaración de rebeldía, o continúa el proceso en estado de incomparecencia.

Esta última situación significa que al demandado incompareciente se le tendrán por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos que la demanda refiera (art. 356, inc. 1º, CPCCN); se le notificarán todas las resoluciones en los estrados del juzgado, salvo la citación para que absuelva posiciones, y la sentencia (art. 41, CPCCN).

También, constituye uno de los supuestos del artículo 212 inciso 2º del ritual que otorga a quien se beneficia con la incomparecencia la posibilidad de solicitar embargo preventivo sobre los bienes del reuente.

45.2 ¿Qué es la rebeldía?

Se denomina rebelde a la persona que debiendo ser parte en el proceso (o que siendo parte abandona la litis) deja transcurrir el plazo del emplazamiento comunicado en la cédula que le notifica el traslado de la demanda, haciendo caso omiso a su deber de comparecimiento y estar a derecho. Esta renuencia o desobediencia a la intimación judicial (en ejercicio de la facultad de la *vocatio*) se castiga con el estado de “rebeldía” (conceptualizado como una actitud de sublevación) si la parte contraria así lo solicita.

El principio obedece a la vigencia irrestricta del principio de bilateralidad y contradicción, que queda suplido con el cumplimiento en debido tiempo y forma de la sustanciación de la demanda, de manera que si todo proceso debe constituirse entre dos partes antagónicas con iguales posibilidades de alegación y prueba; cuando una de ellas reniega contradecir, es preciso crear una figura sustitutiva que se desarrolla bajo el sofisma de la ausencia provocada y la prosecución del trámite en tal estado.

Es decir, rebelde es quien, habiendo tenido la oportunidad de comparecer y constituirse en parte; o siendo “justa parte” abandona el proceso, y por tanto deja de controvertir en la litis provocando consecuencias en los actos alegados y/o afirmados por su contraria.

Son requisitos para tal declaración, además del pedido de la parte: a) que quien vaya a ser parte en el proceso tenga domicilio conocido donde resulte citada fehacientemente por algunos de los medios autorizados por el Código Procesal; b) que haya transcurrido el plazo otorgado en el emplazamiento; c) que se haya notificado la providencia que lo declara rebelde.

De no mediar este requerimiento, el proceso continuará en ausencia y con los efectos del incomparecimiento; esto es que se aplicarán los efectos del artículo 41 (alteración del régimen de notificaciones) y no los del artículo 60.

Precisamente la diferencia entre rebeldía y ausencia es nimia, a tal punto que se afirma que la rebeldía no importa sanción alguna contra el rebelde, pues las partes no tienen la obligación ni el deber de comparecer al proceso, sino que se trata de una carga

procesal establecida en su propio interés. En la ley ritual no solo se confirma la facultad acordada a los jueces en el caso de la contestación a la demanda, sino que se le agrega en contra del remiso una presunción *iuris tantum*.

La deserción del actor, como la renuencia del demandado a comparecer o el abandono de estas en instancias más avanzadas de la litis, no retrotraen la causa, que sigue normalmente su curso a partir de las declaraciones de rebeldía.

En el artículo 60 del Código Procesal queda señalado que la rebeldía declarada constituye una presunción de reconocimiento sobre los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, de modo tal que la sentencia se dictará según esta pauta y el mérito que ella merezca.

Inmediatamente se argumenta que en *caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración*.

Esta duda se vincula con cuestiones fácticas que provienen de la dificultad de probar los hechos que se afirmen.

Se observa, entonces, cuál es la dualidad de criterios. Mientras por un lado se dispone que la rebeldía crea una presunción de certeza sobre los hechos lícitos; por otro se argumenta que el proceso obtendrá sentencia según el mérito implícito que el mismo tenga.

En la jurisprudencia existe similar vacilación. Algunos entienden que no hay rebeldía por existir alguna otra presentación del demandado que lo tenga por comparecido; la falta de oportuna contestación debe valorarse como un reconocimiento tácito de la versión del actor. Decretada la rebeldía, el juez queda eximido de efectuar una adecuada valoración de los elementos de juicio incorporados al proceso, según el mérito de la causa y lo dispuesto por el artículo 356 inciso 1° del Código Procesal.

La incontestación de demanda, implica un reconocimiento de los hechos lícitos expuestos por la actora, y de la documentación acompañada en sustento de la misma. En efecto, el silencio de la accionada debe interpretarse como una manifestación de voluntad conforme a la demanda.

En cambio otros sostienen que la rebeldía no implica *ipso iure* la admisión de las pretensiones expuestas por el actor, sino tan solo en aquellos supuestos en los cuales dicho reclamo sea justo y se encuentre acreditado en legal forma (CNCom., Sala A, 1998/06/10, “Bocalandro, Norberto H. y otra c. Villa Muhueta S. A. y otros”, La Ley, 1998-F, 183).

Por eso se agrega que, la falta de contestación de la demanda y la rebeldía del imputado solo tienen efectos atendiendo a la naturaleza de la pretensión debatida, a su legitimidad y a los elementos de convicción aportados (CNCiv., Sala A, 2000/04/26, “Chapar de Becerra, María J. c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, La Ley, 2000F, 983 (43.219-S)-DJ, 2001-1-666).

De igual modo se agrega que las presunciones legales que genera el estado de rebeldía en modo alguno impiden al juzgador evaluar la viabilidad de la acción y acceder a ellas si estuviesen debidamente acreditadas (CNCiv., Sala K, 1998/08/07, “Barret Viedma, Alberto P. c. Cambiasso, Delfo C. V.”, La Ley, 2000-A, 163-DJ, 2000-1-449).

La declaración de rebeldía tiene efectos limitados respecto del contenido del proceso, debiendo el juez resolver conforme las particularidades de la pretensión deducida, la conducta de las partes y las constancias del proceso, sin que la situación de rebeldía equivalga a la admisión de los hechos pertinentes y lícitos, pues solo en caso de duda esa declaración le servirá como “presunción de verdad”. Respecto de los hechos expuestos en la demanda, la rebeldía supone una mera “presunción” de verdad que en la mayoría de los casos requiere ser corroborada por otras constancias del expediente y que solo es operativa “en caso de duda”. (CNApelCiv. Capital Federal, 2013/02/18, “González, Guillermo Walter y otro c/ Godland SACIA s/ Escrituración”, Infojus, FA 13020074).

La rebeldía no impone automáticamente al juez una decisión favorable a las pretensiones del actor, sino que lo autoriza a acceder a ellas si estuvieran acreditados sus presupuestos en debida forma (CApelCiv., Com., Lab. y Min. Sala I Neuquén, 2013/05/14, “Darwich, José Antonio y otro c/ Municipalidad de Centenario s/ Escrituración, Infojus, FA 13070076).

En síntesis, parece mayoritaria la tendencia que indica que la rebeldía no implica, de pleno derecho, la recepción de todo el contenido de la demanda. En efecto, el juez no debe tomar una decisión favorable a la petición del actor sino solo cuando la misma es justa y se encuentra acreditada en forma legal. (CNCom., Sala A, 1999/04/12, “Zambrana Ríos, Pablo c. Embatec Kjarkas S. R. L.”, La Ley, 2000-C, 63-DJ, 2000-2-58).

45.3 ¿En qué se diferencian la incomparecencia de la rebeldía?

La opción que tiene la parte para requerir la rebeldía, o aplicar al renuente de comparecer las consecuencias del artículo 41 CPCCN, tiene a los efectos de lograr medidas precautorias, iguales posibilidades.

En efecto, con la declaración de rebeldía (o aplicando lo dispuesto por el artículo 212 inciso 2º último párrafo CPCCN) se podrá requerir embargo sobre bienes del contumaz; pero la cautela debe diferenciar:

a) Si el rebelde es el demandado, la precautoria perseguirá garantizar el eventual cumplimiento de una sentencia condenatoria;

b) Si la rebeldía es del actor, la única finalidad será para aplicar la cautela al pago de las costas que origina la rebeldía;

c) Mientras que si el proceso tramita en ausencia, la cautela dispuesta por los efectos del artículo 356 inciso 1º o del artículo 63 (rebeldía, propiamente dicha), no obliga al juez a decretar automáticamente la medida, pues está facultado para resolver sobre los presupuestos de procedencia de la misma.

En cuanto a la comparecencia posterior y en cualquier etapa del proceso, si bien ello implica el cese del estado de rebeldía, el principio general es la continuidad de la causa a pesar de la constitución tardía en parte, sea del incompareciente o del rebelde; a menos que pudiera demostrarse la existencia de notificaciones nulas o cuestiones de fuerza mayor que le han impedido hacerlo en su oportunidad y en virtud de lo cual provocará el retroceso del proceso a la instancia de la declaración de rebeldía, anulando todo lo actuado con posterioridad pero permitiéndole plantear solo las defensas que pudiera haber argüido en la contestación de la demanda; habiendo de considerar la regularización del régimen de las notificaciones, presentación de prueba, impugnación

de actos y solicitud de levantamiento de medidas cautelares, todo ello atendiendo siempre a la aplicación del principio de preclusión (vgr. actual art. 3962 CC o art. 2553 Código Civil y Comercial ref. art. 346 CPCCN en cuanto al planteo de prescripción, la laguna reglamentaria producida entre la postura que podría considerar dicha alternativa derogada o subsistente será materia de análisis jurisprudencial, siendo los Jueces los encargados de brindarle a la modificación y unificación del nuevo Código Civil y Comercial una interpretación adecuada y acorde a la finalidad perseguida en esta novedosa etapa iniciada en el ámbito del derecho de fondo, pero con inobjetable influencia e incumbencia en el de orden ritual).

Ambos toman al proceso en el estado en que se encuentra y desde allí se podrá, alegar cuanto corresponda a la etapa procesal del trámite; controlar la prueba; alegar sobre ella, etcétera. Siempre que esas acciones no signifiquen retrotraer el proceso a etapas superadas.

Existen solamente dos excepciones a este principio: a) que la notificación practicada en el domicilio que fue denunciado como conocido, no sea correcto y, por esta causa, la declaración de rebeldía (o del incomparendo) esté afectada en su procedencia legal; b) que existieran causas manifiestamente verosímiles y suficientemente fundadas que hubieran impedido al demandado comparecer en tiempo y forma.

Cabe agregar que en materia de rebeldía declarada judicialmente y comparecimiento posterior durante el trámite de 2° instancia y una vez declarada su apertura, de regulación de costas y de inimpugnabilidad por ejecutoriedad de la sentencia, resultan de aplicación los arts. 66, 67, 68 y cc. CPCCN (principios de continuidad permanente del trámite y doctrina de los propios actos).

Capítulo V

LA JURISDICCIÓN

46. ¿Qué es la jurisdicción?

La jurisdicción es uno de los pilares donde asienta el derecho procesal, junto con la acción y el proceso. Significa “decir el derecho” (*juris-dictio*), de manera que para cumplir esta función es necesario señalar a quienes lo pueden hacer.

Es una forma política de organizar al Estado, permitiendo que los jueces tengan la misión de administrar justicia y actuar en los conflictos entre personas.

De algún modo es una consecuencia de la prohibición de resolver controversias por mano propia (Ley del Talión), de forma que el Estado, a través de los jueces, ejerce un *poder* especial que se denomina jurisdicción. Esta es una atribución única e intransferible.

Pero al mismo tiempo, el Estado se obliga a organizar la labor encomendada, asumiendo entonces un *deber* para con las personas.

Esta función jurisdiccional se ejerce por un tercero imparcial (juez) como repulsa a la justicia de mano propia, debiendo el juez estar cualificado para juzgar a través de la atribuciones que contiene el poder jurisdiccional. De esta manera, las decisiones jurisdiccionales son definitivas con autoridad de cosa juzgada, esto es, con imposibilidad de revisarse lo actuado salvo excepciones absolutamente justificadas.

47. ¿Qué significa autocomposición y heterocomposición?

Históricamente la sociedad comprendió que para convivir sin conflictos los bienes y las cosas se debían compartir en aras del bien común. La existencia de controversias, siempre posible, no era conveniente que fuera resuelta por los propios interesados, porque había sido común que la fuerza del más poderoso dominara el resultado.

De todos modos, el arreglo concertado entre las partes debía conservarse, y solo ante la controversia de imposible solución amistosa se habría de buscar el recurso de los jueces.

Este es el origen de las dos maneras de pacificación social, llamadas *autocomposición* y *heterocomposición*, según el modo de resolver el conflicto sea autogestionado o mediante la intervención de un tercero, respectivamente.

En la autocomposición las partes se ponen de acuerdo. Un ejemplo es el artículo 1641 del Código Civil y Comercial, cuando dispone que la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

Una variación es la *autotutela* que sucede cuando solo una de las partes, sin que la otra intervenga, actúa un derecho en pos de solucionar el conflicto. Es el caso, por ejemplo, del propietario de un terreno de su propiedad tiene derecho a cortar las raíces de un árbol perteneciente a un fundo vecino (art.1982 del Código Civil y Comercial).

Las formas de autocomposición pueden ser *unilaterales* o *bilaterales*. Las primeras se dan con el allanamiento y la renuncia –que puede ser asimilada al desistimiento del derecho–.

El allanamiento supone el sometimiento voluntario de una parte a la pretensión de la otra. Para ser efectivo y producir efectos jurídicos debe ser real (es decir, auténtico), y sin condiciones. También puede comprender la totalidad o solo parte de la pretensión que se le reclama.

En el desistimiento del derecho se abdica (renuncia) a ejercer un derecho que se tiene. Ello significa que en adelante no se podrá utilizar.

La autocomposición de tipo bilateral se muestra con el desistimiento del proceso, la transacción, la conciliación y la mediación.

El *desistimiento del proceso* consiste en el acto de abandonar una demanda propuesta y en trámite; con ello no se espera que se dicte sentencia de fondo respecto del derecho invocado como fundamento de la demanda, conservando el derecho de hacerlo en el futuro. Es decir, que puede plantearse otro proceso con la misma pretensión con posterioridad siempre y cuando no esté prescripta la acción. Este desistimiento debe contar con la conformidad del demandado, de allí que sea bilateral, pues en caso contrario el proceso continúa.

La *transacción* es también un acto bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (art.1641 del Código Civil y Comercial). Las partes hacen valer este acuerdo de voluntades con la presentación del convenio ante el juez.

La *conciliación* es un acuerdo voluntario entre las partes cuya aprobación se somete a consideración del magistrado competente. Puede ser judicial, cuando se da dentro de un proceso en trámite; o extrajudicial, si el convenio se logra fuera de él.

La *mediación* supone la injerencia e intervención de un tercero, que no es el juez, sino un amigable componedor, designado por las partes quien acercará fórmulas de acercamiento a las partes. También el conflicto puede ser resuelto por un árbitro quien decidirá el conflicto a través de una resolución, la que deberá ser acatada por quienes mantienen la controversia.

La diferencia con la heterocomposición está en que en esta, el Estado interviene aun cuando los interesados convengan la forma de solucionar el conflicto, en virtud de existir un “orden público” que satisfacer.

En ese caso es necesario un control jurisdiccional sobre lo decidido por las partes, en el cual el juez valorará las conductas de las partes y decidirá de acuerdo a las normas vigentes si lo acordado por las partes vulnera o no el orden público. Por ejemplo, en caso de conciliación en la disolución de la sociedad conyugal, tenencia de hijos, etcétera.

48. ¿Cuál es el problema teórico de la jurisdicción?

Con la jurisdicción acontece una de las cuestiones más complejas para resolver desde una perspectiva teórica. Sucede que con ese vocablo se hace referencia a diversas situaciones. En primer lugar supone el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene el sistema pensado para los procesamientos y para la función que en ellos

deben cumplir los jueces. La jurisdicción dimana de la soberanía y por eso, solo puede hablarse de una jurisdicción.

Por eso, en esta dimensión sería la actuación del juez como representante del Estado en el proceso. A partir de allí, se observa que existe un deber jurisdiccional de resolver los conflictos de los intereses suscitados entre partes encontradas. Ello significa que necesariamente en el proceso jurisdiccional coexisten tres intervinientes: las partes y el juez. Cuando esos tres elementos no se encuentran no existe función jurisdiccional propiamente dicha.

Ahora bien, las teorías elaboradas en torno de la jurisdicción, destacan por lo general dos aspectos: aquellas que analizan el aspecto puramente *subjetivo* de la cuestión, pretendiendo deducir de sus conceptos el servicio que presta la institución, y otros que prefieren desarrollar los contenidos *objetivos* de aquella, expuestos a partir de quienes la cumplen, sosteniendo en síntesis que, para que haya jurisdicción es preciso contar con una autoridad jurisdiccional.

En realidad, las posiciones sustentan criterios acordes a la época que se suscitan, siendo claro que en un primer momento, la ciencia procesal abordó el dilema jurisdiccional en la perspectiva de la tutela asistida para los derechos de los particulares, y como una explicación al fenómeno que por el siglo XIX, importaba el concepto de acción.

Posteriormente aparecieron los planteos sobre la preeminencia del derecho de fondo sobre el derecho procesal o viceversa, para culminar en esta etapa con el concepto que permite establecer que el proceso es un procedimiento correcto para solucionar conflictos.

Así, conseguida la autonomía del derecho procesal, el problema de la jurisdicción se orienta hacia los organismos que deben cumplir con la función jurisdiccional, en la medida de los aspectos donde se va a desarrollar. De esta manera comienzan a perfilarse distintas corrientes que intentan conformar una concepción convincente del significado de la jurisdicción.

49. ¿Cuáles son las principales teorías y orientaciones?

Las teorías pueden clasificarse en subjetivas y objetivas.

a) La vertiente *subjetiva* considera que la jurisdicción tiene por misión tutelar los derechos individuales de las personas. Es decir, entienden al proceso civil como una herramienta al servicio de los intereses de los particulares. Desde esta óptica se elabora la noción de proceso como lucha entre las partes (Savigny), o como un instrumento de la litis (Carnelutti).

b) La vertiente *objetiva* destaca como elemento predominante la circunstancia de que la jurisdicción tiene por función actuar el derecho objetivo, y por eso la definición de *juris-dictio* (decir el derecho). Aquí se muestra la importancia del Estado a través de la creación de normas generales, o particulares, según se destinen a toda la sociedad o para resolver un conflicto en particular.

En síntesis, las teorías suponen enfrentar dos objetivos: o la jurisdicción se destina para resolver los conflictos entre las personas; o tiene por finalidad aplicar la ley o el derecho objetivo.

Son los dos polos de atención: por un lado se reduce a reconocer en los jueces un verdadero *poder* delegado, que recibe del pueblo para que le resuelva sus controversias; y que al mismo tiempo, constituye un *deber* de prestación que se concreta en dictar sentencias, porque de no hacerlo, se deniega justicia a quien le encomendó esa tarea.

Pero tal división exagera las funciones, porque es evidente que se puede solucionar el caso aplicando la ley pertinente. El problema, entonces, surge cuando el juez tiene que hacer una opción porque el derecho positivo le parece injusto, o porque resolviendo fuera de él crea ser arbitrario.

Tenemos por cierto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional emana de la misma necesidad de conciliar intereses en una sociedad civilizada. Si antes la figura del *pater familias* (jefe del clan, el anciano regidor, etc.), era de simple pacificador entre individuos con aspiraciones contrapuestas, en la actualidad se privilegian fines específicos de prevención a partir de un ordenamiento jurídico determinado; y de represión tendientes a penetrar en la causa del desvío procurando restablecer el orden primitivo.

Si fuera entonces finalidad de la jurisdicción resolver conflictos o controversias, encontraríamos una gran zona de actuación judicial que no ingresa en el terreno de la mera composición.

A su turno, si fuese de actuación del derecho objetivo, sería forzoso trazar distancias con los otros poderes del Estado que también aplican en su campo normas sustanciales.

Basados en la garantía fundamental que establece la jurisdicción en el concierto de los poderes del Estado se impone considerar la protección suprema que esa atribución significa, de modo tal que la *télesis* esencial de la *jurisdictio*, no sea tanto la de aplicar el orden jurídico preestablecido, como sí tomar el valor y respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior.

De esta forma, a la jurisdicción no solo cabe aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos. Este sería el verdadero contrapeso del Poder Judicial, en el equilibrio pensado para los poderes del Estado.

50. ¿Se pueden resolver los conflictos por otros que no sean jueces?

La respuesta es afirmativa. El dilema que se tiene que resolver en los llamados medios alternativos para la resolución de conflictos es el lugar que tienen en la ciencia jurídica, y particularmente, analizar si esos métodos diferentes al proceso judicial, encuentran recepción en la teoría general del derecho procesal.

A estos fines será preciso confrontar cada una de las bases que edifican nuestra disciplina (el derecho procesal) con las singularidades que respecto a ellas tienen en común los sistemas concurrentes.

50.1 ¿Son vías alternativas o equivalentes al proceso judicial?

Una de las dificultades iniciales para esclarecer la cuestión, se encuentra en la naturaleza jurídica que reconocen estas vías.

Si se consideran alternativas del proceso jurisdiccional, de hecho son una opción de preferencia, en cuyo caso, quien pretende demandar a otro puede elegir un método de debate distinto al que le ofrece el litigio ordinario.

En cambio, hay quienes estiman que la posibilidad es solo una cuestión personal, una simple elección por una vía que, en realidad es un equivalente del proceso común.

Otros, consideran que son procedimientos que sustituyen la actuación judicial, generando un impedimento para el acceso a la justicia y, por tanto, devienen inconstitucionales, pues la resolución de conflictos es una tarea –afirman– de los jueces de la Nación.

La definición depende de la perspectiva como la cuestión se enfoque. En efecto, quienes advierten en la conciliación, el arbitraje y demás alternativas similares, un procedimiento supletorio del proceso común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses.

El meollo del tema en análisis provoca un claro interrogante: ¿estas instituciones alternativas pretenden sustituir o colaborar con la justicia?

Para contestar habrá que tener presente que, las crisis humanas habitualmente representan una colisión con intereses de otra. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.), es verdad, pero la búsqueda de respuestas, por lo común, se orienta desde el concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria.

Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad. Cada pretensión de partes constituye una versión “acomodada” de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despojarse de este “método adversarial” encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial.

Si tornamos la intimidación natural que los tribunales conllevan, lo que puede verificarse en cada una de sus etapas, y aun en sus ficciones irritantes (v.gr.: Juicios en ausencia, en rebeldía, notificaciones tácitas, caducidades y negligencias, etc., etc.), para ir hacia un método que resuelva problemas sin padecimientos colaterales, estaremos en condiciones de bosquejar las ventajas e inconvenientes de cada figura posible.

El diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: debe abandonarse la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requería de soluciones jurídicas; mientras que la mediación asumía el acercamiento de intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental. El arbitraje, por su parte, era una forma similar al proceso, pero auspiciada por la voluntad concertada entre las partes.

En cada caso, como se ve, no estamos considerando la científicidad del método sino sus bondades, de modo tal que instalar su estudio en el derecho procesal depende de la adecuación con los principios y presupuestos ideados para caracterizar el método judicial.

50.2 *¿Qué características tienen las acciones de negociación?*

Quien negocia debe saber que no hay tiempos precisos que limiten el éxito o el fracaso de la gestión. Las respuestas anticipadas pueden resultar prematuras cuando no tienen un estudio meditado establecido después de una relación de trabajo.

El problema básico de la negociación no es el conflicto entre partes que se encuentran, sino entre las necesidades, preocupaciones y temores que padezcan y lleven al curso de las entrevistas.

La colisión posible entre los intereses no descarta la presencia cierta de otros que puedan compatibilizarse. La función primordial del negociador será encontrar esas fusiones, demostrando con sus actos eludir las situaciones personales para ocuparse centralmente del problema.

Bien se dice que, antes de dar respuestas debe explicarse el meollo crítico; soslayar el juicio prematuro; la búsqueda de respuestas únicas y totalizadoras; la eliminación anticipada de opciones; o la creencia de que el problema no tiene solución⁴².

Salidas alternativas; ingenio; persuasión; razonabilidad y criterio, son prolegómenos necesarios en las fórmulas de acuerdo y bajo estas condiciones:

- separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas.
- ampliar las opciones en discusión en lugar de buscar respuestas únicas.
- perseguir beneficios mutuos.
- inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión⁴³.

50.3 *¿Cómo se da el acceso a la justicia en los medios alternativos?*

La promoción de un pedido de actuación de árbitros o mediadores, por ejemplo, no supone la inmediata articulación de un proceso judicial. Sí genera un procedimiento propio y singular donde existe un tercero que resolverá –o no– el conflicto procurando mediante sus oficios encontrar una respuesta acordada.

Pero la dinámica de actuación no es un tema de la teoría de la acción: en todo caso, tendremos que analizar si la función jurisdiccional es resolver las controversias que ante ella se susciten aplicando el derecho objetivo o provocando soluciones justas basadas en criterios flexibles de interpretación.

El problema está en ver si los métodos alternativos son un impedimento para el acceso a la justicia.

Si la opción es tal y sin condicionamientos, la elección por una vía extraprocesal o judicial no significa gran cosa, pues la preferencia se basa en la libertad de elegir el método de debate que la parte o las partes entiendan mejor para sus intereses.

El dilema aparece cuando el Estado hace la preferencia y establece como obligatorio el tránsito por las vías concurrentes, tal como ocurrió con la mediación y la conciliación laboral en la Capital Federal.

⁴² ROGER FISHER, William; URY Y PATTON, Bruce, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2ª ed., Norma, Bogotá, 1993, pp. 11-14.

⁴³ ROBER FISHER, URY Y PATTON, *op. cit.*, p. 79.

Por eso, si una de las características más importantes que tiene la mediación consiste en la confianza que las partes obtienen sobre un sistema que les permite aligerar su carga de tensión, eliminar cierta animosidad hacia la contraparte –a quien se deja de observar como adversario–, logrando eliminar la enemistad para convertirla en un medio de acercamiento y pacificación; y siendo que la “confianza” no se impone, parece insostenible tolerar la obligatoriedad dispuesta por la ley.

Es este uno de los puntos de mayor fricción y resistencia por los operadores jurídicos –jueces y abogados, especialmente–, los que se reflejan en el debate parlamentario.

En efecto, sostuvo el senador Cendoya (en la exposición como miembro informante del dictamen de minoría) que “la mediación debió haber sido voluntaria y, en todo caso, en la órbita del Poder Judicial, cuyas facultades aparecen violentamente desconocidas en el proyecto que estamos considerando y que ha merecido críticas de todos los sectores”.

Entre las que cita conviene recordar lo manifestado por la Asociación de Abogados cuando expresa que [...]

“... debemos advertir sobre proyectos de reformas del derecho adjetivo, que prevén su incorporación (de la mediación) con el carácter de obligatoria y como previa a todo juicio, contrariando una de sus características que es la voluntariedad y limitando la oportunidad de la gestión al momento previo a la litis...[]...Cualquier tarea que no sea la de proponer a las partes soluciones posibles para que estas decidan, implica desnaturalizar el instituto...[]...y a nuestro juicio, la sanción de esta ley no va a contribuir a la realización de la paz por intermedio de este servicio metajudicial, sino a incrementar la litigiosidad”.

Fue notoria también la disidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al estimar que era compulsiva la puesta en marcha del proyecto.

La doctrina, aun quienes respaldaron la mediación, se opusieron a la obligatoriedad; algunos indicando que era una forma de compeler a las partes contra su voluntad provocando, quizás, una consecuencia nefasta para el instituto; otros resistiendo la “no voluntariedad” al operar como un contrasistema.

Con mas dureza se ha dicho que [...]

“el desprestigio o *aborto* de la mediación, como se la ha pergeñado, depende de lo que se haga de ahora en más, pues la ley, basada en el *Proyecto Barra*, no tiene como finalidad la implementación de un método alternativo de resolución de conflictos ampliamente acreditado, sino que solo se busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos esenciales: el impartir justicia, tal como se hiciera en otras reas como salud, educación, seguridad, etc. [...]. Es necesario señalar que el sistema creado (obligatorio previo a todo juicio) no tiene parangón en el derecho comparado, por lo que solo se lo podría definir como *criollo* utilizando la calificación vertida por William E. Davis”⁴⁴.

Lo cierto es que el sistema se estableció, bajo el simplismo de sostener que debía ser obligatoria la instancia de mediación porque [...]

“... si lo hacemos voluntario, evidentemente al no existir esta cultura, poco podemos decir de la eficacia que va a tener este procedimiento. Debemos enseñar cuál es el camino a seguir sin que esta obligatoriedad se interprete como una violación al

⁴⁴ EMBÓN, Horacio Santiago, *La mediación obligatoria previa a todo juicio (Ley 24.573). Su perspectiva*. **La Ley actualidad del 5 de diciembre de 1995**.

derecho de defensa en juicio, porque muchos también van a decir que al ser obligatorio, evidentemente, lo estamos sacando de la jurisdicción normal y, en consecuencia, está siendo violado su derecho de defensa en juicio”⁴⁵.

En Diputados el argumento se presentó como “incentivo de la obligatoriedad [...] a fin de que también sirva a otro objetivo que se persigue, consistente en disminuir los pleitos y el trabajo que pesa sobre el Poder Judicial”⁴⁶.

Se agregó que “... el proyecto resuelve el primer problema con la obligatoriedad de la mediación, pero admitiendo que se trata de una promoción cultural por llamarla de alguna forma...”.

Con mejor fortuna se explica que [...]

“la mediación obligatoria con carácter tan generalizado como se la incluye en el presente proyecto no tiene antecedentes en el derecho comparado. No obstante, se justifica la adopción del sistema, dado el fundamento de emergencia judicial que se aduce, con calidad de procedimiento temporario hasta que se sancionen nuevos Códigos Procesales que contemplen la figura definitiva”.

Nosotros vamos a cambiar el ángulo de observación de esta polémica que parece enfocar, exclusivamente, el problema de si existe injerencia o no del Poder Ejecutivo en el Judicial, y si promedia con ello una instancia previa perjudicial para el acceso a los jueces.

Debe diferenciarse la cuestión del “acceso a la justicia” del “acceso a los jueces”, o dicho en otros términos, no es el mismo interrogante resolver si un trámite anterior a la traba de la litis, o para formular la demanda, constituye un obstáculo para el acceso irrestricto a la justicia (v.gr.: la famosa polémica sobre el reclamo administrativo previo; o el depósito de capital, intereses y costas para la admisión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la pcia. de Buenos Aires; etc.); respecto del otro acceso, vinculado con la eficacia de la justicia, en el cual, se pone al servicio del justiciable una serie de medios y de funcionarios para que vinculados procuren alcanzar un resultado satisfactorio a sus respectivas pretensiones (v.gr.: puede ser a través de la conciliación, la transacción o la misma sentencia).

Si el beneficio es para las partes, no vemos posible cuestionar las bondades de los medios alternativos, aun cuando se imponga como un procedimiento previo.

Esta distinción fue formulada hace mucho tiempo ya por Cappelletti en aquel ciclópeo trabajo que se dió en llamar el “proyecto florentino sobre el acceso a la justicia” (en el que trabajaron más de un centenar de juristas, sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos e historiadores, que después de cinco años, publicaron la obra en 1979 que consta de cuatro volúmenes en seis tomos).

Cuando el discípulo de Calamandrei abordó el tema, sostuvo que existían evidentes ventajas para las partes y para el mismo sistema judicial si los conflictos se solucionan extrajudicialmente. “La actual congestión de los tribunales y el costo

⁴⁵ De la exposición del senador BRANDA, miembro informante del dictamen de mayoría al considerar el proyecto sobre mediación y conciliación. Cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, La Ley, 1995, n° 9, p. 263, parr. 39.

⁴⁶ Diputado DURAÑONA Y VEDIA, miembro informante de la mayoría, *Antecedentes Parlamentarios*, La Ley, 1995, n° 9, p. 299, párr. 141.

excesivamente alto de los juicios pueden ser los motivos para que un procedimiento ágil, como es la conciliación, beneficie de especial manera a las partes⁴⁷.

La diversidad de medios, nuevas formas y alternativas para resolver conflictos, son de suma importancia ante una sociedad menesterosa de una justicia efectiva, hoy sobrecargada de tareas, muchas de ellas no específicas.

Pero debemos tener cuidado con la aparición de posibilidades judiciales o extrajudiciales que ofrecen soluciones a la controversia, para que no dispersen la competencia natural que deben mantener los órganos jurisdiccionales.

Quizás más que un problema de “acceso a la justicia” nuestra sociedad padezca una crisis de confianza al sistema, circunstancia por la cual, parece necesario implementar un cambio rotundo, copernicano, que propicie dos fines esenciales: a) recobrar la confianza de los hombres en la justicia, y b) conseguir la especialización del sistema judicial de modo que este se extienda a todas aquellas personas que la necesiten, acoja sus demandas y las ponga en condiciones de obtener los beneficios que los más avanzados derechos sustantivos han y vienen confirmando al hombre (v.gr.: derechos difusos, nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional, etc.).

En síntesis, los remedios paralelos al proceso judicial logran un sistema que no es grosero ni colisiona con el derecho de petición y acceso a la justicia. *Acceso no es entrada, es desarrollo, protección, seguridad y satisfacción sin resentimiento.*

Claro está que para llegar a esta conclusión es preciso sostener que: a) la solución del conflicto no es una sentencia; y b) la función del tercero no es jurisdiccional.

a) Solución extrajudicial

El procedimiento encausado dentro de los medios alternativos no es un proceso; técnicamente el juicio es otra cosa, se vincula con la actividad gnoseológica del juez destinada a subsumir los conceptos jurídicos que las partes han desarrollado en los actos del procedimiento desde la postulación de sus pretensiones.

Además, si relacionamos el acto con el inicio de la causa, estamos en idénticas condiciones: la causa (como proceso) ya existe y está en marcha. Ahora, si fue intelegida como expediente la situación varía, pero seguimos en un cuadro de pertenencia jurisdiccional.

b) La actuación no es jurisdiccional

Con ello, queremos expresar que si la función del mediador, conciliador o árbitro no es jurisdiccional (es decir, no resuelve con carácter obligatorio), las actuaciones debieran estar absolutamente fuera del proceso.

Es probable que esta haya sido la intención del legislador cuando sancionó la ley de mediación, solo que por la redacción establecida, la idea aparece difusa.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 94.

En consecuencia, al pertenecer la actividad del mediador a una etapa del proceso, resulta incongruente que los funcionarios que la activen se encuentren fuera del Poder Judicial.

Es cierto que el modelo que en el Código procesal tiene aparece el juicio de árbitros o el mismo arbitraje privado, donde se permite esta delegación en terceros, pero allí se aclara que la intervención se da “en el proceso” y con motivo de él; mientras que en la mediación creada hay una situación diferente: alienta la pacificación extrajudicial desde un medio judicial.

50.4 ¿Cómo se da el derecho a ser oído en los medios alternativos?

En el derecho internacional de los derechos humanos, el acceso a la justicia se interpreta como el *derecho a ser oído*. Fundamentalmente la garantía se sostiene en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que en las disposiciones 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸.

Desde esta perspectiva, cualquier vía abierta para la defensa de los derechos u obligaciones debe garantizar la igualdad de condiciones para la presentación del caso y la producción probatoria, debiendo esperar del procedimiento encausado una solución efectiva que consagre el derecho a tener un *proceso debido*.

Sostiene Albanese que [...]

“el principio de la tutela efectiva, dijo la Comisión Interamericana, puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. También dijo que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de los requisitos de admisibilidad de una acción puede constituir una violación a ese derecho fundamental. El recurso sencillo y rápido amparado por la Convención Americana impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares”⁴⁹.

Basados en esta inteligente apertura que, de alguna manera, crea nuevos derechos procesales (en sentido estricto, son garantías), no podría dudarse que los medios alternativos responden al precepto que manda escuchar a quien lo requiere, teniendo en cuenta que el derecho a la jurisdicción no se elimina, pues en realidad solamente se posterga a elección y preferencia de las partes.

51. ¿Cuál es el problema de la jurisdicción en los medios alternativos?

El problema aparece en la prioridad que se quiera significar al término *jurisdicción*: o el juez aplica la ley; o resuelve controversias intersubjetivas.

En este marco, es preciso apuntar otros principios: *nemo iudex sine actore*, por el cual, el proceso y, en consecuencia, la actuación del juez proviene de la actividad de las partes.

⁴⁸ Al igual que en los artículos 5, 6, 7 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que consolidan el temperamento. Cfr. ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 21.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 25.

El marco que explica las nociones precedentes contrae una de las cuestiones más debatidas.

Resulta claro que si el arbitraje, la mediación o la conciliación se miran como decisiones voluntarias, libremente concertadas, sus fundamentos pueden tener naturaleza contractual y estar regidos, de alguna manera, por disposiciones sustantivas. *La atención aquí se presta al modo como se origina la intervención.*

En cambio, quienes atienden a la forma como se resuelve el conflicto, tienden a señalar la naturaleza jurisdiccional del acto, argumentando en favor de ello, la presencia clásica de los tres componentes del proceso (partes y tercero imparcial).

Ahora bien, un árbitro no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente pacifica.

De manera coincidente sucede con la mediación, porque el tercero solo intercede entre las partes buscando coincidencias; y el conciliador celebra sus acciones merced a buenos oficios y sobre la base de la pura transacción.

El modo de cumplir el oficio tampoco vincula condiciones jurisdiccionales. Ya sea el arbitraje de derecho (donde el tercero aplica normas jurídicas) o de equidad (cuando actúa decidiendo según su saber y entender), en ningún caso puede asimilarse al juez que tiene imperio y autoridad, fuerza legítima para resolver y ejecutar lo juzgado.

¿Qué es, entonces, el arbitraje? ¿Es jurisdiccional la mediación o la conciliación?

Ante todo son instituciones prácticas para descongestionar la intensa labor de los tribunales. Como tal, podrían ser presentadas como mecanismos alternativos de la jurisdicción, precisamente porque la base de ellos está en el acuerdo de partes que voluntariamente requieren la respectiva metodología.

La base procedimental puede concertarse, no así ciertas materias que escapan a la órbita de los derechos libremente transigibles, los cuales, ante el conflicto, deben sustanciarse ante la justicia ordinaria por afectar directamente al interés público.

Como los medios alternativos no tienen posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Además, como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los terceros que actúan como árbitros, mediadores o conciliadores no integran, por vía de principio, ninguna organización estatal, por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos.

En síntesis, la esencia que contiene a las formas alternativas para la resolución de controversias está en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción –art. 737, CPCC–; exclusiones del artículo 5° de la Ley 26.589, por ejemplo).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resoluciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

52. ¿Hay proceso en los medios alternativos?

El concepto de proceso jurisdiccional es bastante confuso en la sistemática del modo en que la doctrina lo explica. A veces, se lo analiza como el procedimiento que permite actuar como herramienta de los derechos sustanciales; en otras, se le aditamenta el concepto de “debido” para asignarle una condición constitucional que responde en el al concepto formal de cómo debe tramitar un litigio para que no alteren ni afecten los derechos de las personas; y también suele interpretarse a partir de los principios y presupuestos que caracterizan el método judicial implementado para el debate entre las partes.

Alvarado Velloso dice acertadamente que la mayor parte de la doctrina, clásica y posterior, siempre procuró definir al debido proceso sobre conceptos negativos (*no es debido proceso aquel que...*), estimando que el verdadero alcance termina, siempre, como un derecho a la jurisdicción, esto es, el respeto supremo a la regla lógica que desarrolla el proceso judicial: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa⁵⁰.

En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.

Está claro, en consecuencia, que el proceso tiene principios incanjeables como el debate entre partes, frente a un tercero, en perfecto pie de igualdad entre ellas, con el mismo derecho a alegar y probar, y a tener una sentencia fundada en derecho en el menor tiempo posible, de acuerdo con la celeridad que ellas mismas impongan y el juez impulse cuando fuere menester.

También existen presupuestos insuperables para acceder al proceso, como la legitimación y el interés para obrar; además de los requisitos particulares de admisión formal.

Todo ello conformará un procedimiento típico, inconfundible, estructurado por etapas, y con un sistema dialéctico sostenido en los principios de bilateralidad y contradicción permanente.

¿Se pueden aplicar iguales principios y presupuestos a los medios alternativos para resolver controversias? Creemos que no.

52.1 ¿Qué diferencias hay con el método de debate?

Los medios alternativos de resolución de conflictos son, generalmente, informales y sin aplicar una técnica predispuesta. Se trabaja sobre las habilidades del tercero, quien suele reunir a los interesados en una o varias audiencias para que se enfrenten “cara a cara”, pongan de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el gestor del problema tras la solución del caso, sin tener que recurrir

⁵⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses*, La Ley, 1986-E, 1008.

a determinados procedimientos verifcatorios (esto es, que a nadie se le pide demuestre que tiene razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia, cada sistema o método parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y opciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa.

En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como el encuadre preciso entre demanda y contestación; obligación del juez de respetar esa congruencia, verificación de presupuestos de iure y de facto, etcétera.

Cada figura tiene una modalidad que se diferencia por la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse los sistemas de resolución de disputas (por ejemplo, entre mediación y conciliación). La idea es consensuar partiendo del diálogo permanente.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran como fue evolucionando la armonía de la sociedad y como se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Obsérvese esta singularidad, porqué al recordar el origen de la jurisdicción no podremos olvidar que los Jueces actúan, justamente, para evitar que sea la justicia privada la que resuelva los conflictos de la sociedad.

Por eso, las mayores diferencias están en los métodos de resolución de controversias alternativos y el *proceso judicial*.

En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

53. ¿Cuáles son los principios y presupuestos procesales en los sistemas alternativos?

El principio de economía procesal luce en el cuadro sus perfiles más eficientes. No solo por la economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además por la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a los medios alternativos, o por los gastos y honorarios que eventualmente signifiquen.

La rapidez aparece nuevamente otorgando una gran eficacia al servicio prestado, aun cuando no hubiera logrado el acuerdo, jamás su tránsito puede ser absolutamente inútil.

La informalidad es otro de los beneficios que reporta. Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial, lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso, como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía, trae un nuevo contingente para alentar el uso de estos sistemas.

También promedia una ética singular a partir de la confidencialidad del sistema y del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentará armonizar el conflicto de partes. Estos, a su vez, al admitir la colaboración del tercero, saben que no podrán argumentar las “confesiones” recíprocas del procedimiento cumplido si, eventualmente, se frustrara la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto común.

Finalmente, a nadie escapa que a través de estos mecanismos se descongestiona la actividad tribunalicia liberando a los jueces de tareas que otros muchos realizar con mayor seguridad y eficacia.

54. ¿Es un tema del derecho procesal el de los sistemas alternativos para la resolución de conflictos?

Es evidente, a esta altura de los comentarios, que alentamos el uso de los medios alternativos para la resolución de conflictos. Nuestra duda está en aplicar los principios formativos del derecho procesal a cada uno de estos métodos, teniendo presente que se los reconoce, más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto.

La simple resolución del problema no habilita a considerarlos como equivalentes jurisdiccionales, o sustitutivos de la función jurisdiccional, o mecanismos supletorios del proceso común; sencillamente porque el método actuado *no es un proceso*; el tercero que actúa *no tiene jurisdicción*, y la entrada a estos sistemas alternativos es una cuestión que puede afectar el acceso a la justicia

Por ello, consideramos que la ciencia jurídica tiene una nueva disciplina que podrá nominarse como “Gestión de conflictos”, “Administración de conflictos”, “Formas alternativas para la resolución de controversias”, dejando al derecho procesal la etapa de revisión que, efectivamente, garantizará el debido proceso.

CAPÍTULO VI

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

55. ¿Cuál es la misión del juez en el proceso?

Los sistemas procesales condicionan la libertad del juez, como se verá más adelante. Por ahora conviene significar una diferencia importante para definir qué funciones realiza el juez en el proceso.

Desde una visión simple se podría afirmar que controla y dirige los actos que las partes llevan a cabo para decidir al final de la controversia, aplicando el derecho o, como se decía en el derecho romano, dando a cada uno lo suyo. Esta es una perspectiva simple que descansa en mirar al juez como un director del proceso.

Pero un repaso más abarcativo, posibilita señalar tres misiones del juez latinoamericano que lo distingue respecto de un juez europeo. En latinoamérica, al existir un control de constitucionalidad difuso, es decir, donde cada juez debe preocuparse por la fiscalización del principio de la supremacía constitucional, son deberes: a) resolver los conflictos que las partes someten a su consideración; b) controlar que las leyes que se deban aplicar sean ajustadas a los principios y garantías que tiene la Norma Fundamental del Estado y los Tratados y Convenciones internacionales que al efecto se hubieran suscripto o incorporado al texto constitucional, y c) ejercer una suerte de equilibrio entre los poderes, fiscalizando el principio de legalidad.

Cuando partimos de la base de diferenciar los poderes jurisdiccionales del magistrado Europeo respecto del americano, no lo hacemos con la intención de sostener que entre ellos hay contrastes esenciales, sino para advertir que el punto de partida político ha sido desigual. Ello condiciona la naturaleza de los actos que dinamizan la función, porque mientras unos saben que su señorío se acota al tipo de procedimiento donde actúan (v.gr.: jurisdicción administrativa; jurisdicción ordinaria; justicia constitucional, etc.), otros confunden de modo permanente las potestades, al tener que actuar simultáneamente, como fiscales del obrar de gobierno y como órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución y demás normas fundamentales.

Con ello, la sutil diferencia entre ser tribunales que administran justicia respecto a quienes ejercen un poder judicial, no parece superficial, pese a la generalidad del aserto.

Sin embargo, también es cierto que el origen de los modelos ha variado en el curso de los tiempos, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* Europea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto. Esta asimetría la veremos en el capítulo que desarrolla el control de constitucionalidad en el proceso.

En este contexto, uno se puede tentar con planteos teóricos y reiterar el interrogante clásico acerca de cuál es la misión constitucional de los Jueces, para caer en posiciones restringidas que la constriñen a la aplicación de la ley; o en otras más

elásticas que admiten la interpretación de la norma; o pensar en un magistrado con potestades suficientes para constituir un órgano más en la estructura del Poder político, de manera que también el juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales, entre otros muchos pensamientos, que llevan a modelos potenciales del juez.

Asignada la tendencia, cuadra posicionar al Tribunal en el marco previsto como opción valorativa (y como tal, subjetiva y plenamente opinable) y proyectar cómo puede desempeñarse en el proceso, para que este sea un obrar establecido como regla.

Comienza así una difícil tarea de esclarecimientos, donde la función no se concibe lineal (no es igual la responsabilidad de juzgar en el campo penal que la derivada de temas civiles) y por eso los principios generales pueden mostrarse, a veces, inconsistentes ante la urgencia, apáticos hacia una realidad que les reclama adaptación, o incongruentes con la finalidad de ser justos.

La cuestión, entonces, se posiciona desde una atalaya no habitual, donde el conflicto a resolver se suscita con el alcance que significa ser juez en uno u otro sistema constitucional, porque los poderes de la jurisdicción varían; de manera que la actuación en el proceso señalará reglas comunes (v.gr.: hacer que se cumpla el paradigma de la supremacía de la Constitución), pero la actividad propiamente dicha, sufrirá adaptaciones acordes con la finalidad de cada litigio, y la misión que se encuentre prevista para el juez, en cada caso.

En definitiva, no es posible señalar una misión estándar para el juez en el proceso, porque la función se desplaza conforme el objeto que actúa, de manera que difiere en los casos siguientes:

- a) El juez constitucional y sus poderes-deberes en el control de constitucionalidad;
- b) El juez de competencia común (civil y comercial);
- c) El juez con actuación en procesos sociales (familia, laborales, seguridad social)
- d) El juez que trabaja con conflictos estatales (contencioso administrativos)
- e) Los jueces con competencia penal en sus diversas ramificaciones

Sin embargo, un examen de esta contextura sería errado, porque significaría tanto como afirmar que hay tantos modelos para la función jurisdiccional como ramas existan en el derecho a aplicar.

56. ¿Cuáles son las funciones principales del juez?

Advertidos sobre la diferencia posible de acuerdo con el tipo de proceso donde actúa, pueden encontrarse coincidencias en tres funciones básicas, ya señaladas: a) resolver el conflicto intersubjetivo; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar el obrar administrativo o de los órganos de gestión.

Mientras que, internamente, es decir, como director del proceso, el juez cumple funciones de control sobre los principios y presupuestos procesales, lo que significa tener cinco funciones esenciales:

Notio, o facultad de conocer en un asunto determinado.

Vocatio, o facultad de emplazar a las partes para que se constituyan en el proceso a estar a derecho.

Coertio, o poder jurisdiccional de aplicar sanciones a quienes no cumplan con los mandatos judiciales.

Iudicium, o poder jurisdiccional para resolver con carácter final y definitivo.

Executio, o poder de ejecutar por la fuerza las decisiones tomadas.

57. ¿En qué se diferencia la actividad judicial de la actividad legislativa? ¿Qué diferencia existe entre sentencia y ley?

No existen problemas superiores que impidan delimitar las funciones jurisdiccionales de las legislativas, aun cuando ambas comulguen en la finalidad de obtener la paz social y la armonía entre los habitantes.

Es verdad que la distinción más importante corresponde sobre las realidades que atrapan, en tanto una legisla hacia el futuro mediante la aprobación de normas generales sostenidas en base a una abstracción que inspira una conducta ideal, la otra aplica un ordenamiento jurídico preestablecido. Es decir, la ley mira lo general del caso que resuelve, mientras que la sentencia analiza el caso particular del que se ocupa.

Una opera sobre la finalidad que persigue para la totalidad del conjunto social; la restante, complementa e interpreta un acto ya conocido (v.gr.: la ley), siendo su obrar resorte de una crisis de identidad o desconocimiento hacia esa previa estipulación del orden normativo.

Calamandrei refiere tres disposiciones en el acto legislativo, son ellas: 1) generalidad, 2) abstracción y 3) novedad. La primera porque la ley regula una serie de casos indefinidos y no solo una causa. Es una volición abstracta en cuanto no regula casos ya concretamente verificados en la realidad, sino considerados en hipótesis como posibles en el futuro; y es innovativa, porque nace con ella un nuevo derecho ⁽⁵¹⁾.

Frente a ellos, el acto jurisdiccional se muestra *especial* o *único*, en tanto analiza un caso en particular sin extender sus efectos más allá de los límites que le fija el instituto de la cosa juzgada; es *concreto*, porque emite un juicio de valor circunscrito a un tema específico y sobre el que existe un orden jurídico previo que lo regula; y es *declarativo*, porque no crea un derecho nuevo, sino que observa el desplazamiento del que le precede para subsumir en él las conductas juzgadas.

No varía el criterio ni se difumina cuando el juez declara la inconstitucionalidad de una ley, o la ilegalidad de un precepto o resolución administrativa, por cuanto, siendo función jurisdiccional la tutela del orden fundamental establecido en la Constitución, puede sentenciar contra el derecho consagrado en la norma (legislativa o administrativa) sin cercenar con ello el equilibrio de las misiones.

En realidad esa actitud de enfrentamiento no supone crear derecho (esto es, convertir al juez en legislador), sino tan solo, acomodar la situación legislativa a tono con la finalidad que le impone el orden superior de las garantías mínimas para preservar la continuidad del sistema (art. 31, Constitución Nacional).

⁵¹ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1996, p. 187.

También el proceso de formación de cada acto es sustancialmente distinto: la ley proviene de un análisis previo de necesidades que buscan consenso y acuerdo en el debate parlamentario para determinar así su conveniencia e implantación; mientras que el acto jurisdiccional (sentencia) se halla precedido de un proceso que reclama un mínimo de seguridades (debido proceso) para garantizar la eficacia del resultado.

En el plano de la vigencia acontece una nota singular que cobra trascendencia. La ley puede ser modificada, transformada o simplemente derogada, a través del dictado de otra disposición similar que la sustituya o simplemente la anule. En cambio, el acto jurisdiccional es inmutable y pervive hacia el futuro impidiendo toda nueva reconsideración entre las mismas partes. Esta firmeza del acto jurisdiccional se denomina *cosa juzgada*.

58. ¿En qué se diferencia la actividad judicial de la gestión de gobierno? ¿Qué diferencia existe entre sentencia y acto administrativo?

Buscar diferencias entre la jurisdicción y la administración sobre las encontradas con la función legislativa padece de notoria insuficiencia, toda vez que son reiteradas las oportunidades en que coinciden las actividades de aquellos al punto que provocan significativas confusiones.

Tanto el Poder Judicial como el Ejecutivo aplican normas jurídicas vigentes en supuestos que la realidad les presenta, sus juicios de valor son similares y las consecuencias y efectos de sus decisiones tienen la misma fuerza ejecutiva. Sin embargo, en este último aspecto, la cosa juzgada ingresa un matiz definitivo, como veremos enseguida.

Entre actos jurisdiccionales y actos administrativos hay muchos paralelos a partir de la existencia de un conflicto. Ambos aplican un ordenamiento preconcebido; el estudio de las causalidades para llegar a la subsunción de la conducta a la norma; el mismo procedimiento habitualmente desarrollado en las tres etapas clásicas de la proposición, deliberación y decisión; cada uno de ellos en conjunto perfilan un rostro muy similar para el activismo jurisdiccional y administrativo.

Sin embargo, la parte final del camino empieza a bifurcar senderos. Si el recorrido comienza por el procedimiento administrativo, advertiremos que las decisiones finales no son definitivas pues siempre admiten la revisión judicial de sus actos. La imperatividad proveniente de la fuerza ejecutoria que ponderan normalmente, no impiden la reiteración del planteo ante una instancia nueva como es la jurisdiccional.

Si fuese de un proceso judicial el tránsito escogido, la sentencia gozaría de un atributo que otros actos no tienen: la eficacia de la cosa juzgada.

Sería esta la característica principal que define a la jurisdicción frente a la legislación y a la administración. La permanencia de las resoluciones hace a la función jurisdiccional.

Serra lo define contundentemente: “cuando un acto determinado sea irrevocable o esté ligado directamente a un acto irrevocable, dicho acto será jurisdiccional. Cuando, por el contrario, existe la posibilidad de que un acto sea revocado, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa”⁵².

⁵² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 60.

La certeza práctica que tiene esta característica elimina dificultades de estudio y facilita el encuentro con manifestaciones jurisdiccionales.

Pero, además, caracteriza la independencia de la jurisdicción con la función pública (política) para ubicarse en el ámbito del proceso y como una garantía previa.

La inmutabilidad de los decisorios, unido a la ejecución del mandato judicial es precisamente, la piedra de toque que completa esta teoría. La sentencia puede cumplirse inmediatamente, porque el condenado está personalmente conminado a ello; a diferencia del acto administrativo de resolución que carece de fuerza compulsiva, aun cuando posea autoridad.

De todos modos la cosa juzgada es la referencia más concreta para encontrar distancias. Sin embargo, son numerosas las objeciones que se formulan a este criterio.

En primer lugar, se dice que no todo proceso culmina con la sentencia, impidiendo entonces conseguir efectos definitivos; asimismo, se arremete contra otras figuras procesales como la litispendencia.

En realidad, estas objeciones no transmiten alternativas de probable suceso. Puede ocurrir que el litigio culmine sin sentencia por mediar abandono del mismo, en cuyo caso, no existiría inconveniente alguno en reproducir la pretensión y generar un nuevo proceso, toda vez que en el primero, no existió decisión jurisdiccional. Si, en cambio, el juicio fue objeto de una estipulación precisa de composición (allanamiento, desistimiento, transacción, etc.), los actos comprobatorios de esos actos convalidan con efecto de *res judicata* las soluciones alcanzadas.

Con relación a la litispendencia, Ramos Méndez apunta coherentemente que “nada obsta para la calificación de jurisdiccionales de algunos de los actos producidos a raíz de la litispendencia, ya que por sí mismos no constituyen unidades autónomas, sino que se integran en el proceso en el cual se desarrolla no solo la jurisdicción sino también la acción de las partes”⁵³.

En segundo término, se cuestionan los límites que impone la cosa juzgada, dado que no siempre son temporalmente definitivos, sino que reducen su extensión según la calidad de las partes o la naturaleza del problema (cosa juzgada formal y material).

Pero el reparo es baladí, porque en suma existe cosa juzgada, y la posibilidad de reiteración encuentra los valladares concretos de la trama procesal, sea por los alcances de la cosa juzgada, o por las cancelaciones futuras que establece la preclusión de ciertos actos procesales.

En tercer lugar, se critica el carácter definitivo e inmutable de los pronunciamientos, a la luz de impugnaciones específicas que los revocarían oportunamente (v.gr.: recursos de revisión; rescisión; extraordinario de nulidad; etc.).

También aquí el cuestionamiento cae por su propio peso, en atención a que siempre existe una nueva decisión y, en definitiva, no supera el problema de los límites de la cosa juzgada.

Asimismo va cobrando fuerza la posición de cierto sector doctrinario que alerta sobre la existencia de cosa juzgada en los actos administrativos, quebrando de ese modo la nota atributiva especial que se pretende para la jurisdicción.

⁵³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 141.

Empero, el llamado de atención retorna al punto inicial de estas reflexiones, destacando simplemente a los fines de esta exposición, que no existe tal cosa juzgada administrativa sino algo similar que es la firmeza de ciertos actos que devienen irrevocables.

59. ¿Cuáles son los atributos más importantes del juez?

La cuestión se responde teniendo en cuenta el significado y alcance que se otorgue a los atributos de la independencia e imparcialidad de los jueces.

Es decir, si se trata de una autonomía del poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las Normas el objetivo del bienestar general, y por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial; actualmente, el origen de la Ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas “garantías de la jurisdicción”, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

La noción de justicia *independiente e imparcial* es, entonces, un atributo de los jueces y un requisito de validez para el proceso, en definitiva, una garantía jurisdiccional.

60. ¿Cómo se dividen las materias en la función judicial?

La actividad de los jueces se divide conforme el objeto que las partes proponen. A veces se trata de resolver conflictos entre sujetos en posiciones antagónicas, denominándose esta intervención: *jurisdicción contenciosa*; en otras, la actuación del juez proviene de exigencias legales, o como contralor del orden público exigido para la actividad propuesta, en cuyo caso, se habla de *jurisdicción voluntaria*. En esta, propiamente, no hay controversia entre partes, sino un conflicto en la aplicación del derecho.

La jurisdicción contenciosa explica toda la problemática del proceso contradictorio, mientras la jurisdicción voluntaria desarrolla la participación del juez en los conflictos sin controversia, o bien en aquellos que se generan a partir de una petición individual que no importa oponer intereses hacia otro. De todos modos la precisión es superficial.

La primera defección parece estar en el nombre. Oponer a la jurisdicción contenciosa la denominada jurisdicción voluntaria distrae la idea central del instituto. Más correcto sería hablar de una jurisdicción contenciosa y de otra extracontenciosa, completando el marco con las intervenciones de la justicia en procesos sin controversia pero necesarios para concretar un acto procesal determinado.

Para interpretar debidamente a la jurisdicción voluntaria no es necesario tomarla en relación con la jurisdicción contenciosa.

Esta última, cierto es que desarrolla los epígonos trascendentes y constitutivos del proceso civil; pero el trámite de un proceso voluntario no difiere en importancia, ni esta privado del rol principal de que el otro importa.

Los criterios para alcanzar la cuestión pueden fraccionarse en relación con las finalidades jurisdiccionales que obtienen.

Un primer momento, demuestra que la jurisdicción voluntaria –como la contenciosa– se activa a pedido de la parte interesada, aun cuando no se reclame frente a otro el conflicto generado por una disputa de intereses contrapuestos.

Aquí la actividad puesta en marcha destaca un problema individual que solo el órgano judicial esta en condiciones de resolver.

No hay pretensión, en el sentido que elaboramos en los capítulos precedentes, pues no se dirige frente a sujeto determinado y distinto del que reclama, sino que promedia una petición. En consecuencia, el interesado tampoco es parte, sino participante o peticionario en el proceso incoado.

Este presupuesto inicial, empero, necesita de algunos refuerzos para comprender la idea.

La afirmación de que no existen partes o parte en el proceso de jurisdicción voluntaria, supone desplazar la noción de controversia, en tanto huelga su presencia y el problema se suscita en la órbita de un derecho de contenido privado, que debe resolver el órgano jurisdiccional.

A su vez, desde este emplazamiento, podría deducirse que el Estado tiene también un interés particular en la cuestión, sea por razones de conveniencia pública o para dar formalidad y legalidad al acto que se va a realizar o aún para fiscalizar el compromiso hacia la constitución de una nueva relación jurídica.

Va de suyo, que en uno u otro caso, los actos que componen el material dispuesto para desenvolver la jurisdicción voluntaria o graciosa depende de la previa atribución legislativa en el marco de una absoluta discrecionalidad donde las razones jurídicas quedan inicialmente desplazadas por el motivo de oportunidad, mérito o conveniencia.

En segundo término, con el proceso en desarrollo, debe analizarse el contenido de la función cumplida, para responder al problema de saber si ella es función jurisdiccional, propiamente dicha, o actividad administrativa, *stricto sensu*.

El derrotero más simple sería otorgar carácter jurisdiccional, únicamente, a los procesos contenciosos, derivando a los demás la función administrativa que el juicio admite.

Es jurisdiccional la tarea del juez en la función que encaminan los procesos voluntarios, pero esta actuación del derecho o protección del interés privado, no es sacramental porque, en suma, la intervención cubre una premisa de orden legal, sea para verificar la existencia de una relación jurídica, o para fiscalizar los efectos que contraen ciertas facultades o derecho que los particulares ejercitan.

Por eso también, la cosa juzgada es un elemento importante para distinguir, pero no para caracterizar ella sola la función, pues esta cuenta con otras singularidades no menos importantes.

Estas características principales a nuestro entender, serían:

- a) En la jurisdicción voluntaria no hay controversia concreta, sino únicamente un interés a tutelar.
- b) No hay partes, porque no hay conflicto; hay, en cambio, peticiones y motivos de intervención.
- c) Los efectos perseguidos son diferentes a los del proceso contencioso; mientras en estos se quiere comprometer los intereses y derechos de terceros o de otro; en los procesos voluntarios los fines pretendidos son personales.
- d) La posición del juez en el proceso también difiere. En los asuntos litigiosos resuelve como tercero imparcial; en cambio, en los voluntarios, conservando el motivo ajeno deja de ser tercero cuando acude supliendo una voluntad estatal (legislativa).

CAPÍTULO VII

EL PROCESO

61. ¿Qué significa la voz proceso?

El vocablo proceso (*processus*, de *procedere*) significa avanzar, marchar hasta un fin determinado, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos; así se habla de un proceso químico, de un proceso de desarrollo, de un proceso de curación.

Llevada la idea al sistema judicial, el proceso es, en sí mismo, un método de debate que se desarrolla en etapas determinadas. En él participan elementos humanos – jueces, auxiliares, partes, testigos, peritos, etc.–, los que actúan según ciertas formas preestablecidas en la ley. Ellas constituyen el procedimiento y resguardan la producción de actos jurídicos procesales, vale decir, actos humanos dirigidos por la voluntad jurídica.

Por eso se llama proceso judicial a un sistema compuesto por una serie de actos derivados de la parte y del órgano judicial, coordinado entre sí y realizado en forma sucesiva, que tienen como fin fundamental lograr la justa composición del conflicto.

El proceso supone una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional.

62. ¿Cuál es la finalidad del proceso?

En el Estado moderno, la prohibición de la autodefensa, es decir, del ejercicio por mano propia de la resolución de controversias entre los hombres, supone establecer el principio de legalidad.

Por este, las leyes se deben cumplir, y de producirse inobservancia, los jueces actúan a pedido de la parte que se considera afectada por esa falta de acatamiento o respeto a las normas preestablecidas.

Se trata, entonces, de aplicar a través de los jueces una fuerza distinta. No ya la que proviene de la decisión particular, sino la que el Estado legaliza haciendo uso de las vías procesales pertinentes.

La existencia del proceso surge como una necesidad del Estado, al asumir en sustitución de las partes el poder coercitivo, no le basta con tener ese poder que se manifiesta por la jurisdicción, sino que además debe establecer un método o un camino para que la solución de las situaciones jurídicas ante él planteadas por vías de la acción y de la pretensión, desemboquen en una norma particular.

El problema que se deriva de esta finalidad sucede por las dos posibilidades que se deducen. Una primera conduce a imponer a través de los jueces la aplicación forzada de las leyes; la otra, no mira la naturaleza del acto que se cumple sino el beneficio que el acto permite, hablándose así, del proceso como solución de controversias entre los hombres.

63. ¿Cuáles son las principales teorías?

El estudio de la naturaleza jurídica del proceso consiste en resolver si la relación que se produce con el encuentro entre partes, ante un juez, es un fenómeno reconocido en alguna de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial.

La doctrina ha presentado distintas orientaciones. Unas se basan en la naturaleza que muestra el vínculo entre las partes, otras enfocan la actuación judicial, y algunas más, observan el rol del Estado dentro del proceso judicial.

Por eso, las tendencias se dividen en teorías privatistas y publicistas, según apunten hacia el carácter privado de la relación, o a la clara finalidad pública que tiene un determinado procedimiento.

63.1 Doctrinas privatistas

Recordemos que la autonomía del derecho procesal científico se consigue recién con el aislamiento de la acción del derecho, de modo tal que las primeras teorías elaboradas en torno de la problemática ahora planteada fueron influidas por aquella concepción estrecha que no reconocía fisuras entre uno y otro derecho (no hay acción sin derecho)

Las teorías privatistas suceden en un momento histórico donde el derecho civil reunía prácticamente todos los intereses individuales y políticos, sirviendo como punto de partida y elaboración de todas las teorías que pretendían justificar cierta autonomía.

a) *El proceso como contrato*: la doctrina contractualista del proceso deriva de ciertos conceptos tomados del derecho romano, que teniendo en cuenta la formación de la *litis contestatio* señalan, en forma expresa o implícita, un acuerdo de voluntades.

En un comienzo, el proceso se desenvuelve como una deliberación más que como un debate. Las partes exponían su derecho ante el pretor, hablando libremente, tanto entre sí como con el magistrado. De estas circunstancias, se infiere que no puede existir *litis contestatio* si las partes no se ponen de acuerdo para ello.

La doctrina se reelabora en Francia durante los siglos XVIII y XIX, especialmente a través de los civilistas Demolombe, Pothier, Aubry y Rau, entre otros, quienes consideran que la relación que entre las partes se establece, solamente puede tener validez si es un acuerdo concertado, es decir, un contrato para someter el conflicto a la decisión de un juez.

Se afirmó que el efecto entre partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones solo afectan a los contratantes y que la fuente de ella la convención.

La crítica que se le hace a esta concepción proviene de observar que, ni aun históricamente el proceso se ha formado bajo el aspecto de un contrato. La primitiva concepción romana de la *litis contestatio* no respondía exactamente a un acuerdo de voluntades, sino al emplazamiento forzado que sufría quien era demandado. La voluntad no fue libre, y por eso, no se podría reconocer en el proceso un acuerdo entre partes.

Hoy día, esta posición no tiene basamento legal que la sostenga, principalmente por el carácter publicístico adquirido por el proceso donde la actividad judicial no puede resolverse sobre un acuerdo de voluntades individuales.

Tampoco resiste el embate que sufre cuando se alerta sobre la posibilidad del proceso en ausencia o en rebeldía; o cuando la pretensión resulta de mera certeza o de inconstitucionalidad o ilegitimidad de normas provenientes de otros poderes del Estado.

b) El proceso como cuasicontrato: con la intención de fortalecer el concepto descrito precedentemente, los autores privatistas del siglo pasado procuraron relativizar las críticas que mostraban la debilidad de la teoría contractualista.

Especialmente en Francia, sostuvieron que era necesario ver en la *litiscontestatio* el hecho generador de una obligación bilateral en sí misma. Como ella no presenta ni el carácter de un contrato, puesto que el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni el de un delito o de un cuasidelito, puesto que el litigante no ha hecho más que usar de su derecho, lejos de violar los de otros, los autores alemanes valiéndose del texto de la ley 3 F.F. de peculio, le han reconocido el carácter de un cuasi contrato.

Esta concepción toma cuerpo en los prácticos españoles, especialmente Manresa, Reus, De la Serna, Caravantes; y fue aceptada por argentinos como Parodi, Rodríguez y De la Colina.

No es posible, sin embargo hallar una justificación razonable de esta tesis, porque la concepción del juicio como cuasicontrato procede por eliminación, partiendo de la base de afirmar que si el juicio no es contrato, ni delito, ni cuasidelito, debía ser por eliminación cuasicontrato, siendo este necesario para introducir la instancia y hacer posible la decisión del juez.

De todos modos, las dos posiciones privatistas resultan superadas en la actualidad ante la sola constatación del rol de los operadores jurídicos que postergan todo acuerdo previo para ajustarse, en realidad, al método dialéctico concebido por el juicio.

63.2 Doctrinas publicistas

La autonomía científica del derecho procesal, y después, la elevación del principio de autoridad en el proceso mediante la publicización, concretan una serie de doctrinas que explican la naturaleza del proceso desde una técnica distinta a la apuntada.

a) Doctrina de la relación jurídica procesal: el proceso es una relación jurídica, en la cual las partes entre sí y ellas con respecto al juez, se hallan ligadas por una serie de vínculos, no solo de carácter material sino también de carácter procesal. Dicha relación consiste en el complejo de derechos y deberes de los cuales está hecho el proceso civil.

Ese conjunto de derechos y deberes dan al juicio la condición de una unidad, por el cual los diversos actos están reunidos en vista de un fin común. Los diversos actos procesales reunidos, tomados en su conjunto, forman esa unidad jurídica que es el juicio y que permite hablar de una relación jurídica dirigida a la obtención de un fin unitario en el orden del derecho.

El concepto de relación jurídica procesal es acuñado en la obra pandectista alemana del siglo XIX; Hegel y Bethmann-Hollweg transplantaron al proceso civil este criterio, siendo Von Bülow el primero en sistematizar el pensamiento.

Afirma que la actividad procesal que desenvuelven los sujetos procesales se vincula en el proceso para llegar a obtener un fin común. Juez y partes traban dicho nexo jurídico, investido cada uno de ellos de poderes determinados que controla la función jurisdiccional y cuya finalidad es la solución del conflicto de intereses.

A su tiempo, la relación es procesal porque los deberes impuestos son recíprocos, y así como el juez asume el compromiso de tutela, ordenación y decisión del litigio; a las partes les corresponde el deber de exponer los hechos en forma clara y explícita, de observar los tiempos predispuestos, de colaborar con el órgano jurisdiccional y sus auxiliares, etcétera.

Chiovenda, principal cultor de esta teoría, sostiene que la idea es inherente al concepto romano de que *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*. Por ello, agrega [...]

“La relación procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público. Autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de partes... Compleja, en cuanto no comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos... Perteneciente al derecho público, porque derivase de normas que regulan una actividad pública”⁵⁴.

La crítica que se le hace a esta doctrina es, que los actos procesales encaminados a un mismo fin, aún cuando haya varios sujetos, no llega a ser por eso, una relación jurídica.

En el derecho procesal cuando se habla de relación jurídica, se tiende a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí los diversos actos procesales.

b) Doctrina de la situación jurídica: la tesis corresponde a James Goldschmidt que dice [...]

“El concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal, en que este no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquel designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de situación jurídica no es distinto del de relación procesal, y por ello es imposible admitir que esta se desenvuelva hasta llegar a ser una situación jurídica; esto no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso. Resulta por ello innecesario recurrir al concepto de relación procesal, para asegurar la unidad del proceso, ya que tal unidad viene predeterminada por el derecho material, objeto de referencia de las situaciones jurídicas que surgen en el proceso...”⁵⁵.

La teoría se basa en el famoso “derecho justicial material” del jurista alemán. De allí que se argumente que en el proceso judicial, el derecho queda reducido a

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 95.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Justicial Material*, *Revista de Derecho Procesal*, 1946-1, p. 1 y ss.

posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda.

Cuando el derecho asume la condición dinámica que le depara el proceso, se produce una mutación esencial en su estructura, ya que no podría hablarse allí propiamente de derechos, sino de posibilidades de que el derecho sea reconocido en la sentencia; de expectativas de obtener ese reconocimiento; y de cargas sean imperativas o impulsos del propio interés para cumplir los actos procesales.

Siendo esto así, no puede hablarse entonces de relación entre las partes y el juez, ni entre ellas mismas. El juez sentencia no ya porque esto constituya un derecho de las partes, sino porque es para él un deber funcional de carácter administrativo y político. Las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de las mismas al orden jurídico, en su conjunto de posibilidades, de expectativas y de cargas, y esto no configura una relación, sino una situación, o sea, el estado de una persona frente a la sentencia judicial.

La doctrina de la situación jurídica, no ha logrado obtener entre los autores latinos y americanos una adhesión considerable.

Se le ha reprochado que no describa el proceso tal como debe ser técnicamente, sino tal como resulta de sus deformaciones en la realidad, por ende no puede hablarse de una situación sino de un conjunto de situaciones.

c) Doctrina de la institución: la idea de que el proceso es una institución, se encuentra expresa o implícitamente expresada en los estudios que algunos escritores franceses, como Maurice Hauriou, destinaron a fundar la concepción institucional del derecho.

Ciertos escritores alemanes habían utilizado también el vocablo “institución” para caracterizar el proceso. Dentro de este panorama, Guasp lanzó la idea de que el proceso es una institución [...]

“Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una continuación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de esas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también”⁵⁶.

A nuestro entender, la teoría tiene puntos positivos para individualizar el carácter público del proceso, resolviendo claramente su situación institucional por encima de la voluntad de las partes. Podemos reconocerle, en cambio, su insuficiencia para responder a los demás problemas intrínsecos del procedimiento.

⁵⁶ GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, op. cit., tomo I, p. 22.

d) Doctrina del servicio público: proviene de notables administrativistas franceses (Duguit, Jesé, Nezard); conforme a ellos el proceso es un servicio público comprendido en la actividad administrativa que desenvuelve el Estado.

En España, González Pérez refleja la posición pero en la perspectiva de la función pública, considerando inapropiado el concepto de servicio público. A su entender [...]

“el proceso es, respecto de la función jurisdiccional, lo que el servicio público es respecto de la función administrativa. Uno y otro consisten en un complejo de actividades o actuaciones en que se concreta una función pública. En uno y otro caso existe un complejo de actividades presididas por la idea común de satisfacer una necesidad pública. El proceso y el servicio público son instituciones a través de las cuales se realiza una función estatal...”⁵⁷.

e) Doctrina del Procedimiento: la noción de proceso toma cuerpo en la descripción del fenómeno, de manera tal que el proceso todo, sería simplemente un acto.

Furno la dedujo en 1953 y Fazzalari la completa diciendo que “el procedimiento se resuelve en una serie de comportamientos valorados por la norma y ordenados uno detrás del otro, de modo que cada componente presupone aquellos que lo preceden, y condiciona aquellos que lo siguen”⁽⁵⁸⁾.

Bien apunta Ramos Méndez que por esta vía se ha esfumado por completo la noción de proceso para reducirla a ser un mero procedimiento. Claro está que el trueque provocado, modifica el punto de partida, porque la unidad se obtiene desde el procedimiento. *Mutatis mutandi*, si se quiebra la secuencia típica, no habría proceso, circunstancia sorprendente e imprevista, que dejaría sin explicación lo hasta allí sustanciado⁵⁹.

La incorporación del orden temporal al proceso, vale como elemento característico, pero responde a un criterio técnico y no de esencia. Por otra parte, si redujesemos al procedimiento la *ratio essendi* del proceso, solo conseguiríamos una respuesta formal del fenómeno, pero dejaríamos en la oscuridad un aspecto más trascendente y vital como es, naturalmente, el ontológico.

64. ¿Es el proceso una garantía constitucional o solamente una herramienta?

Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos.

Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban.

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 71.

⁵⁸ FAZZALARI, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, op. cit., p. 110.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 87.

Pero con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

No debe creerse –dice Gelsi Bidart– que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque esta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de estos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo⁶⁰.

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así, que el proceso debido es aquel que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto de proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la

⁶⁰ GELSI BIDART, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 45.

arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

65. ¿Cómo se clasifican los procesos?

La clasificación de los procesos puede llegar desde la doctrina, o estar presente en los códigos.

Los primeros han elaborado distintas propuestas. Tradicionalmente se divide a los procesos según el grado de conocimiento que tiene el juez en la causa, así se dice que hay: a) *Procesos de conocimiento*, donde el juez se informa y es informado de todos los fundamentos fácticos para producir una sentencia que constituya una declaración de certeza con alcance de cosa juzgada; b) *Procesos de ejecución*, en los que existe una reducción del conocimiento, el que se limita en principio a un título, del cual parte propiamente la ejecución, sin investigación de la causa; cuestión que es dejada para una etapa posterior; c) *Procesos cautelares*, cuyo conocimiento no va hacia los fundamentos de la pretensión, sino hacia los motivos que la originan. En el supuesto, el conocimiento total también es postergado.

Siguiendo los lineamientos del Código Procesal Civil y Comercial se puede establecer una clasificación de los procesos, incluyendo otros regulados en diversas normas:

Procesos de Conocimiento, incluye el proceso ordinario (antes de la ley 25.488 también el sumario vigente en muchas provincias) y sumarísimo.

En los procesos de conocimiento el juez se entera totalmente sobre la relación jurídica que se le propone, para obtener una sentencia declarativa de certeza. El proceso central, por su mayor aplicación, es el ordinario, de acuerdo con lo que resulta de los antecedentes y lo que finalmente ha establecido la reforma, conforme artículo 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Los procesos sumarísimos contemplan, como uno de sus modelos a la “acción de amparo” contra actos de particulares.

La existencia de dos procesos completos y complejos, como el ordinario y sumario era superabundante, por ellos los nuevos proyectos legislativos han unificado estos dos sistemas en uno solo, más elástico generalmente denominado proceso ordinario, aspecto que se concentra en el orden nacional con la sanción de la ley 25.488.

Los *proceso cautelares* se hallan contemplados en la parte general del código, como medidas cautelares, artículos 195 y siguientes. Sin perjuicio de ello, debe recordarse que fue un mérito de la ley 17.454 independizar el proceso cautelar del juicio ejecutivo en forma definitiva y generalizarlo dentro de las diversas medidas que pueden establecerse en ese proceso o procedimiento.

Los *procesos de ejecución* dentro de ese tipo de procesos se incluyen la ejecución de las sentencias, la conversión del título ejecutorio extranjero, el juicio ejecutivo general u ordinario y el juicio ejecutivos especiales. La reforma de la ley 22.434 ha producido algunas precisiones, reordenamientos e inclusiones que son destacables, como la ejecución parcial de la sentencia, la denominación y texto del nuevo artículo 517 (conversión del título ejecutorio) y el reordenamiento general, con

una buena clasificación del “cumplimiento de la sentencia de remate” (art. 559 y ss.), más el reconocimiento de la excepción de inhabilidad de título en las ejecuciones especiales. Este grupo de procesos comprende los artículos 499 a 605.

Los *procesos especiales* comprenden, en cuanto a su sistema, tres grupos: 1) los que tienen un procedimiento propio (declaración de incapacidad, alimentos y litisexpensas), 2) los que siguen a los juicios ordinarios y sumarísimos (interdictos y acciones posesorias, aunque algunos de los interdictos siguen su propia vía, rendición de cuentas deslinde, división de cosas comunes), y 3) los que tienen un proceso por remisión, pero incluyen normas propias (desalojo). En el Libro IV, la reforma de la ley 22.434 se ha limitado a dos modificaciones importantes: incluir dentro de los interdictos a la denuncia del daño temido y la cuestión de las reparaciones urgentes y traer a las normas sobre desalojo. Este Libro abarca desde el artículo 606 al 688. Debe destacarse, que dentro de los procesos especiales se han incluido algunos voluntarios (mensura) y que en ciertas provincias el proceso de demencia, por ejemplo, es considerado como voluntario.

Los *procesos universales*. El libro V del Código contemplaba dos títulos: el concurso civil y el proceso sucesorio. Con motivo de la ley 19.551, sobre concursos, la ley 22.434 suprimió el concurso civil de los artículos 681 a 713. Los artículos 681 a 688, como quedó dicho, fueron empleados en las normas relativas al desalojo, y el proceso sucesorio sufrió una modificación en la numeración. Antes comprendía los artículos 714 a 762, hoy numerados 689 a 735.

Los procesos universales, aunque son de diferente naturaleza y origen, se agrupan, en la generalidad de los casos, por comprometer la totalidad del patrimonio de una persona. En cuanto al proceso sucesorio, no obstante su carácter de universal, también es un proceso voluntario.

Los *procesos arbitrales*. Bajo el título de proceso arbitral, el código ubica una serie de procesos extrajudiciales, entre los actuales artículos 736 a 773 (antes 763 a 800). En ellos se trata del juicio arbitral, del juicio de amigables compondores y del juicio pericial. El juicio pericial está también contemplado para algunos casos de ejecución de sentencia (art. 516 del CPCCN) en la Ley de Seguros 17.418 (art. 57), etcétera.

Los *procesos voluntarios*. Dentro de este grupo se advierten una serie de actuaciones que no tienen, en principio, conflicto ni contradicción en el proceso, tales como: autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos, examen de libros por el socio, reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías. Algunos de estos procesos pueden transformarse en contradictorios, como sucede con la tutela y la curatela (actual art. 776). Este Libro VII del CPCCN comprende los actuales artículos 774 a 784 (antes 801 a 811). Dentro de los procesos voluntarios, algunas actuaciones son directamente contradictorias, como sucede en el “juicio de disenso”.

66. ¿Qué es el debido proceso?

Las leyes fundamentales de cualquier nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene preferencia sobre cualquier otra disposición.

La supremacía de la Ley fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos.

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Parece que en esta parte del artículo 18 se expande la garantía más amplia. La doctrina y el derecho judicial argentinos la rotulan “defensa en juicio” o “debido proceso”.

De ahí en más, el debido proceso –en inglés: *due process of law*– significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley; y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa; b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser “debido”; c) para que sea “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso; d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído). En otras palabras, se inserta aquí la plenitud del derecho de defensa.

El derecho a ser oído, a tener jueces que escuchen y resuelvan con eficacia las pretensiones que las parte deducen, el derecho a probar, entre otras manifestaciones, forman parte de la noción general de “debido proceso”, que necesariamente se debe integrar con los nuevos contenidos que provienen de los tratados y convenciones internacionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y convenciones sobre Derechos humanos, dándoles un lugar preponderante, con jerarquía superior a las leyes.

De este modo, las relaciones entre el proceso y la constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

Par una mejor interpretación, es conveniente regresar a la doble lectura del principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y las garantías individuales; y por otra, las que en todo proceso judicial deben mantenerse vigente.

La defensa en juicio supone varias cuestiones esenciales. Entre ellas se encuentran: el resguardo para el acceso a la justicia (derecho de acción), que otorga un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción), y que en su amplia conceptualización se integra con los siguientes derechos:

- Derecho a ser oído dentro de un proceso rápido, sencillo y eficaz.
- Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia.
- Derecho a la producción de la prueba y a impugnar toda sentencia condenatoria a través de los recursos pertinentes.
- Derecho a que toda sentencia sea motivada.
- Derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto.
- Derecho a que todo proceso sea resuelto en un plazo razonable.

Mientras que el procedimiento penal contrae algunas garantías especiales, como son:

- La presunción de inocencia.
- A ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria.
- Derecho a la indemnización por error judicial.

67. ¿Es posible un proceso único?

Evidentemente los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante de los últimos tiempos, en la medida que han transformado los sistemas legales de protección y defensa del hombre permitiendo, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para el orden y respeto de los derechos básicos de la persona humana.

Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto “soberanía” plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora tiene un rol más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesto al servicio de todos los habitantes de un país y de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

Recordemos tomando palabras de la presentación del proyecto de “código procesal civil modelo tipo para Iberoamérica” que, también en materias procesales, la sociedad percibe que los rituales anteriores ya no sirven, porque las formas hoy no se aprecian ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia.

Emplazados en lo manifestado precedentemente, fácilmente se colige que la aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. El fenómeno a resolver consistiría en sostener, con la misma confianza que inspiran los derechos fundamentales, que una vía instrumental como es el proceso puede colaborar en el afianzamiento de esa tutela universal.

Sin embargo, la tendencia unificadora encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio o provincia tener su propio régimen procesal. Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que por su real valía, tienen consideración por sí mismas siendo ejemplo de ello la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

En cuanto a los orígenes, el derecho procesal latinoamericano no se ha renovado. Apenas ha conseguido repetir con algunas instituciones el modelo conocido de la ley de enjuiciamiento civil española. Esta condición histórica nos coloca sobre bases preparadas e identificadas con una cultura y con un devenir particular que no tiene,

necesariamente, que ser igual a nuestra idiosincrasia; el derecho procesal que hemos recibido germinó sobre resonancias europeas y apenas lo hemos modificado en reformas parciales, importantes y oportunas, pero sin fuerzas para ir al corazón del problema.

Si nos preguntaran entonces, qué camino seguir para uniformar o unificar los sistemas procesales, diríamos que sería bastante con formular principios y valores, marcos referencias y pautas o guías de interpretación y aplicación para un sistema efectivo, actual, confiable y sin predominios técnicos.

Diseñar un proceso universal parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos, puede esbozarse un proyecto que tome en cuenta las actuales deficiencias para encarar, con su rectificación, una política de ajustes que generen un modelo consensual.

El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.

En Argentina el código vigente, en materia federal, es del año 1967 con reformas posteriores que no han vulnerado sus líneas maestras, proceso escrito, iniciativa probatoria de las partes aunque el juez cuenta con potestades muy poco utilizadas, contradicción permanente que alienta la impugnación de todas las resoluciones judiciales provocando la eliminación casi total del principio de celeridad, escala recursiva demasiado amplia, entre otras características. Debe recordarse que este código rige para la Capital de la nación y en áreas provinciales donde existe justicia federal, por lo cual es el sistema preferente.

En vías de formular principios elementales para un proceso común, se puede presentar el siguiente bosquejo preliminar.

Los principios a instalar serían:

a) *Inmediación* con amplios poderes del juez para intentar la conciliación entre las partes. La remisión a mediadores o árbitros cuando el problema presente posibilidades de arreglo extrajudicial y el juez considere que es conveniente la intervención de un gestor de conflictos profesional. Potestades suficientes para el emplazamiento procesal y la imposición de sanciones por desobediencia o incumplimiento de los mandatos dispuestos.

b) *Concentración* de las etapas de contradicción y probatorias. Es decir que, todas las defensas o excepciones que se interpongan debieran resolverse en la audiencia o asignándoles “efecto diferido”; las pruebas se sustancian en pocos actos y las que habitualmente se presentan por escrito debieran anticiparse a la audiencia permitiendo su complemento verbal cuando resulte necesario (por ejemplo, con el testimonio de peritos). Las partes han de tener posibilidades reales de intercambiar pruebas, convenir pautas de desarrollo, notificarse sin formalidades, es decir, en pocas palabras, eliminar las ficciones reiteradas del proceso escrito, canjeando la técnica por la eficacia y rapidez.

c) *Disposición sobre el objeto litigioso*, de forma tal que las partes puedan resolver las cuestiones en controversia sobre la base de un modelo simple que no tenga clasificaciones inútiles como la amplitud del conocimiento. Se trata de proponer una

técnica de debate que gire alrededor del foco problemático. En este aspecto, la audiencia preliminar es el centro neurálgico del procedimiento.

El pivote del sistema es la audiencia preliminar, realizada luego de la proposición a la cual las partes deben asistir bajo pena de severas sanciones (desistimiento del actor y tener por admitidos los hechos contrarios sí el que no comparece es el demandado). De este modo se prioriza el sistema de audiencias, esto es la necesidad de que reúnan las partes y el juez y en forma dialogal se resuelva el conflicto.

d) *Lealtad y buena fe procesal*, porque un proceso que no respete estos principios no puede tener lógica funcional alguna. La colaboración entre las partes y el ejercicio razonable de la garantía de defensa en juicio, ponderan la eficacia del modelo que se propone.

Por las características descriptas puede colegirse que en América Latina los esfuerzos por conseguir un modelo procesal unificado implican franquear numerosos obstáculos. En cambio, podría alentarse un sistema armonizado que tome en cuenta los adelantos conseguidos a través de la doctrina, y algunas experiencias particulares como el caso uruguayo y su código General del Proceso.

La distribución de obligaciones entre los Estados para aspirar a dicha meta debiera partir desde abajo hacia arriba. Esto es, procurando que los órganos y mecanismos locales de cada país vayan armonizando sus fisonomías a las que diseña el derecho supranacional.

Ahora bien, implementar la armonización requiere de un proceso gradual que solucione, paso a paso, las dificultades locales, la concreción de legislación interna de ensamble y adecuación al integracionismo, y sobre todo, la decisión política de llevar a cabo la transformación a partir de un modelo pensado para todos.

Por eso, la progresividad supone ir efectuando modificaciones sustanciales en el derecho interno que garanticen la salvaguarda de los derechos previstos para la comunidad o región donde ha de insertarse. Inclusive, la jurisprudencia de sus tribunales debiera seguir esta pauta o idea fuerza, y verse obligados a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros y, por lo tanto, no podrían admitirse medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y afianzados por las normas fundamentales de estos Estados.

Igualmente, los instrumentos internacionales que conciernan a la protección de los derechos humanos en los que hayan colaborado o se hayan adherido los Estados partes, pueden proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario. Siempre en la línea de crear progresivamente y forzar un cambio metodológico no impuesto, sino consensuado por la gradualidad de su incorporación.

Sección Segunda: Principios y presupuestos procesales

CAPÍTULO VIII PRINCIPIOS PROCESALES

68. ¿Qué son los principios procesales?

El desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Son principios porque deben estar siempre presentes. Más que reglas técnicas son imperativos de la conducta que guía el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para encontrar respuesta segura en los tiempos puntuales cuando necesita de la protección jurisdiccional.

Por eso, se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al proceso (acceso a la justicia); cuando se debate en el *proceso* (o reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal); y en la eficacia de la *jurisdicción* (sentencia fundamentada).

Desde otro punto de vista, suelen encontrarse principios procesales aplicables al proceso como un todo, y principios procesales del procedimiento entendidos en la dimensión de cómo deben ser los actos y actuaciones dentro del proceso.

69. ¿Cuáles son los principios del proceso?

El proceso es el género, mientras que el procedimiento es una especie de aquel. Esta división nos lleva a explicar los principios obrantes en cada uno.

El primer aspecto que tiene el proceso como garantía se refiere al famoso derecho al “debido proceso” (*due process of law*).

La Corte Federal de los Estados Unidos de América explicó que el *due process of law* refería a la garantía esencial del demandado para defenderse en juicio.

Ello es correcto, sin embargo dejar aquí el reconocimiento del principio provoca zonas grises en la tutela que merece el actor, o el simple peticionante que reclama una actuación de la ley sin controvertir derechos de otros.

Por consiguiente la garantía de defensa hemos de interpretarla bajo el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controvertidos, sin dar guía ni presupuestos para el proceso, *lato sensu*.

Sintéticamente, podemos enunciar ahora, sin perjuicio de su desarrollo inmediato, que los principios procesales del proceso corresponden a los tópicos siguientes:

a) *Estructura del proceso*, donde han de señalarse particularidades presentes en el proceso civil contradictorio y en el denominado “voluntario”;

b) *Autoridad del proceso*, donde se resuelve la función jurisdiccional en orden a potestades, derechos y deberes;

c) *Moralidad procesal*; principio que estructura el comportamiento del interesado en el proceso, las partes y el órgano jurisdiccional, estableciendo presupuestos que atienden a la conducta leal, proba y honesta de todos los operadores jurídicos.

70. ¿Cuáles son los principios que diferencian el proceso contencioso del voluntario?

Habitualmente el proceso contradictorio enfrenta los intereses de dos posiciones diversas asentadas en la pretensión del actor y la resistencia del demandado.

A su vez, un proceso también se desarrolla ante la petición de una parte (extracontenciosa), dando lugar a un procedimiento de jurisdicción voluntaria donde la tarea del juez resulta necesaria e ineludible para resolver cuestiones jurídicas. Uno y otro proceso, no obstante, coinciden en la presencia de numerosos actos o sujetos que, aun denominándolos diferentemente, concilian principios esenciales que encolumnan sus tipos y presupuestos.

70.1 El principio de bilateralidad

Respecto al carácter de partes o solicitantes, el punto que los vincula es el principio de igualdad procesal, que es más exigente en los procesos contradictorios que en los voluntarios.

En la controversia la igualdad esencial es entre partes; en la jurisdicción voluntaria la igualdad reposa en el derecho de alegación y réplica contra el órgano decisor. Por encima de ambos, y a modo de sombrilla protectora, la cuestión de la igualdad se traduce en una dinámica de igualación ante la justicia, que lleva al problema de la socialización del derecho en general, y de la justicia, en particular.

Radica aquí una de las cuestiones de preocupación suprema para el mundo actual, dado que la onerosidad del litigio, su costo intrínseco y el fenómeno enquistado de la lentitud y burocracia judicial, pone en grave crisis a la justicia y al derecho, nublando el principio superior que porta la jurisdicción como regla de convivencia social.

70.2 El derecho a la contradicción

La estructura del proceso subordina el norte de los principios siguiendo pautas como las del proceso contradictorio.

Esta es una regla particular del proceso entre partes, por el cual a cada alegación de parte corresponde oír a la contraria. No interesa que esta responda, solamente se cumple el principio ofreciendo la oportunidad para ejercer el derecho de contradicción (*audiatur et altera pars*).

La contundencia del axioma persigue que todo acto procesal, desde aquel que contiene la pretensión, hasta aquellos que tengan la más mínima incidencia en los derechos del oponente, puedan merecer réplica y, en su caso, prueba que lo desmerezca o descalifique.

El principio de contradicción se respeta dando oportunidad cierta de defensa, pero no requiere efectivización. La única limitación estaría en el conocimiento concreto del acto que la otra parte debe conocer, de modo tal que su vigencia dependerá de la comunicación fehaciente que de ella se hubiere hecho.

La ausencia de respuesta produce preclusión, es decir, la pérdida de la oportunidad para hacerlo. Por ejemplo, el rebelde que abandona su contumacia y comparece a estar a derecho, se lo tiene por parte, pero no incide ello en el estado procesal en que encuentra la litis.

Asimismo, existen actos que dictados *inaudita pars*, podrían generar cierta flexión en el principio, tales como las medidas cautelares; empero, el principio de bilateralidad queda resguardado al observarse que lo único diferente es el tiempo para cuestionar: no se desplaza el contradictorio en sí mismo, sino la oportunidad para hacerlo.

70.3 El principio de igualdad ante la ley

En el trámite procesal ambas partes deben tener iguales derechos y posibilidades, lo que se conoce como *igualdad de armas*, es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otro se niega, en igualdad de circunstancias.

Asimismo, enraizado en la igualdad, suele hablarse de la *igualdad en la fila*, donde el resultado obtenido en otro proceso similar sirve las veces de antecedente.

70.4 El principio de información

La segunda condición para que opere el principio de bilateralidad, refiere a la eficacia con que se transmite a la otra parte, el contenido de la petición o disposición que puede replicar o reprochar, respectivamente.

Al respecto, el régimen procesal dispuesto concreta y sistematiza qué tipos de providencias han de ser informadas a las partes estableciendo generalmente a ellas, que de toda presentación que efectúen tendrán que acompañar copias para conocimiento del oponente.

Existen dos teorías en materia de notificaciones procesales que no pueden considerarse antagónicas.

Una es la *teoría de la recepción*, que se ocupa de que el acto procesal de comunicación este revestido de la suficiente formalidad respetando los recaudos exigidos para que la notificación se efectivice, de manera que la diligencia sea cubierta y se tenga por cumplida una vez que llega a su destinatario.

La segunda es la *teoría del conocimiento*, que se compenetra con la finalidad de la actuación, de manera que si el interesado tomó noticia fehaciente del contenido del

acto que se le comunica, pierde trascendencia la nulidad por vicios formales que pudiera tener la diligencia de notificación.

La primera orientación protege la seguridad jurídica, la segunda se compece con los principios de celeridad y lealtad en el debate judicial.

La solidez del principio se respalda en la declaración de nulidad de todo lo actuado si el régimen de notificaciones no se cumple bajo las exigencias procesales establecidas.

En suma, la síntesis encuentra que la notificación no consiste, por sí misma en un mero formalismo, vale decir, que el conocimiento (que es el norte, el *animus* de la misma) no está al servicio de la forma, sino que, a la inversa, la forma no sería más que un valet del conocimiento.

71. ¿Qué sostiene el principio de autoridad?

Hemos indicado anteriormente que entre las potestades jurisdiccionales la autoridad se refleja en las facultades de ejecutar lo juzgado. Esto es, la autoridad de imponer, en uso de fuerza legítima, el acatamiento de las decisiones, de manera que ellas no aparezcan como resoluciones simplemente voluntaristas sin posibilidad alguna de cumplimiento.

Sin embargo, la autoridad procesal pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, la investigación de la verdad, la prudencia y equilibrio, entre otros continentes axiológicos que muestran la complejidad del principio.

Evidentemente, la voz autoridad contrae algún riesgo interpretativo que pasa más por lo idiomático que por la situación real afrontada.

Ocurre que en la historia del proceso civil, la figura del juez ocupó implícitamente aspectos políticos que el tiempo fue modificando

En efecto, el tema que nos ocupa es uno de aquellos que mayor fascinación trae a la doctrina, porque de sus respuestas depende, en gran medida, el tipo político de proceso que se diseña.

El sector que defiende el llamado “garantismo procesal” sostiene que el juez no puede tener poderes de conducción que afecten los derechos subjetivos de las partes, es decir, que a partir del decisionismo se resuelvan situaciones de derecho que debieron ser las partes quienes las articularan y defendieran en idéntica situación actitud de bilateralidad y contradicción.

El principio extrema la regla según la cual el juez no puede actuar si no es a pedido de parte (*ne procedat iudex ex officio*).

A este primer tipo de intervención suele denominarse: *juez espectador*, y desde el plano de política procesal se acuña como modelo de ideología liberal, conforme al cual el órgano jurisdiccional debe mantenerse ajeno al conflicto privado para situarse distante e imparcial. Solo las partes generan y producen la prueba que hace a la demostración de sus respectivas informaciones sin que tenga el juez actividad investigadora.

Ahora bien, la publicización del proceso modificó este cuadro de presentación que contundentemente sostiene el garantismo.

El juez neutral, fue llamado juez espectador, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que afirme un criterio que incida en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predomina el principio de investigación o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

Este sistema interesa el fenómeno de la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no solo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material).

En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes-deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva).

Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanecer en “estado de peligro” y solo en casos excepcionales se convertir en daño actual.

El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

72. ¿Debe el juez controlar la conducta de las partes en el proceso? ¿A qué se llama principio de moralidad?

La consagración de una regla moral que controle el comportamiento de las partes en el proceso tiene su momento culminante con la publicización del proceso.

Antes de él, hubo un período donde el proceso era manejado por la técnica del más hábil. La destreza, el artificio, la dialéctica, superaban al ingenuo respetuoso de la ley.

El principio dispositivo generaba una barrera infranqueable al magistrado, quien debía tolerar los excesos sin mayores posibilidades de sanción.

Recuérdese que en esta etapa se produce la discusión entre la necesidad de contar con una regla genérica que condene la violación al norte procesal de la buena fe; o de sancionar al litigante artero con penas específicas.

El cambio de tornas se produce con el rol director que asume el magistrado en el proceso; él dirige la contienda, impone la ley y preserva el decoro y orden en los juicios. Entre sus nuevas funciones dedica especial interés a proteger el respeto a la justicia y, en suma, cobran vigencia en esta etapa los principios de lealtad, probidad y buena fe.

La fuerza de esta orientación significa un abandono del principio dispositivo y un comprometido interés al servicio de la justicia.

Los poderes instructorios y ordenatorios del juez consolidan la posición del juez en el proceso, demostrando el porqué la moralidad se encuentra dentro del principio de autoridad.

La ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) es un ejemplo de organización de las reglas de lealtad, probidad y buena fe; también, es elocuente muestra de un “aparato sancionador”, tal como lo reflejan numerosos pasajes de su contenido.

El artículo 34, inciso 5° estableció como deber de los jueces “dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código”; asimismo el inciso 4°) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe; y el inciso 6°) declarar en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes, testimonian cuanto se afirma.”.

Correlativamente, el artículo 163, inciso 8° previene que la sentencia deberá contener el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inciso 6°.

En fin, el nuevo Código introdujo una numerosa cantidad de normas destinadas a consagrar el principio de moralidad, que no va a sufrir modificaciones con las reformas introducidas por la ley 22.434.

73. ¿Cómo se caracteriza el principio de autoridad procesal? ¿Por qué no es autoritarismo del juez?

El proceso resulta una garantía, porque es un instrumento anterior al conflicto y una vía de acción específica cuando se producen las amenazas o violaciones a los derechos fundamentales.

Así presentado, el concepto se relaciona con la eficacia de la tutela (protección procesal); cuestión que muestra dos facetas sucesivas: una que se vincula con la entrada y puesta en marcha del aparato judicial (acción y derecho de acción); y otra que enlaza las garantías mínimas que debe suponer y desarrollar todo procedimiento (el principio del debido proceso).

Ahora bien, ambas cuestiones, también conocidas como derecho a la acción y a la jurisdicción (expuestas precedentemente), constituyen contenidos esenciales; lo que equivale a decir que no son meras proposiciones de principios o procedimientos, sino componentes indispensables para la eficacia del proceso como tal.

Peter Häberle ha puesto de relieve que, aunque doctrina y jurisprudencia coinciden en atender el contenido esencial mencionado como aspectos de las

“garantías” o del “derecho de defensa”; también supone constituir un mandato a los poderes públicos, de naturaleza positiva, cuyo contenido principal es el desarrollo de los derechos fundamentales. En otras palabras, son límites para el accionar de gobierno, sea por reglamentos o legislación. Así, por ejemplo, cuando en Alemania se habla de los contenidos esenciales, se proporcionan bases para que ninguna legislación pueda afectar un derecho fundamental en esos mínimos inescrutables⁶¹.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de cambios sustanciales en la interpretación que reconoce un proceso útil y efectivo?

La respuesta tiene distintos ítems que deben abordarse, los cuales demostrarían que los conceptos tradicionales afincados en la teoría general del derecho procesal, han sufrido modificaciones y que, por ello, la pretensión de remozar la ciencia con el intrincado concepto de “derecho procesal garantista”, es una idea forzada que no encuentra utilidad y menos aun actualidad científica.

Un resumen del planteo se muestra en las siguientes diferencias:

<p><i>El proceso garantista sostiene</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • El carácter privado del conflicto • Que el juez no puede intervenir con decisiones que afecten la disponibilidad de las partes. • Que el impulso procesal radica en las partes de • Que el juez <i>puede</i> sanear los vicios procesales • Que el juez no tiene iniciativa probatoria • Que la carga de la prueba pesa exclusivamente sobre las partes justicia • Que la cosa juzgada es <i>inter alios acta</i> 	<p><i>El proceso moderno se afirma en</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * La condición de derecho público del proceso * La calidad de director que asume el juez en el proceso * El impulso de oficio, más allá del interés personal de las partes en la controversia * El <i>deber</i> de depurar los vicios del proceso * El deber de buscar la verdad con todos los medios disponibles. * La posibilidad de establecer con flexibilidad en la carga de la prueba * La posibilidad de extender a terceros la cosa juzgada
--	---

Con esta presentación, el criterio que captura los principios procesales clásicos y pretende con ellos responder a los problemas actuales, se encuentra con severas dificultades.

El principal problema está en que la habitual preferencia por la protección de los derechos individuales (típica raigambre en el derecho subjetivo codificado) hoy no es la principal atención del fenómeno que pretende resolver un conflicto.

Con ello queremos decir que, si el proceso tradicional tutela intereses privados

⁶¹ HÄBERLE, Peter, “Derecho Constitucional común europeo”, *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado; hoy se aceptan otras pretensiones indirectas que se conciben en una dimensión más amplia en el derecho de pedir.

El concepto clásico de la entrada al proceso, en definitiva, trata de reducir toda la cuestión del acceso a la jurisdicción, a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.

Es el sistema codificado de reafirmación del derecho subjetivo que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII y se consolida en los inicios del siglo XIX, con los derechos individuales.

La puerta de acceso al proceso viene determinada por “alguien” a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación *ad causam*). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión esbozada lo encuentre en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos que presenta.

Es decir, se vincula sucesivamente a la persona, la cosa y las acciones para que tengan una relación jurídica que admita la tutela judicial.

El derecho subjetivo es el único que logra calidez receptiva en el sistema jurisdiccional, porque tiene y define una personalidad procesal. Se conoce a la persona, se sabe de sus derechos y de los conflictos que individualmente le aquejan y necesitan de resolución por la justicia.

Resulta, entonces, la protección otorgada de una lógica indiscutible, donde predomina asimismo un factor ideológico que le sirve de soporte.

La certeza del derecho está asegurada a través del *status* de persona que convive en un contexto social.

Así se desenvuelven los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir el código civil francés, al que tanto apego tuvo Vélez Sarsfield, el codificador argentino.

Es un sistema teórico por el cual el derecho está constituido por un sistema de proposiciones donde las normas atribuyen predicados jurídicos a sujetos determinados.

El derecho privado no tiene matices. Todo se desliza desde la pertenencia y, por eso, se entroniza el derecho de propiedad, de indiscutida raíz individualista.

En cambio, la dimensión social que tuvo el proceso en su evolución, advirtió que estos derechos subjetivos, originarios y exclusivos que se podían oponer frente al Estado, requerían de un reconocimiento superior. Así se incorporan en el fenómeno constitucional como derechos de una primera generación, receptados generalmente, en los dogmas fundamentales de las Normas Supremas de un Estado.

Esta nueva columna significó una variable impensada. En efecto, al encontrarse adscriptos a un sistema organizacional “de todos”, los derechos subjetivos, antes personales y exclusivos, comenzaron a ser de muchos, dando lugar a los denominados *derechos subjetivos públicos*.

Sin embargo, persiste la idea de reconocer las individualidades, aun cuando fueran agrupadas o compartieran sus intereses.

Todo esto contribuyó para determinar la convicción que por detrás del concepto

de derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que estaba desprotegida.

La necesidad de proteger esos intereses dispersos o *anónimos*, fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales.

No debe interpretarse el fenómeno como un *debilitamiento* de los derechos individuales (subjetivos), sino su fortalecimiento a partir de la comprensión que supone reunir varios integrantes en conflicto por una misma situación.

CAPÍTULO IX

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

74. ¿Cómo se diferencian los principios procesales de los principios del procedimiento?

Los principios del proceso son constantes e inflexibles, de manera que diseñan una regla o estándar para el litigio judicial; en cambio los principios del procedimiento arman su fisonomía en base a otros fundamentos, los que se adaptan al tipo de conflicto que se debe tramitar.

Los principios del proceso, de alguna manera, constituyen el esquema de política procesal dispuesto; mientras que las formas del proceso son diseños de ese modelo previsto para el debate. En suma, se trata de ver como funciona el procedimiento.

En este sentido se resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura; legalidad o informalidad; carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación; intermediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal; saneamiento; eventualidad; etc.).

75. ¿Son principios la oralidad y escritura?

En realidad, antes que principios, son métodos de deliberación. Pero se tratan como si fueran principios por la polémica que tiene en relación a las ventajas e inconvenientes que cada uno reporta.

Se propicia estudiar si es mejor el método que permite al juez analizar directamente los hechos y las alegaciones, oyendo a las partes para dictar posterior sentencia; o si es preferible llegar a esta instancia una vez cumplidas distintas etapas documentadas en el expediente.

Va de suyo, que la presentación del dilema ofrece una primera experiencia: no existen procesos absolutamente orales, ni totalmente escritos, pues unos y otros reciben en algún momento pasajes de ambos tipos de expresión.

En consecuencia, la crisis asienta en los problemas de la intermediación, la concentración y la publicidad, entre otros aspectos; pero el punto neurálgico radica en desentrañar la verdadera naturaleza de uno y otro principio.

A estos fines puede constatar que no existen, como anticipamos, procesos totalmente escritos u orales, sino, más bien, procedimientos que mezclan ambos generando un predominio manifiesto de alguno de ellos.

En general la instancia de apertura o de proposiciones es escrita, como también lo son el responde, las excepciones y defensas.

Se ha indicado que el momento típico que se debe tener en cuenta para distinguir si un proceso es oral o escrito, es el tiempo del aporte de elementos fácticos por las partes, esto es, de la interposición de la demanda con su fundamentación correspondiente.

Cuándo la pretensión debe ser presentada necesariamente de forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de sus alegaciones; por el contrario, allí donde la pretensión deba ser expuesta en forma verbal, el proceso debe ser considerado oral, aunque el debate haya sido precedido de una fase escrita como función preparatoria, o si bien de las deducciones orales se levante acta con fin documental. Proceso oral es aquel en el que la oralidad es la forma necesaria de las deducciones de las partes⁶².

Sin embargo esta característica no es suficiente ni otorga ventajas prácticas para deducir la conveniencia de optar por un medio de los mentados para expresar la voluntad.

Lo fundamental debe atender dos cuestiones esenciales: la primera recibe de la actividad procesal el dato que comprueba la adscripción a uno u otro mecanismo, sin comprender que haya oralidad o escritura en el proceso, por el solo hecho de la forma de instaurar la demanda.

Adelantando conclusiones, advertimos que tampoco el tránsito absoluto por la oralidad, en las etapas consecutivas, instalará en ese campo al proceso, toda vez que es posible constatar la presencia de actos escritos en otros ciclos, o en la misma sentencia.

En segundo lugar, resulta contundente como elemento de distinción, ver la incidencia del material “suministrado por escrito o recogido en actos”⁶³ para pronunciarse sobre el mérito de la causa.

Como el primer componente no tiene respuestas precisas, es conveniente adoptar como temperamento el predominio procesal de uno de los sistemas.

Descartemos la etapa introductiva para mostrar la condición del procedimiento, dado que si referimos exclusivamente al proceso civil y comercial, no aparece en esta instancia ninguna alegación verbal.

La nota definitoria, entonces, escala en la etapa probatoria, y en esta coinciden tres hechos destacables para reconocer la importancia de un mecanismo sobre otro.

La señal más próxima se manifiesta en la forma como van a producirse las actuaciones en los actos respectivos, sea que se produzcan por escrito o se expresen ante la presencia de otras; resulten o no destinatarios finales del acto.

Seguidamente, el rumbo lo ilumina la secuencia como suceden los actos, de modo tal que la prueba concita sucesivas actuaciones; o se reúne en un acto de concentración procesal (v.gr.: audiencia de pruebas), o se emite de viva voz ante la autoridad encargada de recibirla. De este modo, es dable comprobar en los actos preclusivos la presencia del sistema escrito, tanto como ocurre en la concentración procesal que se expresa mediante actos exclusivamente redactados previamente, o que se levantan en actas circunstanciadas del relato que otros aportan (oralidad actuada). La oralidad estar presente cuando el acceso a la prueba sea inmediata y el tribunal la perciba sin necesidad de memorizarla por escrito.

Finalmente, esta caracterización pondera el tiempo que fracciona el desenvolvimiento de los tipos, porque mientras la oralidad persigue culminar el proceso en el menor número de actos; la escritura conlleva un orden secuencial, preclusivo y ordenado, (generalmente formal) para desarrollar el litigio.

⁶² MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 253.

⁶³ DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 314.

Por su parte, el principio de escritura se encuentra mejor delineado en la dogmática procesal. Existe tras de sí una larga experiencia que ha permitido precisar hasta los más pequeños detalles de esta forma procedimental.

El diseño se orquesta sobre la base de la sustanciación de los actos, lo que supone respetar a ultranza el principio según el cual “debe oírse a la otra parte”, a cuyo fin de toda petición que incida sobre el derecho de la oponente se debe correr traslado. Pero estos corrimientos son ejecutados por escrito, a través de medios de comunicación que conservan el acto y lo incorporan al expediente como un documento indubitado (público).

La oralidad pura, esto es, celebrar todo el procedimiento “hablado”, no tiene ventaja alguna si no es completada o integrada con otros principios que la nutren de valor intrínseco.

Lo ideal, a nuestro criterio, es adoptar de uno y otro las ventajas que cada cual reporta.

Evidentemente, como medio de expresión es mucho más simple y directa la forma verbal, pero también es huidiza y versátil ante la condición humana. En consecuencia, hay actos que resultan convenientemente escritos como medio de fijación y conservación del material en conflicto.

La circunstancia ligada a la vinculación que adoptan las partes con el juez, modifica la consideración de los tipos. La oralidad no se puede obtener sin intermediación, siendo indispensable que coincida la persona que percibe la prueba con aquella que va a dictar la sentencia.

Problema menor será resolver si la oralidad impone pluralidad de jueces y reducción de instancias, y en su caso, si ello afecta o no la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Finalmente, la oralidad consagra la publicidad de los actos procesales, enfrentando el secreto consustanciado en las puertas cerradas del debate escrito.

Lo esencial para la eficacia de cualquier sistema esta en la intermediación del órgano judicial, en este punto se concentra uno de los problemas mayores a resolver, aun cuando desde la incorporación del principio de publicidad en el proceso buena parte del camino se ha despejado, restando pocas dudas sobre la conveniencia de fortalecer el reducto de los poderes-deberes del juez.

La oralidad prevista en la evolución de los estudios, no es aquella que se dirige a una forma de expresión y documentación que luego de vertida se lleva al lenguaje escrito del expediente. En el sistema, la idea es que, juntamente con la necesaria e indispensable intermediación, el proceso se transforme en verbal, y donde sin formalidades ni rigideces se cumpla un trámite breve (una o dos audiencias) en el que se escuchen los fundamentos de las partes, el relato de los testigos, las explicaciones de los peritos, la réplica u observaciones que merezca la experticia, para ser inmediatamente fallado. Lo escrito se ubica en el tramo de la preparación y documentación del proceso, y, eventualmente, en los fundamentos de la sentencia.

76. ¿Qué ventajas o inconvenientes presenta el método de debate escrito?

Las ventajas que presenta la escritura se pueden enumerar:

a) Fija documentalmente la expresión y voluntad de las partes, permitiendo conocer en todo tiempo las manifestaciones de ellas, constatando la evolución del pensamiento y la seriedad de su compromiso hacia la verdad y razón de sus conductas.

b) Admite pensar en la reflexión serena del juez a la hora de dictar sentencia, alejando los peligros de la improvisación y la ligereza.

c) Mediatiza el peligro de la retórica forense y del exceso en la elocuencia con que se expresan quienes hacen de la verbosidad la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.

d) El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aún cuando sea opinable este criterio. Ibañez Frocham dijo que “la oralidad es más cara que la escritura. Podríamos auxiliarnos con las estadísticas de otros pueblos y aun del nuestro”⁽⁶⁴⁾.

Los inconvenientes serían los siguientes:

a) La solemnidad exigida para formalizar la presentación de los actos genera el riesgo de desecharlos por no revestir la coloración ritual exigida.

Asimismo, el sistema acuñado es lento y fatigoso porque obliga al cumplimiento de vistas y traslados con sus tiempos para oír al contrario.

b) La obligación escrita no previene el exceso verbosidad, porque, a *contrario sensu*, la misma expresión latosa y abundante puede vertirse por escrito, e inclusive, utilizar ese medio para introducir ambigüedad y desconcierto.

c) La realidad práctica reconoce que en el proceso escrito la intermediación es pura esperanza, e ideología, posibilitando la delegación de actos vitales del juicio en los auxiliares de la jurisdicción.

Tal contingencia, sobre todo en la etapa de prueba, puede hacer incurrir en error al juez, por la valoración equívoca que recibe del hecho constatado en actas.

77. ¿Qué ventajas o inconvenientes presenta el método de debate oral?

La oralidad resulta conveniente por estos motivos:

a) Facilita el entendimiento con las partes de una manera franca y directa, eliminado el subterfugio o la habilidad para persuadir sin derecho. La intermediación es el pilar del principio, imposibilitando la delegación de funciones.

b) La búsqueda de la verdad cuenta con el magnífico encuadre de la investigación y requerimiento directo, soslayando el sofisma habitual que encierran las audiencias del proceso escrito. Es decir, que para lograr el perfil adecuado, es imprescindible la presencia del juez en las etapas donde comparecen las partes para aportar hechos, pruebas y alegaciones de mérito, so riesgo de vulnerar los beneficios que se obtienen de la proximidad.

c) La oralidad se fundamenta en la desformalización del proceso, porque, parafraseando una cita de Chiovenda [...]

“...la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el

⁶⁴ IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *El nuevo código procesal civil nacional (Ley 17.454)*, La Ley, 128 p. 1031.

color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras; y suministran tantos indicios en favor o en contra las afirmaciones de las palabras. La lengua muda es la elocuencia del cuerpo, valiéndose de la frase de Tulio como más interesante, es también más verídica que las palabras, y puede ocultar menos la verdad. Todos los signos percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos”⁶⁵.

d) El proceso es esencialmente público, tanto para las partes, como para la sociedad toda, que a su vez conlleva el control público de la actividad jurisdiccional.

La publicidad del sistema beneficia la verdad final que se consigue, sea por la depuración que se decanta del material postulado en la etapa introductiva; o bien, de las declaraciones de los terceros allegados a la causa que aún deformando deliberadamente la realidad, puede encausarse por el juez o requerirse las interpretaciones necesarias. Va de suyo, que la “majestad de la justicia”, presente y vista por los testigos, elimina toda suspicacia de la falsedad o inducción del deponente.

e) La práctica oral, evita, o por lo menos inutiliza, la “chicana” procesal, porque la conducta obstruccionista tiene respuesta inmediata y solución tempestiva. La ausencia de escrúpulos es una fantasía en la oralidad, con las excepciones que naturalmente la praxis suele ofrecer.

Sin embargo, la oralidad es resistida y muestra en el paso de la historia estos reveses:

a) Parecería que existe una crisis de la oralidad dijo Díaz hace muchos años, y la historia lo reafirma.

El *status quo* imperante ha logrado evadir la suerte del proceso oral en base a una serie de contrapuestos que han impedido su avance, sin tener en cuenta siquiera la buena experiencia recogida en los pocos ordenamientos locales que la propiciaron (v.gr: Jujuy, La Rioja y otros procedimientos específicos como el laboral de la provincia de Buenos Aires, entre otros).

Los principales reparos fueron dirigidos por las asociaciones de abogados sosteniendo que la instauración de tal tipología arrasa con la cuantificación del trabajo porque obliga a una atención directa, puntual y precisa, con días enteros de dedicación. Por otra parte, agregaron, es una medida que lleva a asociar el trabajo profesional ante la posibilidad de superposición de audiencias, limitando el crédito de honorarios y haciendo, en consecuencia, más oneroso al proceso.

La justicia entendió que la oralidad requería una magistratura especializada, o al menos, una preparación previa que los educara en el método. No hay que olvidar que, de alguna manera, el juicio oral desplaza el criterio personal, para acordar el fallo con otros opinantes, de manera que la evaluación solitaria queda postergada por la atención plural de otros que pueden recibir otras percepciones o convicciones disímiles.

Una revisión del modelo impone considerar los desatinos que han generalizado su desventura.

Globalmente la crítica sospecha sobre la verdadera celeridad que ofrece porque, la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos.

⁶⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, tomo II, *op. cit.*, p. 132.

Constatado ello, la explicación no advierte fallas estructurales del método sino un cúmulo increíble de expedientes que impide racionalizar el trabajo. Implica esta circunstancia que, tal como ocurrió en la experiencia bonaerense (ley 7861), se implantaron los tribunales colegiados sin atender el crecimiento progresivo de la demanda judicial en los asuntos que su competencia atrapaba. Súmase la deficiencia en la infraestructura judicial, el escaso número de jueces para la oralidad, los padecimientos para realizar las pruebas periciales antes de la audiencia central, la falta de cooperación de los abogados, el desfavor de las autoridades para mejorar el sistema, etcétera. Todo ello completó el cuadro distorsionado que hizo creer que el proceso oral no era una respuesta sustitutiva a los males endémicos del sistema escrito.

Es cierto también, que la oralidad requiere ajustes metodológicos y prácticos, basados en la consecuencia de establecer no un sistema absolutamente puro, sino combinado con la escritura.

En efecto, existen pasajes concretos del proceso oral o por audiencias, que necesitan una reeducación funcional.

La rebeldía, la incontestación de la demanda, o la incomparecencia a estar a derecho necesitan evaluar el sentido del silencio en este procedimiento. ¿Por qué continuar su trámite, cuando la dinámica de las cargas y obligaciones, habría convertido el litigio, en una cuestión de puro derecho?

La fase probatoria, habitualmente trazada entre la *litis contestatio* y la audiencia de vista de causa (o principal), requiere llegar con todos los elementos de convicción producidos al tiempo de aquella, a cuyo fin resultaría imprescindible contar con una audiencia preliminar por los beneficios que esta reporta al saneamiento, consolidación o fijación de los hechos concretos que están en conflicto.

Finalmente, el tiempo para pronunciar el veredicto y dictar la sentencia no deben alejarse del momento de la audiencia central, hasta sería aconsejable que el primero se dijera en el mismo día, a los fines de resguardar el principio de unidad de vista y el rol y protagonismo del órgano.

78. ¿Cómo trabaja el llamado proceso por audiencias?

El proceso por audiencias es una evolución en los modelos de enjuiciamiento que se ha presentado, especialmente en Latinoamérica, como un sistema común inspirado en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

No se trata con ello de auspiciar, únicamente, un cambio en los modos de llevar adelante un proceso, sino, y lo que es más importante, una transformación de los roles de quienes en él intervienen, donde la tradición del proceso como lucha se desplaza hacia un concepto más cooperativo.

Es decir, se modifica la concepción liberal del juicio controvertido que busca el éxito de una de las partes, para ir pensando valores de eficacia y seguridad donde no haya vencedores ni vencidos, sino, antes bien, un derecho a que los jueces desarrollen el oficio procurando lograr con sus resoluciones una justicia plena y efectiva.

La tendencia actual es unificar los métodos de debate en el proceso, permitiendo además de armonizar los diversos ordenamientos jurídicos, encontrar un modelo general que concrete, entre otros objetivos, la realidad de un debido proceso legal sin diferencias, aunque puedan existir matices.

Sin embargo, este proyecto encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autonómico (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal, multiplicando los regímenes que debieran concordarse.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes⁶⁶ conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras⁶⁷.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

Teniendo en cuenta esta particularidad, cuando se crea un proceso por audiencias no se alteran los demás principios procesales, tales como, la regla de actuar de buena fe, no abusar de las ventajas que tiene el proceso (v.gr.: desconocer las afirmaciones del contradictor y ampararse en el paradigma que afirma que el que alega debe probar), tener siempre la posibilidad de probar y contradecir, etcétera.

79. ¿Qué significa el principio de legalidad de las formas?

El procedimiento para ser tal, no se configura simplemente por la secuencia ordenada de actos procesales. Requiere que estos cumplan una forma preestablecida que los conduzca y permita interpretarlos congruentes con la etapa del litigio que atraviesan.

Esas formas condicionan la manifestación exterior del acto, comprometiendo su contenido; van dirigidas a las partes, terceros, auxiliares y al mismo órgano jurisdiccional.

Cuando las reglas adjetivas señalan el modo de ser de los actos que componen el proceso, se habla del principio de legalidad de las formas; en oposición a la libertad de emitir requerimientos, alegaciones y decisiones, sin cumplir recaudo alguno de orden ritual, o simplemente llamado, informalismo.

En realidad, es poco probable encontrar mecanismos absolutos de uno u otro sistema, porque la libertad de las formas procesales, “en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral”⁶⁸; como sucede con la legalidad adjetiva que, de todos modos, siempre establece pautas solemnes, pero arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso.

El informalismo, en los hechos, nunca es absoluto, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. Por eso, suele decirse que un escrito presentado en una secretaría

⁶⁶. Cfr. VÉSCOVI, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, UNAM, México, 1978, p. 10.

⁶⁷. El piso de marcha encuentra en este grupo de aspiraciones comunes, por ejemplo, los principios fundamentales del proceso laboral venezolano, cuando indica al juez que debe orientar su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

⁶⁸ CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 319.

distinta a la que tramita la litis incurre en un error de hecho que determina la invalidez formal del acto; tanto como sucede, si la prueba es ofrecida anticipadamente, sin respetar las etapas preestablecidas del juicio ordinario.

En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en los hechos ellas existen. Lo correcto es referir a un proceso sin reglas preordenadas, dejando a las partes y al juez en libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa⁶⁹.

En oposición a esta máxima, se presenta el principio de legalidad de las formas, puesto en claro por Calamandrei al señalar que “las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley (esto es, el derecho procesal) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular”⁷⁰.

La disciplina impuesta a la manifestación de los actos del procedimiento tiene sustento constitucional, en tanto tutela el derecho de defensa en juicio, admitiendo algunas excepciones específicas cuando se propone un acto fuera del encuadre predispuesto (v.gr: excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda).

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el formalismo donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas.

Consecuencia de ello es el tercer sistema denominado de la regulación o *adecuación judicial de las formas* por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

En la praxis, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, lo cual trastoca la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento.

El punto intermedio puede hallarse en el principio de *instrumentalidad* o *elasticidad* de las formas, que sostenido en los principios regulados para las nulidades del proceso, actúa esencialmente, sobre los valores intrínsecos de los actos, dando preeminencia al objeto que están llamados a cumplir en cada caso.

⁶⁹ Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos Procesales...*, tomo I, *op. cit.*, p. 648.

⁷⁰ CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 321.

80. ¿Qué es el principio de publicidad?

La publicidad en el proceso otorga posibilidad a las partes y terceros (público en general) a que puedan tener acceso al desarrollo de litigio, logrando con su presencia una suerte de control hacia la responsabilidad profesional de jueces y abogados.

Pero al referirnos al proceso civil, exclusivamente, la disputa entre intereses privados, a veces reservados por su naturaleza intrínseca –cuestiones del derecho de familia–, demuestra que la publicidad no puede ser absoluta.

Calamandrei contrapone los principios de publicidad y secreto en dos sentidos; según refieran a los sujetos del proceso o al público interesado.

“En lo que se refiere a los terceros –agrega– esto es, al “público” de las personas extrañas al proceso, pueden concebirse abstractamente dos sistemas: el del *secreto*, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimientos de ella; y el de la *publicidad* según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público”⁷¹.

En los hechos, ambos sistemas cohabitan el proceso civil, y en muchas ocasiones se advierte que, el exceso de publicidad, *mutatis mutandi*, afecta el decoro y la majestad de la justicia.

Por eso, dice Morello *ed alter*, que “los excesos de publicidad perjudican y perturban, incluso a las propias partes, a los testigos y peritos. Todo ello, en definitiva, puede llevar a deteriorar la imagen del servicio”⁷².

No obstante, la difusión de los mecanismos judiciales, del proceso en particular, y de las instituciones que lo forman, logran desde esta perspectiva cumplir una función docente, aleccionadora de los beneficios que parten de la jurisdicción.

El conocimiento masivo del laberinto procesal desentraña los equívocos que, lamentablemente, la comunidad tiene sobre los operadores del proceso. Desde luego, la eficacia de la publicidad rebota cuando promedia el sensacionalismo periodístico que, en todo caso, sería el elemento a racionalizar; pero analizando el carácter del principio debe concretarse su espíritu: es el elemento más precioso de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. “En último término, el pueblo es el juez de los jueces”⁷³.

La tarea dogmática e informadora de la publicidad es importante por los siguientes motivos:

a) como *garantía constitucional* integrada a la noción de “debido proceso”, por cuanto refleja los actos del Poder Judicial, transformando el silogismo que para el público tiene el proceso en una noción deductiva y comprensible para quienes nada conocen de leyes.

b) la *publicidad interna* del proceso, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan solo en conocimiento de las partes.

⁷¹ CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 331.

⁷² Morello – Sosa – Berizonce, *Códigos Procesales...*, tomo I, *op. cit.*, p. 610.

⁷³ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 193.

En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se anula el proceso como institución regular.

La publicidad interna del proceso se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o solo quienes acrediten intervención en él), en las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

c) El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos.

Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente “viviendo el proceso”; de la publicidad pasiva, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

81 ¿Cuándo es tiempo de relatar los hechos?

Sabemos que el proceso de conocimiento se desarrolla en etapas consecutivas y concatenadas que, a medida que avanzan, van clausurando los ciclos que le preceden, sin posibilidad de regreso.

Este orden formal, a veces, no se manifiesta continuado, porque se detiene en estadios que fraccionan la unidad del procedimiento, asemejándolo, en la gráfica exposición de Calamandrei, al aspecto exterior de un drama, “dividido en varios episodios escénicos, unificados en virtud del hilo de las vicisitudes”⁷⁴.

Cada una de esas secuencias se rige por un principio del proceso (dispositivo o inquisitivo; carácter público o privado, etc.), que, en lo que importa reconocer en este párrafo, incide sobre la exposición de los hechos, del derecho y de la prueba que las partes puedan incorporar al juicio.

En los hechos la proposición se ejercita para las partes en tres etapas: en la primera, introducen al proceso sus pretensiones y defensas orquestando el juego de cuestiones en litigio; inmediatamente, deben comprobar la verdad y razón de sus respectivas afirmaciones, y finalmente, alegar el mérito de esa actividad cumplida.

La introducción al proceso, o etapa proposicional se caracteriza por el *aporte de los hechos* y la mención del derecho; la siguiente, se reconoce como una cuestión de “cargas” del propio interés (sin perjuicio de la actividad oficiosa que permiten algunos procedimientos específicos) mediante las que cada parte debe demostrar la relación inmediata de los hechos con el derecho que invocó. Para terminar su ejercicio activo en los alegatos, que son expresiones orales o escritas sobre la ponderación que estima merecen cada uno de los medios de convicción sustanciados.

EL principio de preclusión rige cada una de estas etapas, de modo tal que los hechos se incorporan en la oportunidad inicial; la prueba se anticipa o se ofrece antes de su producción porque una vez iniciada la actividad demostrativa no puede regresar (no

⁷⁴ CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 326.

podrían ofrecerse otras pruebas); y los alegatos son afirmaciones unilaterales donde cada parte pretende persuadir al juez sobre las razones y pruebas aportadas al proceso.

En nuestro proceso civil rige este modelo, lo que supone determinar el carácter preponderantemente dispositivo al que antes hicimos referencia.

Pero también el proceso se instala en la dimensión de la finalidad que persigue, esto es, en alcanzar la verdad, a cuyo fin el quid de este punto consiste en resolver si puede modificarse el criterio rígido del aporte del material de conocimiento permitiendo agregar elementos sutiles de valoración en cualquier etapa anterior a la sentencia.

Así planteada la cuestión surgen respuestas inmediatas:

a) Los hechos son determinados por las partes, siendo corolario del juez fijar aquellos que serán objeto de juzgamiento. No podrían modificarse por el conocimiento privado que tenga el órgano jurisdiccional, como tampoco suplirse por otros que no hubiesen sido invocados. Es decir, el objeto procesal lo recortan y limitan la pretensión y la resistencia.

b) En la prueba, podemos remitir a lo dicho en párrafos anteriores, sin perjuicio de señalar las bondades que demuestra flexibilizar el criterio en pos de lograr la eficacia de pruebas decisivas para resolver definitivamente el conflicto.

c) Los alegatos son reducto del principio dispositivo; son escritos facultativos de las partes cuyo límite y contenido lo marcan la *litis contestatio* y la prueba. En principio, no sería posible exceder la pauta elaborada y, aún cuando lo hiciesen, sería inoficioso e inconducente por su carácter declarativo y parcial.

82. ¿Qué regula el principio de economía procesal?

El principio de economía procesal proyecta un alcance superior al de lo estrictamente ritual, en la medida que importa una temática de política procesal que ocupa aspectos genéricos y específicos que lo ubican como un verdadero principio rector del proceso.

Los puntos de interés principal ocupan la duración del proceso y su onerosidad para deducir de cada uno variaciones que definen particularidades especiales.

Economía de gastos y economía de esfuerzos son, entonces, los capítulos decisivos para comprender este principio.

82.1 Economía de gastos

El coste del proceso ha sido desde siempre un tema de honda preocupación política y social. De suyo, fue el elemento utilizado en el medioevo para acrecentar las ganancias de los señores feudales que requerían el pago de las espórtulas como recaudo para asistirlos “haciendo justicia”.

La evolución del derecho y, especialmente, el tránsito hacia la constitucionalización del derecho procesal, genera una dimensión diferente que inserta el problema del costo como una valla en el acceso a la jurisdicción.

El proceso ha de tener un “costo”, pues la experiencia y la comparación con otros sistemas demuestran que la gratuidad de la justicia trae mayores complicaciones que soluciones al problema de acceso a la justicia.

En primer término, extremaba el esfuerzo del servicio jurisdiccional ante el crecimiento geométrico de la litigiosidad. Luego, la ausencia de otro tipo de consecuencias a las del simple hecho de perder el pleito, animaba los excesos del justiciable aventurado que llevaría al proceso al plano del ilícito procesal o del abuso del proceso.

Basados en estas apreciaciones, y trasladando la situación al presente, se comprueba que el proceso, naturalmente, debe tener un costo. El *quid* será, ahora, determinar el alcance de ese costo para que el mismo no llegue a la onerosidad desproporcionada, alejando al justiciable de los beneficios que reporta para la tranquilidad social, la decisión emitida por la institución del juez.

82.2 Economía de esfuerzos

En este sentido, el principio de economía refiere a dos aspectos vitales para la eficacia del proceso: que sea terminado en el plazo más breve posible, y que ello se logre con la menor cantidad de actos.

Celeridad y concentración, en consecuencia, son las premisas a cumplir.

Pero también ambos postulados reciben la influencia de otros sucesos que inciden en la marcha del litigio, relacionándose entonces el principio de eventualidad, de saneamiento y otros vinculados con etapas específicas del trámite (v.gr: adquisición, preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal la generalidad de supuestos, porque el presupuesto cardinal responde al principio de celeridad; de todos modos, el contenido del epígrafe señala el objetivo a lograr: un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento.

Cada uno de esos compromisos del proceso refleja la celeridad conseguida, o la economía de esfuerzos resultante, sin necesidad de acomodar unos en el género y otros como especies.

En realidad podemos pensar que lo acertado reposa en la economía, mostrando a la celeridad como una consecuencia del esfuerzo propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se nutre de otras premisas conducentes dirigidas a las partes y a la estructura del procedimiento.

En base a ello, el principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas a sus actos.

83. ¿Qué reglamenta el principio de eventualidad?

Este principio consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas correspondientes del proceso; recordando al efecto que, bajo el imperio del principio de preclusión, lo que no se hace en tiempo hábil y pertinente queda impedido de plantearse en lo sucesivo.

Por esta vía se especifica que cada uno de los actos deducidos en el curso de un litigio debe presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el

ejercicio eventual o subsidiario que supone dejar abierta una posibilidad de alternancia si la petición principal fracasa.

Son ejemplos de este principio, el oponer a un solo tiempo todas las defensas y excepciones que se tengan contra el progreso de la pretensión; el ofrecimiento de la prueba; la oportunidad para acompañar la prueba documental, etcétera.

Excepción al principio sería el recurso de reposición con apelación en subsidio en la medida descrita al analizar la teoría general de la impugnación.

84. ¿Qué estudia el principio de concentración procesal?

Se trata de cumplir en el menor número de actuaciones la mayor cantidad posible de actos útiles para el progreso del expediente.

Claro está que la adscripción a la oralidad o a la escritura hace dependiente las modalidades del tipo, pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.

Su inclusión en la celeridad obedece al complemento que requiere para dar plenitud al principio; es decir, la concentración por sí sola tendría poca utilidad si el acto secuencial que corresponde no se cumple en el tiempo más próximo posible respecto al que le precede.

85. ¿Qué dispone el principio de preclusión?

Por la preclusión procesal se instrumenta el orden como deben suceder los actos procesales, que por vía de principio, han de ser progresivos y oportunos. Ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacer.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido el tiempo otorgado en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la oportunidad.

En segundo término, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada privando con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso, se habla de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión obraría por *consumación*, cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata.

Cumplido el acto, no es posible reiterarlo aun bajo el pretexto de mejorarlo o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

La suma preclusión en el proceso se produce cuando se ha obtenido una sentencia definitiva. Se llama ejecutoriedad de la sentencia el momento cuando no caben más recursos posibles o se ha agotó la oportunidad de interponerlos.

Pasa así en autoridad de cosa juzgada, al ser la afirmación que ella contiene, indiscutible y obligatoria para los jueces futuros de una voluntad concreta de la ley que reconoce, o desconoce, un bien de la vida a una de las partes.

Tal como se presenta, el principio de preclusión se vincula con el de impulso procesal.

Como una derivación de ambos llegan la caducidad y la negligencia como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La caducidad se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas.

La negligencia, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el desarrollo de la causa.

86. ¿Qué analiza el principio de saneamiento?

Este principio se instala en el campo de las facultades de los jueces, procurando expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa o que provocan dificultades para reconocer claramente el objeto en discusión.

La conducta reprochable también se califica y depura en terreno de este principio. Ocurre que la mala fe es una noción compleja y para ser advertida en el proceso es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético-social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte materializada en actos externos.

Por eso, en el derecho procesal, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que “La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”. (art. 163, inc. 5º, CPCCN).

Cada vez que sea preciso, el juez podrá verbalizar el principio de saneamiento, que en la especie descrita para la conducta procesal, consiste en descalificar al inescrupuloso aplicándole los correctivos propios del principio de buena fe (corrección disciplinaria).

La depuración del proceso se consigue en base a disposiciones que tienden a prevenirlo de nulidades.

El artículo 34, inciso 5º, apartado 2) del Código Federal impone a los jueces el deber de “Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades”.

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: a) depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Respecto del primer aspecto consideramos la actuación del juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así, testar términos

injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes; expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etcétera.

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad más de actuar el principio; toda vez que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo.

87. ¿Qué es el principio de adquisición?

Es un concepto técnico que concilia con la celeridad procesal en cuanto a reunir en beneficio del litigio toda alegación, prueba y postulación que efectúen las partes.

Significa que la actividad de los contradictores beneficia o perjudica a cualquiera de ellos, inclusive puede regresar contra la voluntad de aquel que solicitó determinado cumplimiento (v.gr.: en la prueba de absolución de posiciones, cada posición importar para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere).

Algún sector de la doctrina piensa que el ámbito natural donde se desenvuelve el principio esta en la etapa probatoria. En este sentido Palacio dice que “la vigencia del principio enunciado impide, por ejemplo, que alguna de las partes que produjo una prueba desista luego de ella en razón de serle desfavorable”⁷⁵.

Incorporado al litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quien la dice ni quien la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses en juicio.

La obtención de cada elemento impide retrotraerlos, de modo tal que aquello que fue dicho, “dicho está” y no podría desistirse el comportamiento por cuanto nadie puede ir en contra de sus propios actos; la prueba ofrecida, en cambio, solo se adquiere para el proceso una vez ofrecida, en cambio, solo se adquiere para el proceso una vez iniciado su diligenciamiento porque antes reposa en la disponibilidad de los operadores jurídicos; finalmente, cada una de las actitudes se vinculan con la preclusión por consumación de los actos procesales, de manera que toda contribución al proceso no se resigna ni desiste, por cuanto ya es material de propia pertenencia, sino que es ahora, producto de la “adquisición”.

⁷⁵ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *op. cit.*, p. 284.

CAPÍTULO X PRESUPUESTOS PROCESALES

88. ¿Qué son los presupuestos procesales?

Se denominan presupuestos procesales a cada uno de los requisitos que deben acreditar los sujetos para actuar en el proceso (legitimación procesal), y a los que necesitan encontrarse en el objeto y en la causa de pedir (pretensión) para constituir un proceso válido, y fallarlo con igual regularidad.

Según Calamandrei [...]

“son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito: así, mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda”⁷⁶.

Difiere Goldschmidt en la apreciación, pues a su entender, “los presupuestos procesales no lo son, en realidad, del proceso; son, simplemente, presupuestos, requisitos previos de la sentencia de fondo, sobre los que se resuelve el proceso”⁷⁷.

En líneas generales, los presupuestos representan el conjunto de requisitos necesarios para que la relación procesal tenga validez.

Von Bülow fue quien mejor expuso esta problemática⁷⁸ explicando que al ser el proceso una relación jurídica que avanza, se presentan análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos respecto de las demás relaciones jurídicas. Por lo tanto, así como en una relación jurídica se precisa saber entre qué personas puede tener lugar; a qué objeto se refiere; qué hecho o acto es necesario para su surgimiento; quién es capaz, o quién está facultado para realizarlo, estos mismos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal, dirigiendo su mirada a una serie de importantes y estrechamente unidos preceptos legales.

Cada una de estas posiciones deja, no obstante, cierta confusión para interpretar el destino del instituto. De todos modos las ideas se complementan, porque los presupuestos son antecedentes necesarios para construir la relación jurídica procesal y para que se dicte una sentencia. Si estos supuestos no ocurren, resulta por demás dificultoso llegar a la instancia resolutoria, porque el proceso estaría viciado (nulo o anulable) y regresaría al punto de su enquistamiento.

Recién con la regularidad de los arquetipos predisuestos, se pasa al examen de la razón y a los presupuestos de pertinencia. Es decir, a la cuestión que propicie aunar el derecho expuesto con la sentencia favorable. Por eso, la noción de presupuestos

⁷⁶ CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 351.

⁷⁷ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Leonardo Prieto Castro trad., Labor, Buenos Aires, 1936, p. 8.

⁷⁸ *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, JA 1957-II doctr., p. 69 y ss.

procesales instalada nada más que en las condiciones para formar una relación jurídica ordinaria, es insuficiente si no se entrega al orden consecuente que requiere cada uno de los actos.

En efecto, es preciso distinguir los presupuestos necesarios para ejercitar la acción, de aquellos que importan a la validez de la pretensión. De igual modo, hay un contingente objetivo que incide en la marcha del proceso, y otro subjetivo que vincula a los sujetos intervinientes.

Como se observa, todos son presupuestos que hacen al desenvolvimiento normal de un proceso, pero todos, también, constituyen requisitos para dictar una sentencia válida.

En síntesis, los presupuestos procesales ocupan, esencialmente, la descripción de las exigencias insoslayables que dan regularidad al proceso y al procedimiento que informan, permitiendo con la normalidad secuencial llegar al dictado de una sentencia útil.

89. ¿Cómo se clasifican los presupuestos procesales?

La clasificación de los presupuestos procesales responde al modelo pensado para que los actos adquieran validez y generen efectos jurídicos.

Cada una de las instancias que desarrolla un proceso recibe un presupuesto de existencia dirigido al sujeto y al objeto procesal, por una parte; y por otra, para especificar la dinámica como se han de desenvolver ciertos actos del procedimiento.

Los presupuestos necesarios para constituir una relación procesal y desarrollar un proceso cualquiera hasta la sentencia se diferencian de la siguiente manera.

a) Presupuestos para el ejercicio de la acción: son las condiciones exigidas en la parte interesada que ejercita la acción procesal para formalizar una petición ante el órgano jurisdiccional. Se vinculan con la capacidad y la representación en juicio.

A su vez, enmarcan la posibilidad de actuación del juez, quien deber contar con jurisdicción (autoridad) y competencia (potestad).

b) Presupuestos para validar la pretensión: se relacionan con la idoneidad del objeto procesal; es decir, a la posibilidad jurídica que tienen los sujetos para constituir una relación formal válida.

c) Presupuestos referidos al procedimiento: son prototipos pensados para formalizar lícitamente el contradictorio y se vinculan con las etapas diversas que atraviesa un juicio cualquiera (v.gr.: legitimación ad processum, cumplimiento de formalidades en los escritos, etc.).

90. ¿Cuál es el alcance de los presupuestos necesarios para ejercitar el derecho de acción?

Hay dos requisitos imprescindibles para que la acción (derecho de petitionar a las autoridades) que se pone en marcha al exponer una pretensión pueda ser considerada: *el que pide, debe acreditar la personalidad que tiene* (legitimación ad processum) y el *interés* que reclama (legitimación ad causam); el siguiente, anida en la *competencia e idoneidad* del tribunal ante quien se formula la demanda.

En consecuencia, la regularidad para ejercer el derecho de acción concita los siguientes presupuestos necesarios para dar validez a los actos que se continúan a partir del mismo: a) capacidad, b) representación en juicio y, c) competencia del órgano judicial.

90.1 Capacidad

El Código Civil entiende capaces, a las personas físicas que tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; en cambio, para el derecho procesal, la capacidad se tiene como una cualidad necesaria para el ejercicio de la acción, o para ser sujeto obligado con la pretensión cuya satisfacción se pretende.

El carácter inicial que el derecho sustantivo asigna, refiere más a la aptitud que al ejercicio, es decir: reconoce una calidad general en tanto no existan impedimentos que señalen algún supuesto de incapacidad. De su parte, el derecho adjetivo persigue que el ejercicio del derecho sea realizado por quien fuere su titular y tuviera la posibilidad jurídica de reclamarlo.

La capacidad civil difiere entonces de la capacidad procesal. Mientras la primera consiste en resolver la personalidad jurídica, la segunda introduce un elemento nuevo que se denomina *legitimación procesal*.

En el derecho de fondo la capacidad vincula al sujeto desde dos puntos de vista. Uno, desenvuelve los que se llama capacidad de derecho (o posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones), y otra caratulada, capacidad de hecho, resuelta como posibilidad de ejercicio por la misma persona que es titular.

Para el derecho procesal, esa visualización importa también dos variables. La legitimación *ad causam*, implica, además de la asignación propia del derecho subjetivo, la naturaleza efectiva de reclamarlo por sí y para sí.

Esta capacidad procesal sería, de alguna manera, un paralelo de la capacidad de derecho.

Por otro lado, la legitimación *ad processum*, se relaciona con la posibilidad de obrar, enraizado en simetría con la capacidad de hecho.

90.2 La representación en juicio

La representación de un derecho que no resulta propio se debe acreditar por quien lo afirma como una forma de justificar la personería que alega.

El artículo 46 del Código procesal, en su primer párrafo, exige que se demuestre el “carácter”. El párrafo siguiente admite la interposición de una causal justificativa en la demora de verificación; y la última parte exonera a los padres de toda prueba del vínculo a excepción de que surjan dudas en el juez que entiende en la causa, o lo pida la contraparte.

Esta disposición no se vincula con los problemas de legitimación, sino antes bien, de la representación procesal. Por eso, también está en juego la capacidad para ser parte o estar en juicio.

La capacidad que la norma señala refiere a la aptitud intrínseca del sujeto para obrar dentro del proceso asumiendo por sí o en representación de otro el interés jurídicamente relevante que otorga la legitimación.

a) La capacidad de los menores

Los menores de 18 años de edad para estar en juicio necesitan la representación de sus padres, o de quienes la ejerzan legalmente. Sin embargo, con el Código Civil y Comercial actual hay numerosas excepciones de acuerdo con la edad o la condición que tenga el interesado.

Por ejemplo, en el caso de menores de trece (13) años rige la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061), así como se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Vale decir que se considera menor de edad a la persona que no ha cumplido los 18 años, pero se incorpora al adolescente entendiendo por tal al menor de edad que cumplió 13 años (art. 25).

La habilitación paterna o judicial es diferente de la asistencia jurídica y de la misma representación, pues se trata de cubrir una ausencia de capacidad que impide obrar por sí en un asunto de interés particular. Esta habilitación para el proceso no supone que el menor actúe solo sino a través de un tutor especial que al efecto se designa.

Otra excepción la constituye el menor que actúa en defensa de sus derechos laborales o para tutelar los bienes adquiridos en virtud de su oficio o profesión, aunque el límite de edad para el supuesto parte desde los 18 años.

No requiere aquí de tutor *ad litem*, al estar salvaguardada la seguridad de sus actos mediante el control del Ministerio Pupilar y el patrocinio letrado obligatorio.

Por último, los menores adultos no necesitan de la habilitación judicial o de sus padres, gozando en consecuencia de capacidad procesal plena, en los siguientes casos: a) En los juicios civiles o penales derivados de los contratos de trabajo celebrados para desarrollar cualquier actividad permitida, o en la que tenga un título profesional habilitante; b) cuando revistieren la condición de imputados en un proceso penal; c) en los procesos laborales tienen la misma aptitud que la normalmente exigida, pudiendo entregar cartas de apoderamiento y celebrar acuerdos conciliatorios o de similares consecuencias; d) para intervenir en los procesos relacionados con actos que el menor puede cumplir sin autorización de sus padres (disposiciones de última voluntad y reconocimiento de hijos extramatrimoniales); e) para requerir autorización judicial para contraer matrimonio o requerir la emancipación por edad⁷⁹.

b) Los incapaces e inhabilitados

Los incapaces de hecho y los inhabilitados judicialmente concurren al proceso a través de sus tutores o curadores respectivos.

En ambos casos no se trata de sustituir una capacidad inexistente con la capacidad del representante, sino de asistir al interesado (como sujeto activo o pasivo del juicio) de la adecuada representación que la ley exige para dotar de regularidad y eficacia al litigio emprendido.

La sentencia judicial que declara la inhabilitación debe especificar el alcance que tiene la curatela dispuesta, pues la incapacidad que sigue a este pronunciamiento se circunscribe, por vía de principio, a los actos de administración y disposición

⁷⁹ GOZAÍNI, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 125.

patrimonial, sin afectar los derechos que mantienen para contradecir las decisiones tomadas por sus representantes legales en desmedro de sus intereses o ejercidos mas allá de las facultades judicialmente predisuestas.

Son ejemplos de este tipo las personas inhabilitadas por ebriedad consuetudinaria; uso de estupefacientes que disminuya las facultades de racionalidad; dementes y pródigos.

c) Los condenados a prisión efectiva

Toda persona que deba concurrir a juicio civil y se encuentre condenada a sufrir la pena de prisión efectiva (es decir, que no se ejecuta condicionalmente) pierde su capacidad normal, afectando sus derechos de patria potestad, administración y disposición de sus bienes.

No obstante, podría hipotéticamente actuar en los conflictos que incidan en sus relaciones personales de familia (v.gr.: divorcio, filiación, etc.), o en las emergentes de su propia condición (v.gr.: ejecución de honorarios promovida por quien fuera su abogado).

d) Concursados y quebrados

La indisponibilidad patrimonial que padecen los sujetos que se encuentran en concurso civil o comercial, y el desapoderamiento consecuente de bienes que en ellos sucede, tanto como en los procesos que se declara la quiebra, derivan en la incapacidad de las personas físicas que tendrían que intervenir.

En su lugar actúa el síndico y la administración de los bienes se convierte en una masa patrimonial que pertenece a un núcleo común que es el concurso o la quiebra.

90.3 ¿Cómo se acredita la representación?

Cuando la persona que actúa en el proceso no presenta un interés que le sea propio sino ajeno, y lo ejerza por representación (art. 46, párr. 1º, CPC), tendrá que acreditar documentalmente la personería “carácter” que invoca.

Esta claro que la justificación requerida es para la representación y no respecto al derecho de fondo, de manera que a tenor de corresponder el citado artículo 46 con el artículo 333 (“Con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, deber acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes” – párrafo primero–), podemos clasificar los documentos a presentar liminarmente en: a) aquellos destinados a verificar la concurrencia de los presupuestos procesales de admisión de la demanda, y b) los instrumentos –materiales– acompañados como prueba del derecho de fondo que se quiere defender.

La distinción que suele hacerse entre entidades morales sin capacidad procesal y representación necesaria que les otorga legitimación *ad processum*, sirve para demostrar como operan las reglas del proceso, que admiten la calidad de “parte legítima” a una de estas agrupaciones.

No pretendemos ingresar en la polémica sobre la capacidad material de las personas jurídicas, que de hecho estaría reconocida en las leyes sustantivas de nuestro país.

Sin embargo, la cuestión adjetiva se presenta como un aspecto de la representación antes que de la acreditación del derecho subjetivo o, preferentemente, del interés para obrar.

Obsérvese, por ejemplo, que la legitimación conferida en el actual amparo constitucional previsto en el artículo 43 de la carta fundamental, se otorga a las asociaciones de protección de los llamados derechos de incidencia colectiva (intereses difusos) que se encuentren registradas conforme a la ley; indicando, en consecuencia, que no se trata de acreditar el *fumis bonis juris* sino la calidad que tienen como persona hábil para representar dicho interés colectivo o masificado.

Se ha dicho que si se pretende representar a una sociedad constituida, según las leyes del Estado de Nueva York –esto es una persona de existencia ideal distinta del presentante–, no se trata de representación convencional, sino de la llamada “representación legal”, que requiere indispensablemente el análisis de la imputabilidad estatutaria a aquella de los actos efectuados en nombre del presunto representado. Esto no es prescindible con base en el supuesto reconocimiento de la representación por las demandadas –que aduce el recurrente–, ya que de permitirse tal cosa ocurriría que el acuerdo del eventual *falsus procurator* y de un tercero (el demandado), provocaría una representación de la supuesta actora más allá de la voluntad real de esta (CNCom., Sala D, 1979/03/28, “Bruenn, Jona c. Allied Bank International y otros”, La Ley, 1979-C, 410).

El tráfico jurídico actual aprisiona muchas manifestaciones adicionales de estas formas asociativas. No son únicamente las sociedades tradicionales e inscriptas las que asumen representaciones de intereses específicos, sino también, otras modalidades como los sindicatos, partidos políticos, alianzas estratégicas, uniones transitorias de empresas, entidades deportivas, asociaciones vecinales, comunidades de propietarios, entre muchas mas.

En cada una, la actuación ante la justicia difumina la titularidad del derecho, pero lo concreta cuando se establece la representación.

La personalidad jurídica de ellas difiere de las personas físicas, en las que puede señalarse un tiempo de permanencia o de terminación; en las personas jurídicas depende de la forma estatutaria y de la regularidad de su constitución.

Por eso, al analizar la capacidad procesal de las entidades debe atenderse tanto su posibilidad de actuar como actores y demandados. Sobre todo esta última, en la medida de que una estructura informal podría utilizarse abusivamente, desconociendo en perjuicio del actor o de terceros, la obligación que se les denuncia.

Obsérvese como el artículo 405, inciso 3° del Código Procesal reafirma esta tendencia a tener una “representación adecuada” en el proceso, cuando establece que pueden ser citados a absolver posiciones “los representantes de las personas jurídicas, sociedades, o entidades colectivas, que tuvieren facultad para obligarlas”.

90.4 ¿Cuándo es la oportunidad para la presentación de los documentos?

La documentación que justifica la representación invocada, no siendo esta la del apoderado o mandatario legal que se rige por otras reglas (cfr. art. 47, CPCCN) se debe acompañar en el primer escrito que se presente en juicio, que son habitualmente, los de constitución de la litis.

Con la ley 22.434 se otorgó un plazo máximo de veinte días (hábiles) para que se agregara dicha documentación cuando ella no estuviere disponible. Plazo que se tomaba como emplazamiento y con el apercibimiento de tener la representación por inexistente.

En consecuencia, cuando con el primer escrito no se presentaron los documentos que prueban la representación, el juez podrá conceder plazo si considera atendible la imposibilidad de hacerlo en ese acto.

Además, es preciso destacar que, el rigor interpretativo de dicha norma – directamente vinculada con la garantía constitucional de defensa en juicio– no puede llegar al extremo de impedir que en casos que puedan generar razonablemente dudas, el juez de oficio la intime a justificar la personería fijándose un plazo, porque esa actitud importa, aunque no se lo especifique, el uso de una facultad instructoria (art. 34, inc. 5° b, CP) (CNCom., Sala B, 1982/03/15, “NCR Argentina, S. A. c. Aragón Cadena de Hoteles, S. A.”, ED, 99-752).

90.5 ¿Cómo se acredita la representación legal?

En estos casos se habla de personalidad, lo que significa establecer una distancia respecto a la “legitimación”, porque para acreditar la representación legal es necesario acompañar los documentos que habilitan la actuación en nombre del titular del interés jurídicamente relevante.

La presentación en juicio de los poderes reconoce una pequeña diferencia según se trate de instrumentos que asignan aptitud para obrar especialmente para un juicio, o se trate de apoderamientos genéricos que involucran diversos tipos de actividades (habitualmente administrativas y judiciales). En el primer caso, debe acompañarse el título original con copias debidamente rubricadas por el letrado para su conocimiento por las partes; en tanto que en los poderes generales, basta agregar la copia en número suficiente para incorporar al expediente y dar los traslados que correspondan.

Pero no es posible tener por acreditada en legal forma la personería de aquel que presenta una copia simple, sin firmar, de un poder especial para un solo juicio; aunque por aplicación del principio de que todas las nulidades procesales son relativas, si el tribunal no ordenó el desglose, y la contraparte no lo solicitó oportunamente, queda convalidado el vicio (en rigor, la irregularidad) y saneada la justificación de la personalidad procesal.

Se confirma con el artículo 48 del régimen ritual de la nación, la distancia entre legitimación y personería, cuando se permite que, ante la urgencia de realizar actos procesales el abogado pueda presentarse sin acreditar los títulos que justifican su actuación.

En todos los casos, una vez aceptada la personería del representante y consentido que, quien pidió por otro esta realmente habilitado para hacerlo, ninguna duda hay en cuanto a la improcedencia de llamar a juicio al representado con el fin de integrar una litis, ya que esta integrado, precisamente, por él, aunque a través de una persona que por la ley o un contrato esta facultada para obligarlo.

Una actitud en contrario supone confundir la calidad de parte con la legitimación *ad causam*.

90.6 ¿Qué modalidades puede tener la representación legal?

Existen dos modalidades que relacionan el ejercicio de la profesión legal (abogados, procuradores y escribanos) con la asistencia jurídica que prestan a sus clientes.

En el primero, dice Palacio [...]

“El análisis comparativo de la legislación procesal vigente permite comprobar la existencia de dos sistemas extremos, caracterizados por la separación o por la unificación totales de las profesiones de abogado y procurador, y de un sistema intermedio o ecléctico, según el cual es admisible el ejercicio acumulativo de ambas profesiones. El sistema de la separación ha sido adoptado por las leyes francesas, inglesas y españolas. De acuerdo con los regímenes legales vigentes en esos países, mientras el abogado (*avocat* en Francia; *barrister* en Inglaterra y *abogado* en España) tiene como única función la consistente en asistir a las partes, exponiendo verbalmente o por escrito las razones que aquellas pueden argüir en apoyo de sus derechos; el procurador (*avoué*, *solicitor* y *procurador*, respectivamente), tiene a su cargo la representación de las partes, estándole particularmente encomendado el cumplimiento de los actos de impulso procesal y la confección de los escritos [...] En lo que atañe al segundo grupo de sistemas citados, gran parte de la legislación moderna adhiere a aquel en cuya virtud el poder de postulación procesal corresponde, como principio general, a los auxiliares de las partes, de manera tal que estas últimas no pueden comparecer personalmente y deben formular sus peticiones por intermedio de un abogado o procurador” (v.gr.: Alemania, Italia, y la provincia de Santa Fe, en nuestro país, entre algunos otros)⁸⁰.

En cada modismo esta bien delineado el problema de la legitimación e interés en actuar de quien pretende la tutela de un derecho al que accede de buena fe, o en la creencia de estar por el mismo asistido; y la representación que cuenta para el derecho de postulación.

Esta separación permite diferir al abogado las cuestiones que el presente como dificultades para el acceso. Por ejemplo, sería procedente oponerse –a través de la excepción de falta de personería– a la actuación de un letrado que no se encuentra matriculado en la jurisdicción donde quiere intervenir; o no tiene aun el título habilitante; o cuenta con un poder insuficiente.

91. ¿Cómo se determina la competencia del órgano judicial?

El órgano judicial que recibe la demanda debe tener jurisdicción, esto es, que quien vaya a representar el poder-deber de juzgar cuente con los atributos exclusivos y excluyentes que acreditan la función.

De igual tenor resulta la idoneidad material que tenga el órgano para decidir, circunstancia que pone de resalto la competencia; en otros términos, la medida asignada específicamente al juez para desarrollar el conocimiento. Recordemos que, “en todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente”⁸¹.

⁸⁰ *Derecho Procesal Civil*, tomo III, *op. cit.*, p., 130.

⁸¹ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 29.

En el derecho procesal se suelen confundir las nociones de “jurisdicción” y “competencia”, cuando en realidad, ambos conceptos se integran y complementan, donde uno resulta el género y otro la especie.

La causa obedece a una distribución racional del trabajo que desenvuelve el oficio judicial, de manera que la potestad de resolver los conflictos se divide entre los jueces en base a mecanismos predeterminados que facilitan la distribución y asignación del poder jurisdiccional.

No se trata, claro está, de escindir a la jurisdicción, sino de asignar la competencia en temas específicos sobre el presupuesto de la clasificación objetiva y subjetiva que se realice.

Objetivamente, la competencia adscribe al conjunto de causas o asuntos en los que el juez interviene en razón de una disposición legal que lo autoriza; en tanto que *subjetivamente*, el mismo juez limita su actuación a las materias y territorios asignados.

A su vez, la organización judicial permite referir a una competencia externa, donde el oficio judicial atiende al conjunto de atribuciones que se obtienen; y a una competencia interna acotada a las funciones que realizan los auxiliares de la jurisdicción.

La distribución referida toma como factores de clasificación los siguientes:

a) *Competencia por materia*: en esta, el juez asume la potestad judicial de acuerdo con la naturaleza del conflicto y la especialidad que posee. Encontramos así, por ejemplo, reparticiones por cuestiones civiles, comerciales, laborales, contenciosoadministrativas, penales, etcétera.

En esta categoría se encuentra la división o compartimiento según el valor del pleito (competencia por la cuantía), desplazando la intervención de uno u otro magistrado cuando el monto del proceso supera o no los límites económicos antes precisados.

b) *Competencia territorial*: se relaciona con la circunscripción territorial dentro del cual el juez puede ejercer su jurisdicción.

El territorio donde el proceso se desenvuelve es único e indivisible, pero admite opciones de radicación de acuerdo con la naturaleza de la pretensión. Basta mencionar, por ahora, que si la demanda versa sobre cuestiones personales, el demandado no puede ser obligado a reconocer una jurisdicción territorial ajena a la de su domicilio, aun cuando pueda voluntariamente aceptarlo.

Del mismo modo, los temas de contenido patrimonial convencional admiten el pacto de radicación de competencia; y los de contenido real, se rigen –por vía de principio– por el lugar donde el inmueble se asienta.

Esto es lo que dispone el artículo 1º del Código procesal, con el agregado de la prórroga en favor de jueces extranjeros (o de árbitros) que extienden su jurisdicción fuera de la República.

c) *Competencia funcional o jerárquica*: se trata de la función que tiene el juez en la etapa que interviene; serán entonces, jueces de primera instancia, de alzada o segunda instancia, superior Tribunales o Ministros de la Corte Nacional.

Genéricamente se denominan jueces *a-quo* (hasta cierto momento) a los que actúan originariamente; *ad-quem* (desde un momento hacia adelante) son los superiores jerárquicos que revisan el fallo del magistrado anterior.

d) *Competencia por asignación de tiempo*: cuando el número de causas es de crecimiento constante y regular, algunos sistemas deciden asignar competencia en turnos que ocupan espacios de tiempo determinados, dentro de los cuales aquellos sucesos ocurridos en él, se deben resolver ante el Juzgado que cumplía dicho turno. Atiende solo a circunstancias de hecho, aun cuando obran congraciados con los restantes mecanismos de asignación.

Variante de esta posibilidad se da con el principio de prevención que otorga competencia al primer juez que toma conocimiento impidiendo que otros lo hagan.

92. ¿Cuáles son los presupuestos procesales para la validez de la pretensión?

Para que la pretensión sea propuesta por quien tiene derecho a esperar una sentencia favorable, debe existir *legitimación para obrar e interés procesal*.

El problema aparece cuando el interés expuesto a través de la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etcétera.

En estos casos el código procesal otorga al demandado la posibilidad de articular una excepción que pospone o elimina definitivamente el progreso de la acción. Es la defensa prevista en el artículo 347, inciso 3º, que dice: “Solo se admitirán como previas las siguientes excepciones.....3º) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva”.

La importancia que tiene no definir en parte alguna del código lo que se pretende con la legitimación, para referirse solo a ella en un capítulo contingente como es el de las excepciones, podría sospechar que es un tema meramente facultativo, dispuesto como potestades del demandado, antes que valoradas *ex officio* por el juez de la causa.

Así, nuestro sistema procesal reconoce antecedentes y modelo en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855. La diferencia, en punto al tema de la legitimación, fue que nosotros distinguimos –sobre todo después de la reforma procesal de la ley 17.454– los problemas de representación y capacidad, de aquellos que corresponden a la acción propiamente dicha (por eso a la falta de personería suele llamarse excepción de falta de acción); mientras en España, se dividieron las aguas entre el “carácter” con que el litigante se presentaba al juicio, y la “cualidad” que debía acreditar para dicho comparecimiento.

En Argentina, entonces, la legitimación procesal recibe las mismas cuestiones de tratamiento que en España, solo que se asignan denominaciones diferentes pero que llevan el mismo sentido. Tal similitud obliga a reconocer en el paralelo idénticos problemas e iguales confusiones, aunque la jurisprudencia local utilizó algunas respuestas del sistema aplicado en Estados Unidos de América para definir el *standing to sue* (legitimación para obrar).

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permite al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica porqué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

93. ¿Cuáles son los presupuestos procesales del procedimiento?

Como dijimos anteriormente, estos presupuestos articulan la regularidad y eficacia del proceso permitiendo un trámite normal que lo ponga en condiciones para dictar sentencia sobre el fondo del problema suscitado.

Son arquetipos que regulan la normalidad en la secuencia procedimental, de manera que se presentan episódicamente, en relación con cada una de las etapas que en el proceso transcurren.

Cada uno bosqueja el resguardo al debido proceso donde la garantía de la defensa en juicio esta entronizada como condición insuperable.

La forma de los actos, en sentido estricto, cumplimenta, además del aspecto exterior, la voluntad, el tiempo y el lugar donde promedia.

Es importante, entonces, comprender que el hito central de los presupuestos del procedimiento radica en estas cuestiones.

Al hablar del carácter instrumental del proceso y de las reglas que diseñan el principio de formalidad, tuvimos oportunidad de advertir acerca de la regularidad exigida para manifestar un acto del proceso.

En esta ocasión interesa recortar el objetivo hacia el espíritu que contraen como presupuestos de un proceso válido.

En la formalidad ocupan su espacio, el idioma, la redacción, la firma, el rol del órgano jurisdiccional, etcétera.

Por ejemplo, el artículo 115 del código procesal civil y comercial de la Nación, requiere que todos los actos del proceso utilicen el idioma nacional, o la traducción si la lengua fuese desconocida por los sujetos procesales. Asimismo, el artículo 118 del ordenamiento citado dispone que: “Para la redacción y presentación de los escritos regirán las normas del Reglamento para la Justicia Nacional”.

Estas solemnidades son propias del sistema escrito, y es lógico que se presupuesten como arquetipos, porque de otro modo serían inhábiles para impulsar el procedimiento, preservar el derecho de las partes, o suplir el cumplimiento de las cargas procesales, sea que actúen deliberadamente o por error material.

La firma de las partes es un requisito de existencia del acto, y en tal sentido los escritos judiciales deben contener, si se litiga por derecho propio, la firma del peticionario y del letrado patrocinante; mientras que si interviene un mandatario debe ser suscripto por el procurador y abogado o, en su caso, solo por el abogado cuando sea apoderado.

Va de suyo que carecen de eficacia los escritos presentados con una firma que no corresponde a la persona a quien se atribuye. En cambio, si la omisión en el acto procesal es de otros recaudos distintos de la firma, al no prever sanciones específicas, puede admitirse su depuración o posterior saneamiento.

A su turno, el órgano jurisdiccional tiene también que resguardar los presupuestos de validación procesal, debiendo recibir las peticiones de las partes, y oírlas en cuanta oportunidad estime menester.

La recepción de los escritos se vincula con el principio de publicidad, incorporándose al expediente previa atestación del cargo, que es el acto formal que señala la fecha y hora de presentación. El mismo reviste las características propias de un

instrumento público, y en consecuencia, lo allí consignado goza de la autenticidad que le confiere la firma del funcionario autorizante.

Las audiencias, se vinculan con el modo de recepcionar el interés de las partes, caracterizándose como actos en los que el juez escucha las declaraciones de los sujetos intervinientes en el proceso, de todo lo cual se deja constancia en el expediente mediante el levantamiento de actas.

El tiempo de los actos procesales acontece como presupuesto de validez cuando el ejercicio de la acción está prescrito, o bien, si promedia abandono injustificado de la causa (caducidad).

Finalmente, si referimos al lugar donde han de cumplimentarse las instancias, entendemos de suyo que es el mismo tribunal competente. Por eso, la presentación de escritos, por error inexcusable, ante una secretaría distinta de la actuaria, tiene como efecto la inexistencia del acto.

94. ¿Cuáles son los presupuestos procesales de la sentencia favorable?

En verdad, la noción de presupuesto descansa en las condiciones imprescindibles exigidas para dar validez y existencia a un proceso cualquiera. De ello se sigue que la sentencia favorable es solo una expectativa que depende, en gran medida, de la actividad dispuesta por las partes y del acierto encontrado para confirmar sus respectivas postulaciones.

Siendo así, pensar en presupuestos del éxito, implica un error de apreciación, porque aun cuando la prosperidad de una pretensión pudiese alentarse a futuro (v.gr.: cuando el proceso tramita en ausencia, o rebeldía), no puede soslayarse que la sentencia es el producto de una derivación razonada que confronta hechos y derechos; de modo tal que la falibilidad humana en los criterios de apreciación puede estar presente en esta etapa.

Por eso es ilógico presupuestar el pronunciamiento favorable como condición del derecho procesal. El punto exacto marca que el camino es llegar a la sentencia de fondo sin nulidades antecedentes.

Todo lo demás actuado para alcanzar la razón, son actividades procesales enmarcadas en el conjunto de derechos, deberes, cargas y obligaciones de las partes, instaladas en el campo que explica la teoría de los actos procesales.

95. ¿Qué son las excepciones procesales?

Al señalar la misión del juez controlando de oficio la existencia normal de los actos que se le van presentando, no dejamos de reconocer la función complementaria que asume el oponente en el ejercicio de su derecho de defensa.

Hay casos en los que la instancia de la contraparte es indispensable para frenar un procedimiento viciado, como sucede cuando los hechos afirmados por una parte no responden a la realidad acontecida, siendo imposible al juez pensar en un suceso distinto si aquellos hechos no son negados. O también cuando existe litispendencia entre los litigantes, y ellos no lo denuncian, provocando la nulidad que los presupuestos pretenden evitar.

En este terreno es donde asientan las excepciones procesales, las que responden a una doble categoría: aquellas que tienden a invalidar el derecho material (derecho de fondo alegado por el interesado) que se denominan *excepciones sustanciales*; y las que impiden progresar por algún vicio o defecto de orden procesal, que se reconocen como *excepciones procesales o impedimentos*.

Doctrinariamente, reciben la clasificación de *perentorias* y *dilatorias*, según fulminen el proceso definitivamente, o posterguen su continuidad hasta el saneamiento del vicio.

Es importante aclarar que excepciones y presupuestos refieren a cosas diferentes, pero en el Código Procesal no se establecen distinciones, circunstancia por la cual cabe decir que no todos los presupuestos procesales se requieren mediante excepciones, ni todas las excepciones vinculan a presupuestos procesales.

95.1 ¿Cuáles son las condiciones de procedencia formal y sustancial de las excepciones?

Las defensas y excepciones se deducen por escrito conjuntamente con la contestación de la demanda o reconvención.

De acuerdo a la finalidad que persiguen, cada una requiere una fundamentación distinta, a cuyo fin corresponde clasificarlas en *excepciones procesales*, que son aquellas que se relacionan con la falta de presupuestos de existencia y regularidad del proceso (incompetencia, falta de personería y defecto legal en el modo de proponer la demanda); *defensas*, u oposiciones que realiza el demandado al progreso sustancial del proceso (cosa juzgada, transacción, conciliación y el desistimiento del derecho), y *excepciones sustanciales*, que se basan en un presupuesto procesal del que carece la pretensión, y por ello pretenden cancelar de manera definitiva el proceso iniciado (prescripción, falta de legitimación manifiesta para obrar; defensas temporarias v.gr. días de luto y llanto).

Si lo que persiguen es impedir definitivamente la continuidad del proceso, se denominan excepciones *perentorias*, porque extinguen la acción.

Están legisladas en los códigos de fondo, y el código procesal indica que ellas se deben oponer como de *previo y especial pronunciamiento*, toda vez que cancelan los efectos jurídicos pretendidos, impidiendo la prosecución del proceso (prescripción, falta manifiesta de legitimación para obrar, cosa juzgada, transacción, conciliación y desistimiento del derecho).

Una vez más, recordemos que son excepciones *dilatorias* cuando paralizan la acción sin extinguirla, hasta que se revise el déficit denunciado para su corrección (incompetencia; falta de personería; litispendencia; defecto legal; arraigo y las defensas temporarias del código civil: días de luto y llanto, beneficio de excusión, beneficio de competencia).

95.2 ¿Cómo tramitan las excepciones?

La oposición de excepciones suspende *la continuación* del proceso hasta que se resuelvan favorable o desfavorablemente.

No suspende el plazo para contestar la demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo 175 y 346 a 354 bis del CPCCN, toda vez que no afecta a los

actos procesales que se encuentran pendientes de producción (v.gr.: la respuesta al emplazamiento a contestar la pretensión o la reconvencción), siendo su interposición facultativa e integrante del trámite normal del juicio, por lo que en ningún caso configuran incidentes.

Sí suspenden el plazo para contestar la demanda, en los casos de excepción de falta de personería; defecto legal en el modo de proponer la demanda, y arraigo como consecuencia natural de la defensa interpuesta.

El plazo para deducirlas, se cuenta desde el día siguiente a la notificación por cédula (art. 135, inc. 2º, CPCCN) de la demanda o reconvencción, y cada una de las excepciones que exigen prueba documental, deben anexar dicha prueba, o indicar quién la posee, en el mismo momento de su interposición (arts. 349 y 350, CPCCN), caso contrario, el juez la rechazará *in limine*, toda vez que no puede suplir una carga de la parte. De esta manera se evidencia el respeto a los principios procesales de bilateralidad y contradicción.

Al correr traslado a la otra parte, de las excepciones planteadas (principio de sustanciación) esta debe cumplir con la misma carga, por tener el mismo derecho de ofrecer prueba, respecto de la excepción o excepciones opuestas.

Terminada esta etapa introductoria en el marco de las excepciones, el juez “recibe la prueba ofrecida” (art. 351, CPCCN), lo que se entiende como “producción” de la misma, en cuya virtud, si la única prueba es la documental, o una vez producida toda la prueba, la causa está en estado de alcanzar la sentencia.

95.3 ¿Existe alguna limitación a la interposición de excepciones?

Solo la que marca la teoría de los actos propios, es decir que nadie puede interponer una excepción que resulte contraria a otra también opuesta, o a sus propios argumentos.

Sin perjuicio de ello, todas las excepciones a que se crea con derecho la parte, deberán ser interpuestas en forma conjunta, en un mismo acto. El juez resolverá previamente, aquellas que le permitan seguir entendiendo en la causa, (excepción de incompetencia –declinatoria–; litispendencia, art. 353, CPCCN), y en caso de ser positiva su intervención, resolverá al mismo tiempo las demás excepciones previas.

La resolución de las excepciones puede ser apelada, recurso este que es concedido en relación y con efecto suspensivo, con excepción de: la excepción de falta de legitimación no manifiesta, que es irrecurrible; y la excepción de incompetencia por el carácter comercial o civil de la cuestión, donde el efecto con que se concede el recurso de apelación en relación por su rechazo, será devolutivo.

Cuando el juez admite las excepciones, procede despachar lo que resulte correspondiente con cada excepción interpuesta, diferenciándose el carácter de dilatorias o perentorias de cada una de ellas, en punto a la posibilidad de seguir con el juicio activo, u ordenar su remisión a otro juzgado, o directamente su archivo. Si en cambio las rechaza, los efectos de tal rechazo adquieren relevancia en los casos que su interposición haya suspendido el plazo para contestar la demanda (v.gr.: art. 346 últ. párr.: falta de personería, defecto legal o arraigo), en cuya virtud, entendemos que debe aplicarse la renovación del plazo acordado por el artículo 338 CPCCN de quince días para contestar la demanda.

95.4 ¿Qué significa “de previo y especial pronunciamiento”?

La ley exige que las excepciones sean tratadas *antes* que el Juzgador analice las cuestiones de fondo, ya que si falta, por ejemplo, la capacidad, la relación procesal sería nula y la decisión definitiva se tornaría ineficaz.

Lo mismo sucedería con la competencia del juez, o la litispendencia, y así con cada excepción establecida por el código.

Por eso, la cuestión de su resolución previa es necesaria por encontrarse hasta entonces suspendido el pronunciamiento sobre la cuestión principal, y merced a la disposición del código (art. 346, CPCCN), el especial pronunciamiento refiere a una sentencia interlocutoria que resuelva las excepciones, independientemente del tenor de su resolución (admisión o rechazo), aun en el caso de la excepción de falta de legitimación para obrar, cuando esta no fuera manifiesta, y posponga su tratamiento para el momento de la sentencia definitiva.

95.5 ¿Cuáles son los objetivos de cada excepción?

Para entender el objetivo de cada excepción interpuesta, es necesario concretar en cada una de ellas, la finalidad que persiguen.

a) Incompetencia: partiendo de la base que toda demanda debe interponerse por ante un juez competente, es necesario remitirse a las reglas de dicho instituto a fin de sustentar el alcance de la excepción.

Se trata de una excepción dilatoria, y es fundamental que vaya acompañada al deducirse, por la totalidad de la prueba que demuestre la veracidad del planteo, circunstancia esencial para que el juez resuelva.

Siendo la competencia el presupuesto procesal sin el cual no existe la relación procesal válida, el juez está exigido a examinar la demanda y negarse a intervenir si advierte que excede su competencia (v.gr.: demanda civil promovida ante juez comercial). De tal manera, cuando se inicia una demanda sin que surja de la misma claramente la jurisdicción elegida, el juez mandará que el actor exprese lo necesario a ese respecto (art. 337 párrafo 2º, CPCCN) para poder establecer su competencia.

Si de allí surgiera su incompetencia, se inhibirá de oficio (art. 4, CPCCN).

Puede suceder que el juzgador no advierta que la demanda sometida a su tratamiento se encuentra fuera de su competencia. En tal caso el accionado puede oponer la “excepción de incompetencia”, que le da al juez una segunda oportunidad para expedirse sobre la misma y declararse incompetente, siempre y cuando así resultare de la prueba anexada por dicha parte.

El mismo caso se produce, al decidirse la inhibitoria (art. 10, CPCCN). Ello sustenta que la resolución de la excepción, deba realizarse de forma previa, ya que solo se dará curso al resto del proceso, una vez que queda fijada la competencia del juez.

El Código contempla las siguientes situaciones respecto de la excepción de incompetencia (art. 349, inc. 1º, CPCCN):

- En razón de diferente nacionalidad: en cuya virtud, el actor está exigido a verificar el carácter de extranjero del oponente;

- Cuando fuere por diferente vecindad: en cuya virtud, es menester probar el domicilio en extraña jurisdicción a donde se efectuó el planteo por el actor; y
- El foro prorrogado (la fijación de común acuerdo por las partes, del juez competente), en cuya virtud, es ineludible acompañar el documento que acredite el sometimiento a la jurisdicción pactada. Solo frente al cumplimiento de estos recaudos, en cada caso de que se trate, podrá darse curso a la excepción planteada. Caso contrario, el juez podrá proceder a su rechazo liminar, por no estar cumplidos los requisitos de admisión procesal de la defensa intentada.

En todos los casos, debe ser oído el Ministerio Público (en el supuesto, el Agente Fiscal), quien debe emitir dictamen.

Cuando el magistrado interviniente admite la excepción de incompetencia abandona la causa y decreta el archivo de las actuaciones, o su remisión al juez competente.

Si la resolución judicial, en cambio, desestima la excepción de incompetencia, ya no se podrá volver sobre el particular, una vez que queda firme, en cuya virtud quedará fijada su competencia.

b) Falta de personería: la falta de personería es un vicio de la representación y de la capacidad procesal para estar en juicio, situaciones ambas que son posibles de saneamiento y que impiden atraparlas en un concierto demasiado formalista.

El artículo 347 inciso 2º del Código Procesal establece como excepción dilatoria la *falta de personería* en el demandante y en el demandado o sus representantes, propiciando como causa de la misma, a la ausencia de capacidad civil para estar en juicio; o que se carezca de representación suficiente. Así se argumenta que dos son las causales susceptibles de condicionar la admisibilidad de la excepción de falta de personería: la ausencia de capacidad procesal en el actor o en el demandado, y la falta, defecto o insuficiencia de la representación –necesaria o voluntaria– de quienes comparecen al proceso en nombre de aquellos (CNCiv., Sala D, 1993/10/27, “Rodríguez, Horacio R. c. Cátedra, Guillermo M.”, La Ley, 1994-B, 419 - DJ, 1994-2-474; CNCiv. Sala E agosto 25-1998-520-SJ-ED 186-590).

Personero es quien se constituye como procurador para entender o solicitar negocios ajenos. *Personería* es el cargo o ministerio del personero, que en el orden jurídico se relaciona con la *personalidad*, la que a su vez, se vincula con la capacidad y la representación legal. El problema se suscita con *quien pide en su propio nombre* y necesita para ello de capacidad civil para estar en juicio; o de quien lo plantea en *representación de otro*, en cuyo caso habrá que resolver la suficiencia del mandato conferido y su posibilidad de realización jurídica. Las excepciones del código tienen en cuenta esta diferencia, pues mientras la falta de personería, pretende denunciar que no existe capacidad civil para estar en juicio o la insuficiencia de representación; la falta de acción tiene por objeto poner de manifiesto que no media legitimación procesal, es decir, la circunstancia de no ser el actor o el demandado, las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la que versee el proceso.

La capacidad procesal no tiene categoría ni jerarquía propia sino en relación con lo que obtiene del derecho sustancial. En definitiva, si bien la persona puede tener

legitimación para obrar en una causa, ella misma quizás no tenga la capacidad procesal requerida para estar en juicio.

Mientras en la *legitimación* el tema vincula relaciones entre sujetos, y entre el sujeto con el interés que quiere tutelar; en la *capacidad* referimos a una aptitud, o cualidad legal señalada a través de disposiciones materiales. La falta de capacidad, puede suplirse –o integrarse– con el instituto de la representación necesaria (ej: padres que asumen el derecho de pedir ante la incapacidad ocasional de sus hijos menores; representantes de personas jurídicas que no tienen capacidad para estar en juicio constituyéndose su representante legal en agente portador de la cualidad de postulación).

A *contrario sensu*, no supone un caso de integración de capacidad ausente, el derecho de representación voluntaria de un abogado, a través de las reglas del mandato.

La falta de capacidad es un vicio subsanable, y por lo tanto, puede corregirse el defecto a través de los conferimientos de representación (legal, no voluntaria) o mandato pertinentes. En consecuencia, son impedimentos absolutamente conexos con el derecho material, porque de estas normas se toma la capacidad civil que el código procesal contempla. Es de destacar que en ningún caso por esta vía se podrá denunciar la ausencia de legitimación procesal, es decir, la circunstancia de que el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para sumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la que versa el proceso. Ello está previsto en el artículo 347, inciso 3° CPCCN.

También el juez, de oficio, puede rechazar la demanda por falta de capacidad civil –absoluta o relativa– (art. 34, inciso 5°, ap. b), tolerando de la parte el recurso de reposición o la apelación directa o en subsidio.

A su vez, el actor puede impugnar por las mismas vías una capacidad mal atribuida a una persona que se la tiene por parte, siendo inhábil para ello. En todos los supuestos, la decisión no hace cosa juzgada sobre el fondo del problema, sino que posterga la investidura como parte, hasta que se acredite debidamente tal presupuesto de admisión.

El sentido de la excepción de falta de personería radica en evitar tramitar un litigio con quien no representa a la parte, la que podría, en consecuencia, verse sustraída de la eventual sentencia a dictarse por no haber participado en el juicio.

Cuando al litigio se accede por la vía del mandato, el representante debe acreditar las facultades que se le confieren en el instrumento que lo acuerda. El análisis que se concreta es sobre la personería, y no sobre la capacidad para hacerlo (tanto del que lo otorga como del mandatario), de modo tal que al juez le corresponde controlar la regularidad del documento, sus límites y extensiones; y a la contraparte alegar, en su caso, la excepción de falta de personería, si no acredita el título justificativo de su actuación.

El efecto de la admisión de la excepción dilatoria de falta de personería –no perentoria– no es el rechazo de la demanda, sino el expresamente previsto en el artículo 354, inciso 4° del CP, es decir la fijación de un plazo durante el cual la parte vencida en la excepción, debe subsanar el defecto de su personería, bajo apercibimiento de tenérselo por desistido del proceso (CNCiv., Sala C, 1986/06/23, “Consortio de propietarios Acevedo 348/50/60/62 c. Luz de Puzzi, Luciana y otro”, La Ley, 1986-E, 62).

Sin embargo, por aplicación del principio procesal que tiene a todas las nulidades como relativas, también se ha sostenido que, la falta de personería es subsanable en cualquier tiempo, de modo tal que debe aceptarse la documentación que tiene por objeto acreditar la representación del mandatario (CNCiv., Sala C, 1994/04/27, “Ruiz de Vigil c. Consorcio de Propietarios”, 38.393-S, La Ley, 1995-C, 670). En todo caso, si luego de opuesta la excepción de falta de personería esta es subsanada, quedará acreditada pero se le impondrán las costas al que lo hizo tardíamente (CNCiv., Sala C, 1996/02/15, “Banco de Crédito Argentino c. Mambretti A. H.”, La Ley, 1996-D, 851 (38.825-S).

Debe ser notificada personalmente o por cédula, en los términos del artículo 135 del Código Procesal, la resolución que concede un plazo para subsanar la falta de personería. Para resolver la excepción de falta de personería se debe estar a los términos del poder otorgado, pero dándole la amplitud suficiente para que el apoderado pueda cumplir en el pleito su cometido con los menores inconvenientes (CNCiv., Sala A, 1996/10/15, “Versace S.P.A., Gianni c. Virtus S. A.”, La Ley, 1997-C, 604 - DJ, 1997-2-356).

El análisis del poder es el límite para desestimar la excepción, teniendo en cuenta que como todo instrumento público, debe diferenciarse el aspecto formal del contenido intrínseco. Una vez cumplido el plazo otorgado por el juez para subsanar el vicio, sin que la parte lo haya efectuado, corresponde el archivo de las actuaciones.

c) Falta de legitimación para obrar: teóricamente se plantea la siguiente hipótesis: el sujeto jurídico que deduce una demanda lo hace anhelando lograr, mediante la actividad jurisdiccional, determinados efectos sobre el reconocimiento del derecho que alega. Obviamente esta declaración acerca de la razón que tiene y espera, le otorgan una expectativa cierta a la sentencia favorable.

La idea parte de posicionar a la acción como derecho concreto y en esta medida, quien reclama la intervención judicial debe ser el titular del derecho subjetivo privado.

Por eso, la legitimación deja de ser un presupuesto del proceso para convertirse en una necesidad ineludible de la estimación de la demanda. Pero además, tal como se instala en el sistema procesal argentino, la excepción de falta de legitimación para obrar se puede denunciar por alguna de las siguientes circunstancias: a) que el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundamentación de esta, o –por extensión– que el primero carece de interés jurídico tutelable; b) que no concurre, respecto a quien se presenta como sustituto procesal, el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter, con la misma salvedad señalada precedentemente; c) que mediando alguna hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por, o frente a, todos los legitimados; y d) que mediando un litisconsorcio necesario, no integran la relación jurídico procesal todos los contradictores obligados.

La excepción tiene dos facetas: una destinada a oponerse a la titularidad que invoca el sujeto activo que pretende (conocida también como falta de acción); y la otra, en la facultad que tiene el demandado de oponerse a que contra él se dirija una demanda que versa sobre una cuestión en la que no tiene derecho de contradicción por inexistencia de relación causal o material.

d) *Litispendencia*: la expresión *litis-pendencia* es una voz jurídica de origen latino y su significado literal es “juicio pendiente”. Se trata de un juicio “en curso” o “tramitándose” que no tiene sentencia firme de ningún tribunal.

Esta excepción se opone con el objeto de que no se demande dos veces la misma cosa, vale decir que, en presencia de dos demandas es necesario establecer si se trata de dos acciones diferentes o si por el contrario, es la misma acción deducida dos veces.

En este último caso, ello sucede cuando hay identidad de partes, identidad de causa e identidad de objeto. Cuando coexisten dos pretensiones cuyos elementos son idénticos, procede oponer esta excepción.

El objeto estriba en la necesidad de evitar “un doble conocimiento” o impedir que sobre un mismo hecho recaigan dos pronunciamientos judiciales que puedan llegar a ser contradictorios lo que importaría un verdadero escándalo jurídico.

Para el éxito de la excepción, es fundamental la existencia de la triple identidad requerida. Aun cuando el código sostiene en el artículo 349, inciso 2º, CPCCN, la necesidad de acompañar al momento del planteo el testimonio del escrito de demanda del juicio pendiente solamente, este requisito es insuficiente, toda vez que con dicha circunstancia no se alcanza a probar cabalmente el estadio procesal del juicio previo iniciado, siendo en cambio requisito esencial, que la demanda en el otro pleito haya sido notificada.

Por lo que además, correspondería la prueba de dicho estadio procesal del juicio pendiente, con el objeto de establecer la fundabilidad de la excepción en curso.

La litispendencia puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa.

e) *Defecto legal en el modo de proponer la demanda*: esta excepción tiene su fundamento en aquellos casos en los cuales la demanda no ha respetado las formas y solemnidades que la ley exige.

Cuando no surge con precisión lo que se pide en la demanda, la exposición de los hechos no es clara, se han omitido circunstancias indispensables para que el demandado ejerza su derecho de defensa, se carece de especificaciones, (v.gr.: se demanda indemnización y no se estiman los daños y perjuicios, se pretende la expropiación pero no se determinan con exactitud los linderos, ubicación y medidas del predio), es admisible que el juez haga lugar a esta excepción.

También se la ha denominado “de oscuro libelo”, en el entendimiento que quien demanda se ha valido de conceptos oscuros, indeterminados, y por lo tanto, su incertidumbre coloca en verdadero estado de indefensión a la parte contraria, ya que no puede ejercer acabadamente su derecho de defensa, el que se ve obstruido por la ausencia de concreción en los requerimientos.

En definitiva, la excepción de defecto legal constituye el medio más eficaz de repeler las formulaciones imprecisas contenidas en el escrito de interposición de la demanda. La síntesis mostraría que esta defensa pretende desentrañar, clara y objetivamente: a) quién demanda; b) a quién se demanda; c) porqué se demanda, y d) qué se demanda.

El juzgador debe ser ilustrado sobre la seriedad y certeza de los reclamos que se deducen en la demanda: si esto no sucede, deberá ser acogida favorablemente la excepción de defecto legal interpuesta por la parte demandada.

f) *Cosa Juzgada*: se denomina “cosa juzgada” a la sentencia válida y firme, recaída en un juicio contradictorio en el que no quedan recursos posibles.

La cosa juzgada, como excepción, actúa cuando se ha obtenido un pronunciamiento en un juicio anterior; y pese a ello se intenta abrir un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

Por lo tanto, cuando una nueva demanda intenta obtener un nuevo pronunciamiento sobre un litigio que ya había sido decidido anteriormente, la excepción de cosa juzgada es procedente.

Requiere la concurrencia de tres identidades, a saber: persona, causa y objeto; el propósito efectivo es evitar que una misma cuestión resulte afectada por dos pronunciamientos, circunstancia esta última que representaría la más absoluta incongruencia.

Esta excepción, debe oponerse acompañando el testimonio de la sentencia respectiva (art. 349, inc. 3º, CPCCN), recaída en otro juicio, bajo apercibimiento de ser liminarmente rechazada. Una vez sustanciada, en caso de declararse su procedencia, el juzgador ordenará el archivo de las actuaciones (art. 354, inc. 2º, CPCCN).

g) *Transacción, conciliación o desistimiento del derecho*: en todos los casos nos referimos a una modalidad de la “cosa juzgada”, porque en cualquiera de estas modalidades hay una forma de terminación del proceso anterior homologado por una resolución judicial.

La *transacción* es el convenio al cual arriban las partes que litigan con el objeto de poner fin al pleito que las ha convocado. El artículo 1641 del Código Civil y Comercial, advierte que un modo de extinguir obligaciones se da cuando las partes [...] “haciéndose concesiones recíprocas extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.”.

Lo expuesto nos induce a asimilar la estrecha vinculación que se deriva de esta excepción con la normativa de fondo. Deben concurrir, como es de práctica, las tres identidades, a saber: sujeto, objeto y causa, y es además un medio de dar por finalizado un juicio.

La *conciliación* es el acuerdo de dos o más personas en litigio, mediante el cual ponen fin al juicio que los enfrenta. Al igual que la transacción, importa un medio de fulminar la continuidad de un pleito, tornando al acto definitivo, y con efecto de cosa juzgada.

Por su parte el *desistimiento del derecho* es el abandono de la acción, demanda, derecho o negocio jurídico. Esto sucede cuando se ha entablado un proceso y el demandante desiste su continuación.

Tanto para el caso de transacción, conciliación, como el desistimiento del derecho, se necesita en todos los casos –y es ello requisito de admisibilidad–, ser acompañados por sus respectivos documentos de respaldo y verificación, pues es absolutamente necesario presentar al juez, conjuntamente con cualesquiera de estas excepciones, los instrumentos que acrediten la veracidad de la excepción que se planteó, requiriéndose en su caso testimonio de la sentencia homologatoria, o la remisión del expediente donde la cosa juzgada haya sucedido.

h) *Defensas temporarias*: la expresión “defensa” viene recogida a través del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, la cual declara “que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos”.

En el más amplio sentido, la defensa es todo acto tendiente a amparar un derecho. Pero la defensa temporaria, es todo acto de amparo admitido por la ley de fondo, y mediante el cual se autoriza al oponente, el ejercicio de alguna actividad previa a la promoción de su demanda⁸².

Solo podrán oponerse al contestar la demanda, afectan la acción sin extinguirla, y son previas porque el juez debe necesariamente pronunciarse respecto de ellas antes de entrar al fondo del litigio.

96. ¿Qué es la excepción de arraigo?

Se denomina “arraigar el juicio” el acto de asegurar las responsabilidades y resultas del juicio. El instituto (*cautio pro expensis*) tiende a proteger a la persona a quien se demandó, asegurando la responsabilidad por el pago de los gastos y de los honorarios, si a todo evento quien acciona obtuviera una sentencia desfavorable.

El arraigo constituye la garantía que debe prestar el actor que no tiene domicilio en el país, ni bienes en esta, cuando el demandado lo opone como defensa, y pretende asegurar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de su resultado.

No obstante, su regulación como defensa previa, la excepción de arraigo es, por su naturaleza, una medida cautelar concedida al sujeto pasivo de una demanda, pues cumple una función de garantía por las probables consecuencias derivadas de un resultado adverso al demandante (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1996/06/27, “Central Impulsora S. A. c. Saenz Briones y Cía. S. A.”, La Ley, 1996-E, 354 - DJ, 1996-2-1062).

La extensión que realiza el artículo 348 del Código Procesal federal al trámite de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, determina que se deba articular en forma conjunta con la contestación de la demanda o al reconvenir.

Incumbe a quien la deduce la carga de demostrar los hechos configurativos de esta medida. Para ello es menester que se demuestre la ausencia total de radicación en el país, porque existe en el caso de las personas jurídicas, establecimientos locales que sin figurar como sucursales admiten la fijación de domicilio conocido y, en consecuencia, la improcedencia del arraigo.

El monto del arraigo debe ser limitado a una suma congruente con el valor económico del juicio, pues la eventual responsabilidad del actor por el pago de las costas guardará relación con dicho valor.

La excepción de arraigo no es procedente cuando la acción deducida ante un órgano judicial ajeno al domicilio no es autónoma sino subordinada a otra que hace que la relación procesal existente entre accionante y accionado se mantenga sin alteraciones.

Ello ocurre si la demanda es consecuencia de otra anterior, como en el caso, en el cual la acción de daños y perjuicios fue introducida mediante reconvencción en el juicio de consignación de alquileres (CNCiv., Sala A, 1996/05/21, “Hofman, Jorge G. c. González, Luisa, suc.”, fallo citado ut supra).

⁸² ALSINA, Tomo II, *op. cit.*, p. 131.

CAPÍTULO XI

ACTOS PROCESALES

97. ¿Qué diferencia hay entre hechos y actos procesales?

Los hechos que dan lugar a un conflicto que se plantea ante la justicia para que los resuelva (v.gr.: una colisión de tránsito que necesite encontrar un culpable para que pague a la víctima el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos) son aquellos que constituyen una relación jurídica de carácter sustancial. Es decir, son acciones voluntarias (contractuales) o no (extracontractuales) que se dan con anterioridad al proceso y se hechos y actos jurídicos.

En cambio, los actos procesales suceden únicamente dentro del proceso. Algunos están predispuestos y se reglamentan con el principio de legalidad de las formas (v.gr.: redacción de la demanda); otros acontecen como actuaciones que transcurren en audiencias o escritos.

Hay un problema común de los actos (jurídicos y procesales) que no reciben igual explicación. Es el tema de los vicios del consentimiento, y desde allí observar como se tratan las cuestiones de la voluntad en cada uno de ellos.

Ahora bien, tanto los actos jurídicos como los procesales se ocupan de traer los hechos al proceso. Para ello, los actos procesales registran una forma determinada y una guía o tutor que les impide vulnerar el orden preestablecido por las modalidades asignadas (v.gr.: principio de legalidad de las formas; preclusión de los actos; publicidad, etc.), de manera que el obrar de los sujetos debe ajustarse a dicho régimen.

Pero los hechos, por sí mismos, son diferentes a los actos, porque mientras los primeros suceden fuera del proceso; los segundos, podrán ser jurídicos o procesales.

Los hechos son jurídicos cuando el cambio que operan conlleva a una diversidad en el mundo jurídico⁸³, o como dice Guasp: “cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso que la determina es, a su vez, un hecho jurídico [...] por tanto, cualquier suceso o acaecimiento que produce una modificación de cualquier clase...es un hecho jurídico”⁸⁴.

Como se aprecia, estos sucesos son extraños a la vida del proceso, se dan fuera de él para radicarse en el mundo de los hechos exteriores y las realidades.

El hecho es procesal, entonces, cuando ocurre en el mundo del proceso influyendo en la relación jurídica trabada entre los sujetos intervinientes.

Por ejemplo, la muerte del magistrado actuante; la ausencia voluntaria o incomparecimiento; el caso fortuito; el tiempo y sus contingencias, etcétera, son hechos del mundo exterior que transmitidos al litigio son procesales porque provocan un cambio en la relación procesal o en la situación procesal.

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen

⁸³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 280.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 279.

clasificarse por su incidencia en: *hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal); *hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad sin ocupar al aspecto puramente jurídico, aun cuando sobrevenga la incidencia por obra de la consecuencia); *hechos extintivos* (o cancelatorios de la situación jurídica) y *hechos impeditivos* (que son defensas que se interponen para evitar que progrese el proceso comenzado).

La fusión entre el hecho y el acto procesal origina distintas situaciones que transitan por la iniciación, el desarrollo y la extinción del proceso; y el punto diferencial entre ambos radica en la voluntad del que lo emite. Así, mientras en el *acto procesal* podemos hablar de decisiones humanas deducidas en el proceso; en los *hechos procesales*, referimos a aquellas situaciones que repercuten en las instancias del procedimiento con prescindencia de que sean o no la consecuencia de una expresión de la voluntad humana⁸⁵.

98. ¿Cómo se clasifican los hechos en el proceso?

Los hechos procesales no son iguales a los hechos comunes. Tampoco se relacionan con los hechos jurídicos, porque cada uno tiene una repercusión e importancia diferente.

La distancia se profundiza cuando se pretende encontrar una clasificación de ellos tomados desde los que el código procesal menciona.

Por ejemplo, la afirmación de cómo ocurrieron las cosas que se demandan, tiene importancia para fijar la competencia; estos *hechos conocidos* son determinantes para saber la causa de recusación por enemistad, odio o resentimiento; si esos *hechos* son *reconocidos* habrá que hacer lugar a la recusación con causa; sin olvidar que estas causales obligan a la *exactitud de los hechos*, para lograr esclarecer la verdad de los *hechos controvertidos*.

También se mencionan *hechos ficticios o irreales* para definir la conducta temeraria o maliciosa.

Hay *hechos urgentes* que facilitan la presentación del gestor procesal.

En el juego sofista que el sistema procesal propone, existe una presunción de verdad sobre los *hechos lícitos* a que la demanda se refiera, cuando la parte debidamente notificada no responde adecuadamente. O bien, cuando no contesta la demanda, agregándose aquí un reconocimiento sobre los *hechos pertinentes*.

Siguiendo el orden de aparición en el código, la prueba en la rebeldía –aunque contingente– obliga al esclarecimiento de la verdad sobre los *hechos*.

Así mencionados, sin ningún otro aditamento, se enuncian en el beneficio de litigar sin gastos que solamente indica los *hechos expresados* y la falsedad de los mismos que llevan a una multa procesal por violentar el principio de actuar con lealtad y buena fe.

La sentencia se debe pronunciar sobre los *hechos reales y probados* y haciendo mérito sobre los *hechos controvertidos, modificativos y extintivos*.

⁸⁵ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 12.

También hay *hechos nuevos y nuevos hechos*. Existen *hechos* en los incidentes y *hechos controvertidos* en el recurso de reposición que puede tomar el trámite de los incidentes.

Tangencialmente, en la etapa probatoria, se encuentran *hechos que no fueron objeto de prueba* en la confesión, los que se pueden replantear con el recurso de apelación.

Hay *hechos anteriores y posteriores* que se ponen como extensión y límites para la potestad jurisdiccional.

Otros *hechos* se tienen por *ciertos* cuando no se responden en forma asertiva, y existen otros que se deben fundar, explicados claramente al tiempo de redactar la demanda.

Los hechos *que no se invocan en la demanda* y después se agregan en las contestaciones pueden ampliar la prueba documental del actor.

Como regla o pauta común, el objeto de la prueba son los *hechos controvertidos*, siempre que no estén *admitidos* o *reconocidos*, en cuyo caso los que sean *pertinentes* y *lícitos* quedarán fuera de la obligación a verificar.

Los hechos deben ser expuestos con *claridad*. Para encontrar como objeto de la audiencia preliminar a los *hechos conducentes*, en los cuales no hay conformidad entre las partes; los *hechos articulados* que sean *conducentes* se fijarán a los fines probatorios, de manera que, tal como reza el artículo 364, la prueba únicamente versará sobre los *hechos articulados*.

Algunos más se presentan con un marco de inseguridad respecto a su categoría, como la referencia a los *hechos* que están en contraposición al *hecho nuevo*.

Luego, en cada medio de prueba, tiene repercusiones distintas. En la prueba informativa son objeto de la misma los *hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos*; deben ser *hechos* que surjan de la documentación, y que se han de responder como *hechos ajustados* a lo que se requiere en el medio probatorio.

En la prueba de confesión, se habla de *hechos* donde se haya intervenido personalmente, o realizado en nombre de sus mandantes, para poder deponer en nombre de una persona jurídica representada. Aquí se encuentra, una vez más, la mención a los *hechos anteriores*. Las consecuencias sobre la *ignorancia de los hechos* que debiera conocer por la calidad invocada al representar, son un efecto de la absolución de posiciones.

Otra vez están los *hechos* que se tienen por *ciertos* cuando en la prueba de confesión prestada por el Estado no se satisface en tiempo o con plenitud respecto a lo solicitado.

Hay *hechos personales* sobre los que debe contestar en la prueba de posiciones.

Sucedan *hechos que no se pueden probar* por expresa disposición legal, o por estar prohibida su investigación.

Se clasifican algunos (en la prueba confesional) como hechos impeditivos, modificativos y extintivos.

En la prueba pericial se indican *hechos* que deben *explicarse*; mientras que en la testimonial se enuncian los *hechos gravitantes*.

La prueba pericial asume que el objeto son los *hechos controvertidos* que necesitan *explicarse* por tener quien lo haga, conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

También encontramos *hechos a reconstruir* en el reconocimiento judicial.

En la prueba pendiente de producción suele dividirse el espacio entre *hechos esenciales* y *no esenciales*, para poder clausurar la etapa y permitir una agregación extemporánea.

En el arbitraje se repiten algunos conceptos, surgiendo otra vez *hechos posteriores* a la sentencia o laudo; y las demás menciones indicadas.

Hay *hechos confesados*, *hechos consolidados* que no se pueden controvertir (en los interdictos); *hechos* que se acreditan con las constancias médicas en la declaración de demencia; hay *hechos determinados* para acreditar la enemistad manifiesta con el amigable componedor, y finalmente se castiga la *ocultación de hechos* en el juicio de desalojo.

En fin, la profusión de adjetivos que toman los hechos en general obliga a tener que aclarar cuales son, de todos ellos, los que deben ser expresados con la verdad, teniendo en cuenta que son estos a los que queremos apuntar el objeto de este comentario.

Recuerda Goldschmidt que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez; siendo la verdad que se persigue solo relativa, es decir, simple verosimilitud; por eso el tema probatorio es siempre una afirmación de hecho⁸⁶.

99. ¿Cuáles son los hechos a probar?

El proceso civil se rige en nuestro sistema por el principio dispositivo, según el cual, la instancia se inicia y desarrolla a pedido de parte (*nemo iudex sine actore*); es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión, provocando en cada actitud un efecto singular.

Estos hechos que enunciamos en el punto anterior son *constitutivos* porque la causa de pedir la presenta el actor, aunque son también constitutivas las razones que tiene el demandado para oponerse; son hechos *modificativos* los que dan una versión diferente a la que se afirma en la demanda; son *extintivos* los que cancelan inmediatamente la procedencia del reclamo (v.gr.: el pago documentado); y son *impeditivos* aquellos que alegan una causa jurídica que posterga el comienzo de la etapa probatoria por faltarle un elemento necesario para la debida integración del proceso (v.gr.: falta de legitimación; nulidades; excepciones; etc.).

Sin embargo estos hechos no son los que determinan el objeto probatorio, toda vez que en la mentalidad del legislador continúa la idea de ver al litigio como una lucha entre partes con derechos contrapuestos, de tal forma que solo los hechos donde exista esa contradicción deben ser probados, pues los que no se alegan, se admiten o

⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Labor, Barcelona, 1936, p. 256.

reconocen, estarán fuera de la necesidad probatoria porque respecto a ellos no hay controversia.

Además, hay hechos que por sus características quedan exentos de prueba, los que dependen de la discrecionalidad judicial que los puede nombrar como *hechos impertinentes, inoficiosos o inconducentes*. Lo mismo sucede con los hechos cuya prueba está prohibida por la ley (v.gr.: indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada; prueba de testigos cuando se impugna el contenido de un documento que se dio en blanco, etc.); o que se presumen conocidos por su *notoriedad o habitualidad* del suceso; o por ser simplemente *hechos normales*.

Con tal precisión los hechos se clasifican en:

- a. *Hechos alegados* que son neutros en relación con el objeto de la prueba, porque se refieren a la simple enunciación de circunstancias, sin que ninguno tenga más explicación que el suceso ocurrido. Son importantes para el sistema escriturario porque el hecho que no se escribe y describe, no está en el proceso y, por eso, queda fuera de toda posibilidad de confirmación o negación. Se relacionan con *los hechos articulados; hechos relatados; hechos expuestos; hechos concretos e individualizados; hechos explicados*, que se enunciaron al comenzar el trabajo.
- b. *Hechos afirmados* son los que obtienen en el relato una versión determinada. Se vinculan con aquellos que el código indica como *hechos exactos, hechos verdaderos, hechos reales, hechos fundados, hechos explicados claramente*, entre otros. En esta categoría hay una zona gris con los llamados *hechos negativos*, que son en realidad hechos que se afirman a partir de una negación (v.gr.: no le presté el dinero reclamado; no tengo la cosa cuya restitución persigue, etc.), y que por lo implícito que contienen, deben ser probados por quien los expone.
- c. *Hechos controvertidos* o afirmados por una parte y negados por la otra; son los que más veces se enuncian en el código, demostrando claramente que son el objeto principal de la prueba.
- d. *Hechos conducentes* o necesarios para la solución de la diversidad de problemas que el conflicto judicial debe resolver. No basta con el carácter controversial del hecho para que deba probarse, es necesario que se complemente con la conducencia o utilidad probatoria. La conducencia se relaciona con otros hechos enumerados como *necesarios, esenciales, superfluos, gravitantes, o trascendentes*.
- e. *Hechos pertinentes* que se vinculan con la necesidad probatoria y con la posibilidad de quedar admitidos o reconocidos. Su antónimo, el *hecho impertinente* no es objeto de prueba, porque está prohibido por la ley, o por interpretarse que es formalmente improcedente (arts. 414, 442). Se ligan con los *hechos que no afectan la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o que no estén expresamente prohibidos para el caso* (art. 378); también con los *hechos que deben probar el presupuesto que funda la aplicación de un derecho determinado* (art. 377 párrafo segundo).
- f. *Hechos lícitos e ilícitos*. Esta es una división poco referida en el código, pero de suprema importancia para la prueba porque el artículo 356 inciso

1º solamente involucra en la posibilidad de tener por reconocidos, los hechos *pertinentes* y *lícitos* que no se contesten expresa y categóricamente, o directamente se omitan con el silencio, o bajo respuestas evasivas o con una negativa meramente general.

- g. Consecuencia de las actitudes del demandado son los *hechos admitidos o reconocidos*. La presencia efectiva de un contradictor expone claramente la voluntad del acto, por eso, puede decirse que un *hecho está reconocido* cuando quien contesta la demanda no niega todos y cada uno de los argumentos del actor. Mientras que la incomparecencia necesita esclarecer los efectos subsiguientes, según el proceso continúe en ausencia o rebeldía, a petición del interesado. Sin embargo, tanto el *reconocimiento* como la *admisión* son actos propios del derecho antes que de los hechos.

100. ¿Cuál es el problema que presenta la voluntad en los actos procesales?

La actividad que las partes, terceros y juez cumplen en el proceso son, en definitiva, manifestaciones de voluntad. Siguiendo una secuencia lógica, si el acto procesal es una categoría de los actos jurídicos, quedarían comprendidos, en consecuencia, entre aquellos que se pueden contaminar por los denominados vicios de la voluntad.

Sin embargo esta conclusión resulta un tanto forzada, ni bien se observan los requisitos y condiciones que se imponen al acto procesal en su forma y expresión.

No se trata, entonces, de enfrentar al acto jurídico con el acto procesal sino de diferenciarlos convenientemente para elaborar, a partir de sus principios, las consecuencias propias que tiene cada uno.

La utilización de las normas materiales (v.gr.: Código Civil y Comercial de la Nación), no obstante, deben ser prudentes porque, aun cuando el acto procesal sea indudablemente un hecho voluntario que le da vida, es evidente que esa manifestación no persigue otro efecto que no sea aplicable en y para el proceso, y en esto radica su principal diferencia con la voluntad contractual que pretende producir consecuencias jurídicas.

Basados en ello puede constatarse que la voluntad del acto procesal está condicionada para su ejercicio, de manera que obraría relevante la ausencia de ella por cuanto no sería propiamente un acto de libre expresión.

Guasp elabora una respuesta a esta problemática, dando preeminencia a la voluntad declarada sobre la real, toda vez que “dada la presencia de un órgano del Estado en el proceso, los actos que ante él se realizan cuando aparecen exteriormente del modo exigido, son eficaces, aunque la disposición interna de su autor no coincida con la que de hecho revela”⁸⁷.

A partir de allí podrán analizarse los supuestos en que la discrepancia entre la voluntad interior y la expresión realizada son productos de actuaciones intencionadas o no. En los primeros, si el acto exterior es adecuado formalmente ha de tenerse por válido. Si el acto, en cambio, no es intencional, se habrá de encontrar el tipo de vicio que lo invalida. Si fuese la ignorancia o el error, según Guasp, han de seguirse las reglas

⁸⁷ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, p. 294; *Comentarios...*, tomo I, *op. cit.*, p. 686.

del derecho privado; si fuese violencia o intimidación, como no existen normas que lo sancionen en el proceso, han de guiarse por los principios generales⁸⁸.

La ausencia de una regulación expresa sobre el aspecto interno del acto procesal nos lleva a la utilización de las normas de fondo, sin perjuicio de las adaptaciones que exige el caso. De ello surge que el acto procesal puede viciarse por error, dolo o violencia, y aun provocar la indagación de la causa que porta la pretensión.

Si el acto procesal es una especie indiferenciada del acto jurídico, parece lógico pensar que las nulidades que encuentre el primero deben regirse por disposiciones sustantivas. Pero, hemos de coincidir con Peyrano en que “el acto procesal viciado intrínsecamente (por ejemplo, por error) es también un acto jurídico sujeto como tal a las normas insertas en el Código Civil y Comercial de la Nación (v.gr.: delimitación de si existe o no intimidación), pero por formar parte de un proceso, necesariamente queda sometido al régimen de impugnación vigente en este, que no es otro que el de las nulidades procesales⁸⁹”.

La duplicidad de criterios, o el brazo alternativo que abre la senda impugnativa, nos lleva al análisis de posibilidades. La utilización del régimen civil de nulidades y anulabilidades tiene un reglamento particular que impide la aplicación de ciertos principios procesales que estructuran el proceso (v.gr.: trascendencia, convalidación, etc.); en otra cara, el ejercicio exclusivo del sistema adjetivo de las nulidades procesales deja en el camino la certeza que produce el modelo de fondo en cuanto predice las normas aplicables con sus referentes específicos.

La alegación del vicio en el acto procesal no tiene necesariamente que encuadrarse en una tipificación sustantiva o bajo un régimen procesal. La adaptación se muestra más coherente con la flexibilidad del derecho, evitando los aprisionamientos rígidos que no otorgan soluciones equitativas, postergando la justicia en manos de la seguridad.

Cuando los defectos provengan del sujeto que emite el acto, habrá de investigarse el origen del desvío, es decir, encontrar el elemento psicológico que lo vicia, sea por error, engaño, culpa, dolo o mala fe. Hecha la interpretación, el ajuste podrá completarse con los principios sustantivos y tipificar el error consecuente. Luego de la intelección se han de aplicar los correctivos procesales, sea por la vía de la impugnación, o del incidente autónomo de anulación.

La ausencia de normas expresas que regulen el caso, o la pobreza de ellas para enmarcarlo en su reducida óptica no convalidar el vicio, y la analogía podrá servir de integración a las normas objetivas con las procesales.

101. ¿Quiénes son los sujetos en los actos procesales?

Los actos procesales provienen del órgano jurisdiccional, de las partes y de los terceros que son convocados al proceso a cumplir una actuación determinada.

Cuando referimos al órgano judicial, comprendemos a los auxiliares de la justicia, como secretarios, ujieres, oficiales notificadores, funcionarios del Ministerio

⁸⁸ *Ibidem*, p. 296 y 686, respectivamente.

⁸⁹ PEYRANO, Jorge Walter, *El proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 1978. Del mismo autor: *Nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal (vicios de la voluntad del sujeto autor del acto)*, J.A. semanario 5516 del 20.05.87, p. 15.

Público, entre otros. Con relación a las partes, involucran la actividad de sus representantes legales o convencionales.

La diferencia estriba en la característica de sus respectivas actuaciones, porque en tanto al juez y sus auxiliares les corresponde obrar en ejercicio de un deber constitucional, cual es el de asegurar la justicia garantizando el debido proceso; a las partes y terceros solo los moviliza un interés personal, y los deberes y obligaciones procesales que han de respetar en sus actuaciones.

Los terceros, por su parte, responden al cumplimiento de una carga pública (v.gr.: testigos e informantes). En cambio, las actuaciones de las partes se subordinan a los recaudos que estos deben reunir para su postulación. Ellos se denominan aptitudes y consisten en la capacidad para ser parte, y para realizar actos procesales; la legitimación y la representación suficiente para actuar en juicio.

La irregularidad de estas condiciones vicia el acto tornándolos nulos o anulables según la gravedad que presenten.

102. ¿Cuáles son los requisitos de los actos procesales?

El proceso tiene un gobierno para la actividad procedimental que procura alejarlo de vicios invalidantes y de la ineficacia.

Cuando la reunión de recaudos se dirige a la unidad que el proceso significa, se habla de presupuestos procesales; en cambio, el análisis particular de cada actuación lleva a establecer las condiciones del acto para provocar efectos jurídicos.

En principio, solo se ejecutan actuaciones procesales una vez que se instauró la demanda y se presentó la pretensión, por lo tanto no serían actos procesales los preparatorios de la instancia (v.gr.: otorgamiento de mandato a un abogado, documentación que se entrecruza para la constitución en mora, etc.); los convenios preestablecidos para obtener efectos procesales (v.gr.: pacto de foro prorrogado; renuncia al derecho de apelar; honorarios pactados; etc.), ni todo otro acto que no sea producto de la relación jurídica ya trabada.

Ahora bien, estas actuaciones deben resolver su admisibilidad, es decir, la correspondencia que adecua la actuación con el efecto perseguido prescindiendo del resultado final; y su fundamento, esto es, los valores intrínsecos que reportan utilidad al acto e impiden su nulidad.

En lo que importa a los sujetos, debe observarse que al órgano judicial se le exige jurisdicción, esto es, la atribución legal del poder-deber para resolver con autoridad e imperio. Asimismo, ha de ser competente, que significa la posibilidad de intervenir con preferencia en el asunto sometido a litigio.

Con relación a las partes, para que sus actos sean jurídicamente válidos, será preciso que aquellos reúnan los citados compromisos con la aptitud para lograrlos (capacidad, legitimación y representación suficiente). Pero para adquirir eficacia, estos actos deben estar dotados de idoneidad o fundamentación bastante para lograr el fin que aspiran, sin que el resultado desfavorable o la sentencia en contrario, los desvirtúe como actos procesales.

La causa no es elemento ni condición del acto, porque la finalidad es un hecho contingente que no incide en la eficacia misma de la actuación para obtener un resultado.

Los requisitos pueden clasificarse a partir de las necesidades que han de cubrir para ser admisibles y para ser procedentes.

Los actos procesales deben reunir requisitos de admisibilidad en cuanto a la forma de expresión y por el lugar y tiempo que se instauran. En cambio, para ser procedentes y obtener los efectos jurídicos pensados habrá de estimarse la idoneidad de la actuación y su ajuste con la realidad fáctica y legal que autorice su deducción.

103. ¿Cuáles son los requisitos que reglamentan los actos procesales?

Al hablar de requisitos va insito en el concepto que los actos procesales cuentan con una regulación legal específica, de manera que las partes no pueden actuar apartándose de esas modalidades.

Este principio conocido como legalidad de las formas se interpreta como una premisa esencial, indispensable y jurídicamente valiosa, por cuanto no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito particular, tiene por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio.

El código Procesal Civil y Comercial de la Nación define las modalidades pensadas para manifestar la voluntad en el proceso, parcelando sus disposiciones en los requisitos para la expresión, el tiempo y el lugar donde se cumplan los actos.

De esta manera se reglamenta el debate dialéctico que corre en el procedimiento, bajo ciertos principios que tutelan los intereses del Estado y de los particulares.

Las formas no solo se ocupan del revestimiento externo del acto –v.g.: que sea escrito, a máquina y con una coloración determinada–, sino que refieren también el contenido, como resultan los requisitos que debe contener la sentencia definitiva (art. 163, Código Federal), o el escrito de interposición de la demanda (art. 330, del mismo ordenamiento).

a) *Formas de expresión*: dice el artículo 115 del Código Procesal de la Nación que [...]

“En todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional. Cuando este no fuere conocido por la persona que deba prestar declaración, el juez o Tribunal designar por sorteo un traductor público. Se nombrará intérprete cuando deba interrogarse a sordos, mudos, o sordomudos que solo puedan darse a entender por lenguaje especializado”.

El lenguaje nacional no impide la cita de frases en latín, conocidas en el uso y estilo forense, sin incurrir en excesos por el peligro de llegar al “oscuro libelo”, o a la proposición ambigua.

Algún problema se presenta cuando el juez conoce el idioma extranjero y considera improcedente la designación de un traductor, prescindencia que estimamos errónea en salvaguarda del derecho de defensa en juicio que supone, además del carácter público de las audiencias, dar posibilidad de alegación y réplica a las partes.

En los procesos de naturaleza civil es común la forma escrita, constituyendo los escritos judiciales el instrumento adecuado para que los litigantes presenten sus peticiones de manera ordenada, encaminando el desarrollo del proceso hacia su meta;

pero de ningún modo pueden servir de vehículo para que las partes o sus letrados exterioricen los sentimientos hacia sus contendientes o el magistrado.

El exceso puede llevar al testado de la frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos (art. 35, inciso 1º, Código Procesal de la Nación), y al castigo por la incorrección disciplinaria que impone el principio de moralidad procesal.

b) Firma: los escritos judiciales requieren de la firma para obtener validez, de modo tal que por ser una necesidad esencial no admite de ratificaciones posteriores. La ausencia de ella impide incorporar la alegación al expediente sobre la base de considerarlo un acto jurídicamente inexistente.

La impugnación de escritos, fundada en la circunstancia de que la firma atribuida a las partes no es de su puño y letra debe hacerse por la vía del respectivo incidente de nulidad.

Si quien debe firmar no puede hacerlo o no lo sabe, puede expresar la causa y suscribir a ruego sin necesidad de acreditar prueba al respecto. En estos casos, el secretario o el oficial primero del Juzgado deberán certificar que el firmante, cuyo nombre expresarán, fue autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él (art. 119, Código Procesal de la Nación).

Además de la firma, también es recaudo de validez intrínseca la forma de presentación. Todo escrito debe encabezarse con la expresión de su objeto, el nombre de quien lo presenta, su domicilio constituido y la enunciación precisa de la carátula del expediente. A su vez, el nombre completo de todos sus representados y del letrado patrocinante si lo hubiera.

De menor rigidez son las exigencias de utilizar papel marginado y tinta negra o azul negra, como la indicación por el abogado de los números de matrícula donde está actuando y el sello aclaratorio de su firma.

El Código Civil y Comercial de la Nación a su respecto, en el art. 288 dice que [...]

“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

Con ello, se advierte que la firma inserta al pie de una presentación judicial (o de una declaración testimonial, etc), resulta ser el medio a través del cual es posible advertir que el interesado –ya sea por sí o por medio de su apoderado– ha manifestado su voluntad en el sentido que se expresa en el escrito.

Ahora bien, dado que el acto procesal es un acto jurídico y que la firma es el medio a través del cual se expresa la voluntad de la parte, la ausencia de esta, determina que el acto sea inexistente; a diferencia de lo que ocurre cuando quien no ha suscripto la presentación es el letrado patrocinante. En este segundo supuesto, hay manifestación de voluntad de la parte –por lo cual el acto existe– pero se ha omitido un requisito de forma (patrocinio letrado obligatorio), por lo cual, el ordenamiento procesal prevé un plazo para que se subsane dicha omisión.

El citado artículo del Código Civil y Comercial incluye una referencia a la firma digital como el medio a través del cual se puede probar la autoría de un instrumento electrónico.

En lo que aquí interesa, esta temática debe ser relacionada con las Acordadas n° 31/11, 38/13, 11/14 y 3/15 de la CSJN, las cuales han introducido, modelado e impuesto –paulatinamente–, en el ámbito Federal y Ordinario de la Ciudad de Buenos Aires la notificación por medios electrónicos y las copias de traslado digitalizadas.

Si bien las ventajas prácticas del nuevo sistema son innegables, y permiten acelerar los procesos, reducir el uso del papel y ahorrer personal en la gestión de los instrumentos, es importante poner de manifiesto que no se cumple –aun– con el concepto de “firma digital”.

La CSJN ha puesto en marcha un sistema informático en el cual, si bien es posible identificar que usuario es responsable de un documento electrónico, no ha conseguido que el Poder Judicial de la Nación cumpla con los estándares que fija la Ley 25.506 de Firma Digital⁹⁰, a la cual hace referencia la parte final del citado artículo 288 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Partiendo de estas premisas, se advierte que el sistema que enterará a regir a partir del 1° de mayo de 2015, en base a la Acordada 3/15, necesita aun de mejoras en aspectos sustanciales, para que los actos procesales que se pretende concretar a través de medios electrónicos cumplan con los estándares de la legislación sustancial.

c) Copias: “De todo escrito de que deba darse traslado y de sus contestaciones, de los que tengan por objeto ofrecer prueba, promover incidentes o constituir nuevo domicilio y de los documentos con ellos agregados, deberán acompañarse tantas copias firmadas como partes intervengan, salvo que hayan unificado la representación...” (art. 120, Código Procesal de la Nación).

La norma tiene por objeto asegurar el contradictorio y el derecho de defensa de las partes. La firma de cada copia refiere a la rúbrica que autentica su fidelidad con el original, de manera que si ellos luego no son tales, obligan y responsabilizan al que certificó esa condición.

El incumplimiento del requisito determina la devolución del escrito o del documento “...sin más trámite ni recurso, salvo la petición ante el juez que autoriza el art. 38, si dentro de los dos días siguientes a los de la notificación por ministerio de la ley, de la providencia que exige el cumplimiento del requisito establecido en el párrafo anterior, no fuere suplida la omisión” (art. 120, 2° párr., Código Procesal de la Nación).

Historicamente, el recaudo del artículo 120 se cumplía a partir del acompañamiento de tantos ejemplares en papel, como partes presentadas en el proceso.

Ahora bien, las Acordadas ya citadas de la CSJN, entre otras reformas, vienen a cambiar también este aspecto del proceso judicial. En este sentido, a partir del 1° de mayo de 2015 ya no serán admisibles las copias de traslado en soporte papel. En su lugar y dentro del plazo de 24 horas de efectuada la presentación de la cual se deberá dar traslado, el interesado deberá cargar en el sistema informático del Poder Judicial de la Nación una copia en formato .pdf, de manera tal que el Juzgado o Tribunal al proveer

⁹⁰ El Poder Judicial de la Nación no es “Certificador Licenciado”, en los términos del artículo 17 de la Ley de Firma Digital.

el escrito prestado en el expediente, pueda colocar, en sistema de gestión, la copia digital a disposición de la contraria y, de ese modo, cumplir con el traslado. La ausencia de la firma ológrafa de la parte y de la digital del letrado patrocinante, se intenta subsanar mediante la “declaración jurada de autenticidad” a la que hace referencia el punto 4 de la Acordada 3/15. Es decir, que un letrado usuario del sistema cargue una copia digital, implica responsabilizarse por la identidad entre esta y la presentada en el expediente.

Conviene aclarar que la carga establecida se extiende a los funcionarios del Ministerio Público cuando intervienen a título de representantes de alguna de las partes.

El artículo 120 del Código adjetivo opera de oficio sin necesidad de petición expresa de la parte que se ve perjudicada por la ausencia de copias; sin embargo, si las autoridades encargadas de advertir la deficiencia o controlar la regularidad de los actos soslaya la devolución correspondiente y otorga la vista y el traslado, priva el principio de preclusión obstando, entonces, a la sanción prevista si el plazo para solicitar la nulidad (cinco días) estuviese consentido.

Por su parte, se encuentran eximidos de dar cumplimiento a esta carga, las partes que deban acompañar copias de difícil reproducción, sea por su número, o cualquier otra razón atendible (art. 121, Código Procesal de la Nación), a cuyo fin se agregará una minuta documental previamente autorizada por el juez de la causa.

Igual criterio se tiene con los libros de comercio y los expedientes administrativos ofrecidos como prueba.

A fines de garantizar el adecuado derecho de defensa, el juez puede autorizar la entrega de los originales a la parte que los requiera, o bien, dar en prestató el expediente.

d) Otras formas de expresión: no son estas todas las formas de expresión reguladas procesalmente, hay otras que se procuran como auxilio a la celeridad procesal y que, de alguna manera, están soportadas en el principio de libertad de las formas.

De este tenor son los *informes* o *certificados previos* necesarios para dictar una resolución, como sucede cuando se dan los supuestos de reconstrucción del expediente.

También puede “solicitarse la reiteración de oficios o exhortos, desglose de poderes, o documentos, agregación de pruebas, entrega de edictos, y en general que se dicten providencias de mero trámite, mediante simple anotación en el expediente, firmada por el solicitante” (art. 117, Código Procesal de la Nación).

Estas peticiones se deben formular en forma concreta, con indicación clara y precisa de la fecha, y serán firmadas, juntamente con el peticionante, por el Secretario o el Oficial primero, quienes las elevarán en el mismo día al juez, a sus efectos.

El instrumento por medio del cual se plasma la petición a la que hace referencia el artículo 117 también se encuentra alcanzado por la Acordada 3/15, la cual establece que –a partir del 1° de mayo de 2015– ya no se deberán presentar en soporte papel, sino deducir directamente a través del sistema informático.

104. ¿Dónde se realizan los actos procesales?

La celebración de los actos procesales se realiza comúnmente en el ámbito donde funciona el órgano judicial competente para conocer en el proceso ⁽⁹¹⁾; lo que supone encontrarse dentro de la jurisdicción territorial donde el juez tiene asignada competencia.

Sin embargo, ciertas actuaciones necesitan desplazarse para lograr efectividad o posibilidad de realizarse, en cuyo caso puede ocurrir que se efectúen fuera de la sede del Tribunal pero dentro de la jurisdicción territorial; en cualquier lugar dentro del país, o bien fuera de este.

Por ejemplo, el artículo 418 del Código Procesal de la Nación dice que [...]

“En caso de enfermedad del que deba declarar, el juez o uno de los miembros de la Corte o de las Cámaras, comisionado al efecto, se trasladará al domicilio o lugar en que se encontrare el absolvente, donde se llevar a cabo la absolución de posiciones en presencia de la otra parte, si asistiere, o del apoderado, según aconsejen las circunstancias”.

El mismo principio se aplica en la prueba testimonial, aunque con mayor amplitud por cuanto la excusación de asistir al Juzgado se funda en la imposibilidad de comparecer por cualquier razón atendible (art. 436).

Por su parte, el artículo 382 dispone que: “Cuando las actuaciones deban practicarse fuera del radio urbano, pero dentro de la circunscripción judicial, los jueces podrán trasladarse para recibirla, o encomendar la diligencia a los de las respectivas localidades...”, norma esta de mayor utilidad para la justicia federal que para los jueces ordinarios de la Capital Federal donde la competencia abarca todo el territorio urbano.

Completa el criterio de la norma diciendo que: “si se tratare de un reconocimiento judicial, los jueces podrán trasladarse a cualquier lugar de la república donde deba tener lugar la diligencia”.

Fuera de este último supuesto la efectiva realización de actos procesales dentro o fuera del país, habitualmente se cumplen por el juez del lugar a quien se dirige por rogatoria (exhorto u oficio) el competente.

Cuando no se trata de actos probatorios sino de otros que incumben la intervención de los auxiliares del órgano judicial (notificadores, oficiales de justicia, ujieres), el lugar coincide con el domicilio –legal o real– que les indica el mandamiento o la orden jurisdiccional.

Finalmente, hay actuaciones que se cumplen fuera de la sede del tribunal como las subastas públicas y las diligencias periciales.

105. ¿Cuándo se dan los actos procesales?

El tiempo tiene una gran importancia para las actuaciones procesales desde que determina la eficacia del acto y la producción de consecuencias jurídicas.

La actividad puede referirse al período de tiempo dentro del cual pueden ejecutarse actos eficaces; o bien cifrarse al lapso destinado para su cumplimiento. En el primer caso, hablamos de la generalidad del tiempo y particularmente de las que son horas y días hábiles para ejecutar actuaciones y diligencias; en el segundo, especificamos el plazo previsto para celebrar el acto, fundado en el principio de

⁹¹ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 39.

preclusión y asentado en otras normas de contenido sustancial (v.gr.: caducidad o prescripción de las acciones).

Son días hábiles todos los del año, excluidos, sábados, domingos, feriados, y los que la CSJN, o los Tribunales Superiores locales determinen como inhábiles.

En la esfera del Poder Judicial no son hábiles los días sábados y domingos, por lo que la orden del juez de cumplimentar una actuación procesal en horas debe considerar la habilidad de los días subsiguientes a la hora de comienzo.

En general pueden observarse en estos tiempos una duración diferente que obedece a circunstancias de registro diverso. Los sábados y domingos son recesos normales que corresponden al descanso hebdomanario; los feriados, dependen de la fiesta que se conmemore, pudiendo ser religiosas o civiles a cuyo fin la inhabilidad del tiempo sigue lo ordenado por la legislación administrativa.

El artículo 3° del Reglamento para la Justicia Nacional establece que el asueto no inhabilita el día ni alcanza a los magistrados, funcionarios y empleados indispensables a fin de cubrir las guardias necesarias para la atención del público y el cumplimiento de las diligencias dispuestas para esa fecha. Por lo tanto, el asueto no inhabilita el día el cual continúa corriendo con la única limitación del personal encargado de recibir y diligenciar cada uno de los actos predispuestos.

La inhabilidad del día produce dos efectos; 1°) Se descuenta en el cómputo de los plazos procesales, con excepción de los señalados para que se opere la caducidad de la instancia (art. 311); 2°) Durante su transcurso no puede realizarse ningún acto procesal eficaz, salvo en el supuesto de mediar habilitación expresa (art. 153, CPC y 4° del RJN)⁹².

Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido para la atención de los tribunales, pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina son horas hábiles las que median entre las siete y las veinte (art. 152, párr. 3°).

Se ha mantenido en el artículo en comentario una diferenciación en la práctica inexistente entre horario matutino y vespertino, de manera que la habilitación de horas conforme esta distinción es absolutamente intrascendente.

De acuerdo a la actuación suscitada las horas son hábiles en las 24 hs. de su duración o recortadas a límites diferentes (por ejemplo: La Ley de Enjuiciamiento Civil Española, anterior a su reforma del año 2000, decía en el art. 258 que “se entiende por horas hábiles las que median desde la salida a la puesta del sol”).

106 ¿Cómo se cuentan los plazos procesales?

Para el cómputo de los plazos procesales y el cumplimiento de cierto tipo de notificaciones –como la postal o telegráfica– son útiles todas las horas de los días hábiles.

Si se trata de actuaciones que deban cumplirse en las dependencias del Juzgado, la habilidad se restringe al horario de atención, con excepción de las audiencias de prueba que pueden extenderse hasta su finalización. Al respecto, y dando mayor generalidad, el artículo 154 establece que: “la diligencia iniciada en día y hora hábil,

⁹² PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 61.

podrá llevarse hasta su fin en tiempo inhábil, sin necesidad de que se decreta la habilitación. Si no pudiere terminarse en el día, continuar en el siguiente hábil, a la hora que en el mismo acto establezca el juez o Tribunal”.

Además de esta habilitación tácita del tiempo inhábil, razones de urgencia debidamente fundadas autorizan a solicitar la inhabilitación expresa de días y horas inhábiles, “cuando no fuere posible señalar las audiencias dentro del plazo establecido por este Código, o se tratase de diligencias urgentes cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes” (art. 153, Código Procesal de la Nación).

La habilitación es una medida excepcional que solo procede para no tornar ilusorio el cumplimiento de una providencia judicial, o para evitar consecuencias desfavorables al derecho de las partes. No obstante, no produce efectos jurídicos en el sentido de causar agravio su determinación, por cuanto no modifica por sí el derecho de los implicados y solo autoriza la prosecución del tiempo para instaurar pretensiones y practicar diligencias.

Estando en feria judicial, la habilitación la otorgan los tribunales designados al efecto que han quedado “de turno”, en tanto que, durante la habitualidad laboral, la competencia coincide con la del órgano que lleva la causa.

La habilitación puede disponerse de oficio o a pedido de parte, siendo obligación del juez asegurar las medidas necesarias para señalar las audiencias dentro del plazo legal, bajo pena de incurrir en falta grave (art. 153, párrafo final).

La medida es irrecurrible cuando se dispone, pero si resulta denegada tolera el recurso de reposición.

Según el artículo 156 del Código Procesal, los plazos empiezan a correr “desde la notificación y si fuesen comunes desde la última”.

El inicio se computa a partir del día siguiente hábil, porque no se cuenta el día en que la diligencia se practica, ni los días inhábiles.

Conviene aclarar que el plazo judicial es diferente al plazo procesal cuyo régimen lo establece precisamente el ordenamiento adjetivo. Aquel está reglado por el artículo 6 del Código Civil y Comercial de la Nación e incluye en su cómputo los días feriados, salvo mención expresa en contrario. Así también los dispone el artículo 7, en cuanto prevé que la norma es aplicable a todos los plazos señalados por las leyes o por las partes en los actos jurídicos.

Para el transcurso del plazo o término, es necesario distinguir la modalidad fijada, es decir, si se trata de horas, días, semanas o meses.

Cuando los plazos se fijan en horas el cómputo comienza a correr en el momento que se concreta la notificación y corre sin interrupción, aunque deben descontarse las ocurridas durante un día feriado o declarado inhábil.

En los plazos que pudieran fijarse en semanas, en ausencia de norma procesal que los contemple, hace de guía lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil y Comercial, es decir que corren no desde el domingo sino por períodos de siete días hábiles, cuyo vencimiento opera en la medianoche del último día. Si el término se establece en meses, comprende a los días inhábiles y corren conforme la regla del artículo 6 citado.

Interesa agregar que referimos indistintamente a plazos y términos porque en nuestra legislación procesal no se establece diferencia entre ellos. En cambio otros, a la palabra *término* se la relaciona con la concesión de tiempo otorgada para cumplir una actuación que ocurre a un solo tiempo; en tanto que al *plazo* se lo entiende como el espacio de tiempo fijado por la ley o por el juez para la ejecución de un acto.

107. ¿Cómo se clasifican los plazos procesales?

El tiempo procesal, referido específicamente al período asignado a cada actuación para su cumplimiento, puede clasificarse siguiendo distintos criterios.

Nosotros correspondemos, por su claridad y corrección sistemática, la que propicia Palacio quien enfoca la cuestión de manera siguiente [...]

“Si se atiende a la forma de fijación, cabe hablar de plazos legales, judiciales y convencionales. Desde el punto de vista de sus efectos existen plazos perentorios y no perentorios y, dentro de esta última categoría, plazos prorrogables e improrrogables. Si se tienen en cuenta a las personas a quienes se otorgan, deben distinguirse entre plazos individuales y comunes. Y, finalmente, si se atiende a las circunstancias que los fundamentan, es pertinente diferenciar los plazos ordinarios y los extraordinarios”⁹³.

Plazos legales, son los que tienen establecido por la ley procesal un plazo para su cumplimiento (v.gr.: 15 días para contestar demanda ordinaria; 5 días para deducir recurso de apelación; etc.).

Plazos judiciales, son aquellos que pueden establecer el juez o Tribunal para suplir una omisión legal a cuyo fin el párrafo segundo del artículo 155 dice que: “cuando este código no fijare expresamente el plazo que corresponda para la realización de un acto, lo señalará el juez de conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia”; o también para fijar en base a su prudencia el tiempo para realizar una actuación precisa (v.gr.: plazo para que se expidan los peritos). A veces, el código les impone topes que no pueden sobrepasarse (v.gr.: plazo ordinario de prueba; 90 o 180 días según se trate o no de país limítrofe para el período extraordinario de prueba, etc.).

Plazos convencionales, son los que las partes acuerdan sin participación del órgano jurisdiccional. Pueden prolongar la perentoriedad de un plazo; o suspender su curso, debiendo en todos los casos acompañarse el acuerdo al expediente judicial.

El artículo 157 dice [...]

“los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de veinte días sin acreditar ante el juez o Tribunal la conformidad de sus mandantes.

Las partes podrán acordar la abreviación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito.

Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente”.

Plazos perentorios, son aquellos cuyo vencimiento opera automáticamente dando por decaída la oportunidad para articular el acto procesal. No requiere de la otra parte ni declaración judicial que la consagre. En cambio son plazos no perentorios los

⁹³ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 67.

que pueden cumplirse sin fijación de plazo alguno, aun cuando encuentran su límite en el plazo de caducidad de la instancia.

Plazos prorrogables: son los que obtienen una prolongación de su vencimiento a través de una resolución judicial consecuyente al pedido formulado por la parte interesada antes de operar su término. A *contrario sensu*, son improrrogables los que no son susceptibles de prolongación expresa.

No deben confundirse con los plazos perentorios porque estos vencen indefectiblemente y no admiten peticiones en contrario. En cambio, los improrrogables pueden ejecutarse con posterioridad a su vencimiento, pero antes de que la otra parte denuncie la omisión o se produzca el acto judicial mediante el cual se da por decaído el derecho no ejercido.

Plazos individuales, son los que cuenta cada parte para la realización de sus actuaciones (v.gr.: plazo para contestar la demanda, interponer un recurso, etc.).

Plazos comunes, son aquellos que ocupan a ambas partes dándoles un tiempo único y conjunto, para que realicen las actuaciones de su interés (v.gr.: plazo de prueba, plazo para alegar).

Tanto en los plazos individuales como en los comunes, los términos empiezan a correr desde la notificación, contándose en los comunes a partir de la última notificación efectivamente cumplida.

Plazos ordinarios: son los que se fijan sobre la base de que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción..

Plazos extraordinarios: se otorgan en casos excepcionales que atienden la distancia donde debe ejecutarse la actuación.

Estos plazos extraordinarios pueden estar previstos legalmente, como ocurre en el supuesto del artículo 158 que amplía en un día la posibilidad de cumplir el acto, por cada doscientos kilómetros o fracción que no baje de cien; o pueden establecerse por el juez atendiendo las distancias y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones.

108. ¿Se suspenden o interrumpen los plazos procesales?

Todos los plazos son susceptibles de suspensión e interrupción. En tanto que el primero significa no iniciar el término, la interrupción supone que el plazo cuyo cómputo ha comenzado pierde eficacia y efectos por el tiempo transcurrido. En rigor se utilizan, al efecto, las disposiciones de los arts. 2539 y 2544 del Código Civil y Comercial.

La suspensión puede producirse de hecho, por disposición judicial o por acuerdo de partes.

La mayor fuerza, o cualquier otra circunstancia que impida la continuidad normal de los plazos (v.gr.: elevación de los autos al Superior; enfermedad que posterga la realización de un acto previsto; prisión de quien debe ejecutar la comisión etc.) suspenden el cómputo.

La suspensión por orden judicial se fundamenta en el artículo 157 en la parte que dispone que “los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción - suspensión de los

plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente”.

Son supuestos de esta especie, la muerte del mandante o del mandatario; el fallecimiento de la parte que actúa personalmente; la inhabilitación de alguno de ellos, etcétera.

Convencionalmente las partes pueden suspender los plazos previstos, como también pueden pactarlo sus respectivos mandatarios por un plazo no mayor a veinte días, necesitando la ratificación de sus mandantes para acordar un término superior.

Si bien el artículo 375 establece que el plazo de prueba no se suspende, las partes pueden hacerlo, reanudándose el término a partir de la finalización de la fecha convenida o, en ausencia de esta, desde la notificación del auto que lo ordena, pues en tal supuesto vuelve a ser aplicable el artículo 156 ya comentado.

La interrupción, por su parte, puede operar de hecho o por resolución judicial, donde son supuestos del primer caso aquellos que privan de eficacia al tiempo cumplido (v.gr.: la interrupción de plazo de caducidad de instancia cuando existe impulso en las actuaciones); y del restante cuando existen las mismas condiciones que establece el deber del juez de alertar la continuidad de los plazos frente a situaciones de fuerza mayor o de causas graves que imposibilitan la realización en tiempo.

109. ¿A qué se denomina pertinencia del acto procesal?

Una vez que se ha superado la admisión formal corresponde atender los fundamentos de lo pedido. Es evidente, entonces, que ya no estamos en el campo del acto procesal sino en el de la pretensión. Ello no impide señalar algunas características que condicionan el futuro de la actuación, especialmente cuando se explica la noción de pertinencia del acto, y regularidad del mismo

La pertinencia refiere a la posibilidad, es decir, “la aptitud genérica del objeto del acto para poder figurar como tal en el proceso”⁹⁴.

En tanto que la regularidad previene las condiciones legales de procedencia que impiden nulificar un acto por inadecuación a las formas o a los fines preestablecidos.

Ahora bien estas actuaciones han de ser posibles, es decir, que deben contar con el respaldo que permita su recepción o introducción en el proceso; y tienen que ser regulares, lo que supone la admisibilidad técnica.

En algunos casos, existiendo posibilidad de actuación, no obstante se llega a la irreceptibilidad propiamente dicha por carecer el acto de la adecuada provisión de recaudos, tal como sucede cuando se pide un pronunciamiento judicial sobre el efecto que produce un acto que es inadvertidamente nulo. En estos supuestos, no hay inadmisión sino ineficacia del acto para generar efectos jurídicos regulares.

110. ¿Qué consecuencias trae admitir un acto procesal?

Las actuaciones procesales originan dos obligaciones principales en el órgano judicial que las recibe; la primera de ellas consiste en *formar el expediente judicial*; la siguiente, en incorporar los escritos verificando al final de ellos mediante atestación

⁹⁴ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 296.

escrita o mecánica, el día y hora en que se presentan indicando la documentación y copias que ellos acompañan.

El *expediente judicial* es un acto procesal típico de documentación que se forma con los escritos e instrumentos públicos y privados que se agregan cronológicamente, a medida que son producidos por los sujetos del proceso, sus auxiliares o terceros.

Debe recordarse que, conforme lo indican las normas procesales, la demanda, la reconvencción y sus contestaciones deben acompañar toda la prueba documental que se tenga, y ofrecer aquella que resulte conocida y no obre en poder de quien lo alega. De manera que el conjunto representa dos expresiones distintas: el acto procesal que es la demanda y el documento que preexiste.

Asimismo, suele distinguirse un expediente principal en el que tramitan las actuaciones referidas al objeto de la pretensión que generalmente ocupa a los escritos de postulación (demanda, reconvencción) y réplica (contestación de demanda, o reconvencción); y otros expedientes accesorios que pueden o no incorporarse luego al principal. Son ellos los cuadernos de prueba y los incidentes, respectivamente.

El artículo 54 del Reglamento para la Justicia Nacional indica que [...]

“los expedientes serán compaginados en cuerpos que no excedan las doscientas fojas, salvo los casos en que tal límite obligara a dividir escritos o documentos que constituyan una sola pieza. Se llevarán bien cosidos y foliados, con exclusión de broches metálicos, y estarán provistos de carátula en que se indique el nombre de las partes, la naturaleza del juicio, el tomo y folio de su registro y el año de su iniciación. Cuando los litigantes fuesen más de uno por parte, la carátula podrá limitarse al nombre del primero de ellos con el agregado ‘y otros’”.

La compaginación se ubica en el ángulo superior derecho con numeración correlativa; en cambio los cuadernos de prueba se folian en el centro y al pie de cada escrito, variando luego su ordenación cuando se agregan al principal (art. 482, Código Procesal de la Nación).

Razones de seguridad y prudencia aconsejan que la documentación que obre en el expediente sea copia fiel de sus originales, los que son reservados por el Juzgado.

El expediente debe permanecer siempre en el Tribunal a fines de posibilitar su consulta, las únicas excepciones se dan cuando se encuentran pendientes de alguna resolución, o cuando se otorgan en prestativo.

El artículo 127 del código en cita dice que [...]

“Los expedientes únicamente podrán ser retirados de la Secretaría, bajo la responsabilidad de los abogados, apoderados, peritos o escribanos en los siguientes casos: 1º) Para alegar de bien probado; 2º) Para practicar liquidaciones y pericias; partición de bienes sucesorios; operaciones de contabilidad; verificación y graduación de créditos; mensura y deslinde; división de bienes comunes; cotejo de documentos y redacción de escrituras públicas; 3º) cuando el juez lo dispusiere por resolución fundada. En los demás casos previstos en los dos últimos incisos, el juez fijar el plazo dentro del cual deberán ser devueltos”.

La responsabilidad de quien retira el expediente se asegura haciéndole entrega del mismo bajo constancia escrita, donde se dejan asentadas todas aquellas circunstancias de individualización necesaria.

El artículo 128, en tal sentido, establece que [...]

“Si vencido el plazo legal o judicial correspondiente no se devolviese el expediente, quien lo retiró será pasible de multa [...] por cada día de retardo, salvo que manifieste haberlo perdido, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el art. 130, si correspondiere. El Secretario deber intimar su inmediata devolución a quien lo retenga, y si esta no se efectuara, el juez mandará secuestrar el expediente con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de remitir los antecedentes a la Justicia Penal”.

Esta norma es congruente con el principio de moralidad que el proceso entroniza y tiene, como se advierte, dos finalidades: una, sancionar con una multa procesal el retardo en la devolución; otra, deducir las medidas tendientes a la entrega de las actuaciones.

Conviene aclarar que el plazo de gracia previsto en el artículo 124 no resulta aplicable en la especie, de modo tal que la sanción económica computa ese día. No obstante la medida conminatoria no tiene operatividad inmediata, si el obligado no estuvo previamente intimado a la devolución.

Si fuera el caso de pérdida o sustracción del expediente, el juez debe ordenar su reconstrucción, de oficio o a pedido de parte.

La reconstrucción puede ser total o parcial según se haya extraviado todo el expediente o algunas de las actuaciones, respectivamente.

Una vez que el proceso concluye, y no quedan a su respecto actuaciones útiles a cumplir, se dispone su archivo (decreto/ley 6848/63).

111. ¿Qué es el cargo?

El cargo es el acto en cuya virtud el funcionario que la ley designa al efecto deja constancia, al pie de todo escrito presentado o comunicación dirigida al Tribunal, del día, hora y año en que se verifica la presentación o recepción.

El mismo reviste las características propias de un instrumento público y, por consiguiente, lo allí consignado goza de la autenticidad que le confiere la firma del funcionario autorizante (arts. 289 y siguientes, Código Civil y Comercial).

El funcionario que refiere el artículo 124 del Código Federal es el oficial primero, de modo que si su firma está ausente, el cargo no tiene eficacia. Va de suyo que si la constancia de recepción la suscribe el juez o el Secretario, se tiene por válida dicha emisión.

Con anterioridad a la ley 17.454, el cargo fuera de hora era colocado por Escribanos o Secretarios Judiciales, permitiendo de esta manera el goce íntegro de los plazos procesales, subsanando consecuentemente la restricción derivada del horario de atención de los Tribunales; habida cuenta que los plazos corren por días enteros. Es decir, que los escritos que no alcanzaban a ingresar en dicho horario cuyo vencimiento operaba ese día podían válidamente entregarse a los funcionarios citados quienes atestaban la recepción en término; y a quienes correspondía diligenciarlos personalmente en la oficina respectiva el día siguiente, dentro de la primera hora de abierto el Tribunal (los Secretarios) o la segunda (los escribanos) (art. 1º inc. e>> del dec/ley 12.454/57; art. 45 del reglamento para la Justicia Nacional; Acordada de la CSJN del 17 de diciembre de 1952).

Esta mecánica fue denominada como “cargo de urgencia”, y era proclive a actitudes ficticias y a problemáticos deslindes de responsabilidad.

La reforma reemplazó aquellas atestaciones urgentes por el “plazo de gracia”, consistente en la ampliación de las dos primeras horas de atención del Tribunal del día hábil inmediato, para presentar el escrito cuyo vencimiento había operado en el día anterior.

La prolongación del plazo al día inmediato posterior a su vencimiento, obedece un “efecto procesal”.

Debe atenderse con cuidado que el artículo 124 no crea la ficción de suponer que el escrito se entrega en el día de su vencimiento; es decir que la ampliación transcurre como perteneciente a las horas del día anterior; pues una cosa es la facultad de presentar escritos referentes a plazos que vencen una vez concluido el horario de Tribunales, y otra es la vigencia de los plazos que rigen por los artículos 6 y 7 del Código Civil.

En otras palabras, la parte que se vale del “plazo de gracia” no está produciendo el acto procesal el día de la fecha del cargo, sino que el acto queda fíctamente logrado en la víspera; esto es que el plazo de gracia es para el cargo del escrito, no para el acto de la parte que se presume cumplido el día que debió serlo.

112. ¿Cómo se clasifican los actos procesales?

Ninguna clasificación tiene valores absolutos, sean técnicas o jurídicas, todas ellas constituyen esquemas de orientación; la simpleza metodológica de Couture, el casuismo científico de Carnelutti o la secuencia procedimental de Guasp, entre otros, son muestras de la utilidad que todas ellas reportan.

Hemos de seguir a este último, de modo tal que los actos procesales clasifican de la siguiente manera:

a) Actos de postulación: son los que tienen por objeto dar vida al proceso comenzando la instancia, siendo esta la fragmentación de actuaciones que estructuran el debate judicial ante órganos con jurisdicción sucesiva, ordenada y correspondiente. La demanda es la actuación más típica, aún cuando el proceso puede tener andamio anterior si fueron deducidas diligencias preliminares o un proceso cautelar que luego se vincula.

b) Actos de desarrollo: son aquellos que ocurren a partir del acto introductorio y, por su variedad, admiten subclasificaciones que especifican el destino que portan.

SI las actuaciones van dirigidas a informar al juez sobre la existencia de un hecho, la confirmación de un suceso, o la relación que tiene la postulación con el relato que da razón a su fundamento, se dice que los actos son de demostración o confirmación. En cambio, si la actuación refiere a un argumento de derecho que proviene de la parte, el acto es de alegación; si llega de un tercero, es un testimonio o dictamen; y si dicha aseveración es de un auxiliar del juez, se llaman relaciones.

Cuando la actuación se ingresa formalmente al expediente, podremos referir a actuaciones que posibilitan el acopio instrumental constituido por los escritos judiciales de cualquier tipo y demás instrucciones escritas (v.gr: cédulas, oficios, informes, etc.), que conforman los actos procesales de documentación.

En cambio, si esas mismas actividades son de prueba, debe observarse como ingresan al expediente; si ellas no son exhibidas voluntariamente, el juez puede ordenar su remisión, en cuyo caso el acto de incorporación se entiende como de aprehensión; si el tribunal verifica *in situ*, la actividad será de inspección.

Ahora bien, cada una de ellas debe responder a un orden lógico y secuencial que admita su presencia. En este sentido el control sobre la actividad se cumple en actos de ordenación, es decir, aquellos que encausan el procedimiento en forma regular. A este fin las partes promueven actuaciones de impulso procesal, y de impugnación, a través de recursos o acciones de nulidad que tienden a advertir el error de procedimiento o de fundamentación; en cambio, el juez se expide con actos de resolución o decisión según provea un aspecto del trámite o juzgue con la sentencia.

A su vez, cada uno de estos actos y resoluciones deben anoticiarse a los intereses, dando lugar a las actuaciones de comunicación que son de tipos diversos como veremos oportunamente (v.gr.: cédulas, oficios, exhortos, traslados, vistas, etc.).

Finalmente, las partes pueden aspirar, ante la presunción de obtener sentencia favorable, a asegurar el objeto de su pretensión a cuyo efecto disponen de actuaciones cautelares destinadas para ello, las que son ordenadas por actos de resolución.

c) Actos de conclusión: son precisamente los que terminan con el proceso. El modo normal, es la sentencia definitiva; con la particularidad que en los procesos ejecutivos, propiamente dichos, recién con la sentencia que manda llevar adelante la ejecución d nacimiento a la etapa forzosa de compulsión y remate.

El modo anormal puede ocurrir cuando el acto procesal se antepone al orden secuencial del proceso y proviene de la voluntad de las partes (v.gr.: allanamiento, desistimiento, transacción y conciliación) o de la sanción a la inactividad (v.gr.: caducidad de la instancia).

CAPÍTULO XII

DILIGENCIAS PRELIMINARES

113. ¿Qué son las diligencias preliminares?

Las diligencias preliminares son actuaciones que pueden realizar las partes con el objeto de concretar sin errores una demanda judicial, o preservar la prueba necesaria para acreditar el derecho que pretende.

La diferencia es importante, porque también lo es la naturaleza jurídica de cada una; en la medida que las medidas preparatorias del juicio persiguen evitar vicios en la legitimación procesal, teniendo en cuenta que serán partes en el proceso aquellas que son o debieran ser los legítimos contradictores; mientras que la anticipación de medidas probatorias tiende a resolver el problema de la eventual desaparición de ellas cuando alcanzara en el proceso su etapa de producción.

Unas y otras son anteriores a la concreción de la demanda, pero no habilitan el curso de la instancia principal; sus características principales también coinciden, porque son *accesorias* respecto del proceso a comenzar; tramitan ante el *juez competente* que debe entender en el litigio al que están subordinadas; deben ser *fundadas*, lo que significa que la medida no se pueda lograr por otros medios; son *bilaterales* y *contradictorias* porque en su producción deben resguardar el derecho de defensa de los afectados, y son *actos del proceso* porque pese a su accesoriidad, se anexan a la causa y le dan fundamento propio cuando reciben la providencia jurisdiccional que las admite.

114. ¿Cuáles son las medidas preparatorias?

El objeto de estas diligencias previas a la constitución de la litis consiste, en su mayor parte, en resolver el probable error de demandar a quien no tiene legitimación suficiente, a cuyo fin se procura obtener información necesaria y suficiente respecto a la personalidad y carácter que ella tiene respecto a cosas y situaciones.

La medida es preparatoria porque construye con sus actos la identificación que exige la legitimación; se aplica en todo tipo de procesos, de modo tal que se pueden aplicar tanto al ordinario como al sumarísimo.

Cabe considerar que la tarea de investigación que se posibilita mediando intervención judicial, y aun más, la actuación que se incoa requiriendo la colaboración del juez en una tarea preparatoria de la demanda, no deben ser ejercidas con abuso, porque siendo las diligencias preliminares dispuestas con criterio amplio, no significa que ellas puedan ser rechazadas cuando un mismo resultado se consiga a través de diligencias extrajudiciales.

115. ¿Cuáles son las diligencias conservatorias?

Son aquellas medidas destinadas a conservar o asegurar los elementos de prueba que deben ser utilizados en la etapa procesal correspondiente. De este tipo es la producción anticipada de la prueba prevista en el artículo 326 del CPCCN.

116. ¿A qué se refiere la declaración jurada relativa a la personalidad?

Las diligencias preparatorias previstas en el inciso 1° del artículo 323 del ordenamiento procesal deben vincular a los hechos y circunstancias que hacen a la legitimación del futuro demandado, pero no pueden referirse al fondo del asunto ni a los hechos mismos que se habrán de ventilar luego en él.

La personalidad aludida debe entenderse referida tanto a la capacidad como a la legitimación procesal del sujeto pasivo de la pretensión que se desea interponer.

117. ¿Para que sirve la exhibición de cosa mueble?

En este caso, la diligencia preliminar no conduce, necesariamente, a la promoción de la demanda, porque en mucho depende del resultado que se obtenga.

La medida se limita a la petición de exhibición de una cosa mueble, un título, documentos, elementos útiles al interesado en un proceso posterior, con los cuales podrá resolver la iniciación de un proceso. Se trata de una acción destinada a comprobar una situación de hecho que se instala entre las medidas preparatorias, a cuyo fin quien pretende la exhibición de la cosa mueble, debe justificar el derecho que lo asiste. Este, además, se ha de vincular con la eventual deducción de una acción real o posesoria.

Concedida la pretensión, el juez otorga un plazo para la exhibición, que de no ser cumplido, autoriza al secuestro de la cosa y su puesta en depósito, si así se hubiera requerido.

118. ¿Para qué sirve la exhibición de testamento?

La medida exige en quien la reclame, que acredite el interés por la exhibición. La diligencia debe ser la única forma posible de obtener el instrumento, pues de no haberse agotado las vías extrajudiciales para lograrlo, es improcedente porque no puede ser utilizada como un medio de coacción.

La seguridad sobre la existencia del testamento es un requisito para la admisión, pues no se trata de despejar el estado de incertidumbre con la visualización del documento.

La medida persigue aclarar si dicho testamento, redactado en instrumento público o privado, contiene al peticionante como heredero, coheredero o legatario.

119. ¿Para que se aplica la exhibición de títulos?

Cuando una persona enfrenta una acción de evicción (arts. 105 y ss., CPCCN), se puede requerir la exhibición en juicio de los documentos, títulos o instrumentos que acrediten la transmisión de los bienes adquiridos a título oneroso.

Con ello se pretende esclarecer la cuestión vinculada con la responsabilidad de las partes respecto a la pérdida, turbación o perjuicio sufrido por causas anteriores a la adquisición.

120. ¿Cuándo procede la exhibición de documentos por el socio?

La legitimación para ejercer los derechos de socio objetivados en el título accionario debe comenzar por la exhibición o tenencia de este. De este modo se facilita a quien pretende demandar, un conocimiento cierto sobre cuestiones de personería o personalidad.

El presupuesto necesario para plantear esta diligencia preliminar es acreditar la calidad de socio, circunstancia proclive a ciertos esclarecimientos.

Ahora bien, esta diligencia no se puede articular como un medio de conseguir una ventaja procesal, pues de lo único que se trata es de resolver un conflicto de naturaleza societaria, donde el conocimiento de los documentos previos es imprescindible a los fines de concretar la pretensión.

121. ¿Cuándo se debe determinar el carácter de ocupante?

La diligencia prevista en el artículo 323, inciso 6° del Código Procesal se superpone de algún modo con la contemplada en el inciso primero de dicha norma, pues la respuesta del o los requeridos determinará la existencia o la índole de la legitimación que eventualmente les corresponda en el proceso respectivo.

En su estricta aplicación, este inciso tiene por finalidad aclarar el título que acredita la posesión o dominio del bien inmueble cuya reivindicación se vaya a peticionar, o sea que persigue conocer el carácter del derecho invocado (real o personal).

122. ¿Cuándo se debe designar tutor o curador?

Es una medida preparatoria que tiende a evitar la indefensión de la persona incapaz que sin tener representante legal va a ser demandada en juicio.

Con la diligencia se procura que el juez designe la representación legal cubriendo así el déficit encontrada en forma liminar.

123. ¿Cuándo se debe constituir domicilio como diligencia preliminar?

No es propiamente una medida preparatoria porque, en realidad, anticipa un problema que puede suscitarse con la persona que va a ser demandada, estando próxima a ausentarse del país.

Esta situación debe ser probada por quien lo alega, porque además de la utilidad que persigue, no se puede desatender que el objeto de la notificación se puede igualmente cumplir en el proceso, aunque por vías más conflictivas o difíciles, como son la notificación por edictos o la comunicación por exhorto diplomático.

Una vez obtenida la diligencia, se practica mediante simple notificación, cuyo emplazamiento a constituir domicilio legal sigue las consecuencias prácticas del artículo 41 del Código Procesal.

124. ¿Cuándo procede el pedido de realizar una mensura judicial?

Constituye una medida preparatoria para promover juicio ordinario, el juicio de “simple mensura”, en cambio, tiene, no solo efectos procesales, sino también sustanciales, el juicio de mensura, deslinde y amojonamiento.

El plano de mensura que debe acompañar quien inicia demanda por prescripción adquisitiva de un inmueble configura un elemento formal de la demanda cuya necesidad radica en deslindar con precisión el inmueble, mas no configura un acto posesorio si no se encuentra avalado con la prueba adecuada del ánimo del actor de poseer para sí.

La CSJN haciendo aplicación de la doctrina del artículo 2384 del Código Civil, ha calificado las diligencias de mensura, deslinde, amojonamiento y vinculación de las tierras en litigio como típicos actos posesorios salvo que hechos subsiguientes a las circunstancias en que tienen lugar autorizaran una conclusión distinta.

De todos modos, el plano de mensura exigido solo constituye un elemento formal de la demanda, necesario para deslindar con precisión el inmueble pero no puede exhibírsele como acto posesorio si no se alega el hecho de su realización, con la prueba adecuada, como manifestación del ánimo de poseer para sí.

La mensura se ha de practicar por agrimensor, y constituye una práctica de orden administrativo que no origina un proceso contradictorio.

125. ¿Cuándo se puede citar para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas?

La citación para reconocer la obligación de rendir cuentas tiene un doble efecto; por un lado pretende evitar la excepción de falta de legitimación pasiva de quien alegue que no existe tal deber; y por otro, evitar el conflicto de determinar en un juicio ordinario o sumarísimo los alcances de esa obligación cuando se cuenta con este medio de facilitación procesal.

Es una medida preparatoria que se relaciona con el proceso de rendición de cuentas que gravita sobre el molde procedimental futuro (cfr. art. 652, CPCC)

Esta diligencia preliminar supone admitir una acción muy particular que no está destinada a lograr el allanamiento a una obligación, sino a buscar una declaración que admita un reconocimiento; pues el fondo del problema se determina por proceso ordinario.

126. ¿Cuándo caducan las medidas preparatorias?

Las medidas preparatorias de la demanda judicial, aunque no abren la instancia, suponen dar comienzo a un término de caducidad *ope legis* por treinta días desde su realización.

En cambio, Palacio argumenta que no existe caducidad automática de las diligencias preparatorias, las que a su entender, se hallan supeditadas al pedido que en ese sentido formule la parte afectada por la diligencia⁹⁵.

El término no se aplica al supuesto de pruebas anticipadas, toda vez que estas están subordinadas a los plazos del expediente principal al que se adjuntan.

⁹⁵ PALACIO, Lino E., *Estudio de la reforma procesal -Ley 22.434-*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 221.

De todos modos, se puede considerar más estricto el cumplimiento de los actos de iniciación a este respecto, en razón de que la prueba anticipada se debe considerar como medida precautoria de aseguramiento de pruebas, en cuyo caso se aplica la caducidad prevista en el artículo 207 del Código Procesal.

127. ¿Cuándo se debe producir la prueba antes del período correspondiente?

El anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición. Por ello el criterio de aplicación del artículo 326 del Código Procesal debe ser restrictivo, tendiente a evitar la posibilidad de anticipar la solución de fondo y fundamentalmente, no vulnerar la igualdad de las partes en el proceso.

De todos modos, como se trata de materia probatoria, donde la discrecionalidad judicial es muy amplia, se puede interpretar que la prueba anticipada solo se admitirá si se comprueba que la parte que la propone está expuesta a perderla, o pudiere resultar imposible o muy dificultosa su producción en el período correspondiente.

En otro aspecto, y aunque se admitiera que la enumeración del artículo 326 no es taxativa, pudiendo proveerse otras medidas de prueba, la “instrucción preventiva” es un medio excepcional que si se lo admitiera sin restricciones podría, por ese procedimiento, afectarse las debidas garantías del proceso legal.

En realidad, el común denominador que tienen las medidas cautelares y la producción anticipada de pruebas, es el peligro en la demora, por ello mientras las primeras tienen como objetivo impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que va desde antes de la iniciación hasta el dictado del pronunciamiento y el cumplimiento de la sentencia definitiva. Dejando en claro así que tienden a salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia favorable; las otras están dirigidas a posibilitar la producción de aquellas probanzas que en el futuro pudieran resultar de imposible o muy dificultosa obtención; la actividad será controlada por la otra parte, y una vez que se incorporan al proceso no son factibles de modificación o alteración alguna.

CAPÍTULO XIII

LA DEMANDA

128. ¿Cómo se hace una demanda?

La aptitud de una demanda para ser formalmente válida, logrando el emplazamiento de la otra parte y evitar nulidades posteriores o insuficiencias liminares, se consigue analizando cada presupuesto del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El carácter complejo que tiene obliga a desmembrar cada uno de ellos, no solo por los requerimientos formales, sino también para verificar la posibilidad jurídica de la pretensión, la idoneidad de la causa y la justificación en derecho de las razones aportadas.

Cada elemento ocupa un tramo de los requisitos que asientan una etapa particular en el procedimiento. Estas necesidades se distribuyen en condiciones de los sujetos y del objeto procesal, donde el primero vincula aspectos como la calidad de “parte” –la legitimación procesal, la capacidad para obrar, la competencia del órgano, etc.–, en tanto que los recaudos objetivos refieren a la pretensión y las causas que la motivan (causa petendi).

128.1 Requisitos subjetivos

Demandante es la persona que promueve una pretensión en un proceso contencioso, o una petición en un procedimiento de trámite voluntario, por la cual solicita ante un juez una declaración judicial que ocupa su interés.

El ejercicio del derecho de demandar requiere la presencia en el sujeto activo de una serie de condiciones que refieren a su individualización y a la posibilidad jurídica que tiene para comenzar el trámite que incoa.

Recordemos que, por vía de principio, con la demanda llega la acción, y siendo esta un derecho instalado en la órbita de las garantías fundamentales, se logra y cumple con el solo ejercicio. En cambio, el estudio de la demanda no supone condicionamiento a la acción, sino la necesidad de establecer la aptitud regular del sujeto activo para evitar el dispendio jurisdiccional.

Esas condiciones de la persona demandante significan que ha de tener capacidad procesal para convertirse en parte, e interés suficiente para solicitar la actuación jurisdiccional.

Como vemos, en la demanda no interesa ni resulta indispensable exigir iguales aptitudes al demandado, porque ellos no son recaudos útiles para dar vida al proceso, aun cuando obviamente incidan en el resultado final (v.gr.: si se hubiere demandado a una persona equivocada).

En cambio, si el tenor del proceso fuera la controversia de cuestiones de hecho o de derecho, es preciso individualizar al sujeto pasivo (accionado, demandado, ejecutado) con la finalidad de formalizar el emplazamiento y posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio y, también, para habilitar la competencia del tribunal.

En este sentido, el que pretende está facultado para demandar a quien quiera y le parezca correcto, pero ello es a su exclusivo riesgo. Claro está que esa individualización no tiene extremos sacramentales, pero ostenta sí un mínimo de seguridades a cubrir que prohíbe las enunciaciones genéricas, vagas o imprecisas (v.gr.: se demanda “a quien resulte propietario”, o a “tenedores, poseedores y cualquier ocupante”, etc.). Además, como el actor cuenta con las diligencias preliminares para obtener las informaciones indispensables para constituir regularmente un proceso (v.gr.: art. 323 inciso 1º que permite exigir declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad), cabe interpretar lógico este recaudo.

Inciso 1º) Nombre y domicilio del demandante

El demandante se debe presentar con nombre y apellido, pudiendo informar otras condiciones personales como adiciones que estime de interés o importancia para acreditar el derecho que peticiona.

Este es un paso previo natural porque de su análisis surge el carácter de la actuación y la personalidad de derecho que representa o tiene.

Si se trata de una persona ideal o jurídica, debe instrumentar la legitimación con los documentos que corroboren el derecho a pedir, a cuyo efecto resulta suficiente acompañar el estatuto social y la copia del acta que designa representantes legales.

Son las disposiciones del Código Civil y Comercial las que rigen el tema de identificar a las personas físicas o jurídicas; asimismo, la jurisprudencia ha elastizado algunas cuestiones como permitir que se demande con un seudónimo que no produzca situaciones de confusión.

En tal sentido, se afirma que la asimilación del seudónimo al nombre de las personas, ha sido admitida por la CSJN cuando aquel tiene adquirida notoriedad suficiente para merecer la protección legal. Así ocurre con el seudónimo del actor –Pelé–, que constituye un verdadero sustituto de su nombre auténtico en torno del cual ha desarrollado la actividad por la que adquirió fama, habiéndose extendido de tal modo esa identificación que es solo a través del seudónimo como se lo individualiza en el conocimiento del público (CS, 1981/09/03, “Do Nascimento, Edson A. c. Pistolare, Roberto A. y otros”, La Ley, 1981-D, 544).

En cambio, un nombre de fantasía no es persona física ni jurídica, por lo que mal puede accionar pretendiendo acreditarse de ese modo.

Cuando alguien acciona, aunque se presente como dueño de un negocio con un nombre de fantasía, siempre el actor es la persona física, y en base a su nombre se debe caratular. Únicamente adquiere relevancia el nombre de fantasía cuando al mismo tiempo es la denominación de una sociedad de hecho, por cuanto esta sí tiene capacidad para estar en juicio.

También se exige que el demandante denuncie su domicilio real, que constituya otro dentro del radio de jurisdicción del Juzgado y, además, que constituya un domicilio electrónico (conforme lo establecido por las Acordadas SCJN nº 31/2011 y 38/2013) a fines de notificarle con mayor celeridad las providencias que fuesen menester.

El domicilio real sigue las disposiciones de los artículos 73 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación; mientras que el domicilio legal referido no es el

que señala el artículo 74 de este ordenamiento, sino el que establecen los arts. 40 a 42 del Código Procesal y las Acordadas citadas en el párrafo precedente.

Si no fuere indicado ningún domicilio, (de acuerdo con la naturaleza de la pretensión) se puede cercenar el derecho de defensa en juicio (v.gr.: el accionado no podría deducir la excepción de arraigo que tiene justamente como finalidad garantizar la eventual responsabilidad inherente a la demanda, cuando el actor no tiene domicilio en el país, o bienes dentro de él), y la posibilidad de control hacia la asignación de competencia.

Sin embargo, el vicio de la demanda no es de grave entidad y se puede subsanar de inmediato (art. 34 inc. 5° ap. II), o dejando espacio para que el demandado interponga la defensa de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Interesa agregar que si el domicilio real no se denuncia, pero surge de documentación fehaciente (v.gr.: escritura pública, acta judicial, etc.) incorporada al expediente, la omisión no es tal, porque se admite la información indirecta.

Diferente es la situación si lo que falta es la constitución de domicilio legal. En efecto, se ha tenido oportunidad de decidir que la falta de domicilio procesal al tiempo de deducir la demanda no vicia el procedimiento, pues puede ser suplido en la primera audiencia o presentación, o quedar automáticamente constituido en los estrados del Juzgado. Aun cuando otros interpretan que “el rechazo de la demanda por cuestiones relativas a la constitución de domicilio solo procede en las oportunidades previstas en los arts. 337 y 353 del Código Procesal. En estancias posteriores del proceso la única sanción prevista en la ley es la que establece el artículo 41 del mencionado cuerpo legal” (CNCom., Sala C, 1985/9/26).

Asimismo, cuando se interpone demanda ante la justicia federal y la competencia de esta surge de extranjería o por distinta vecindad, con la pretensión se deben adjuntar documentos o informaciones que acrediten aquella circunstancia (art. 332, CPCCN).

Inciso 2°) Nombre y domicilio del demandado

Se aplican las mismas reglas que el actor debe cumplir, con la diferencia que se referencian con el Código Civil y Comercial, porque el domicilio que del demandado se denuncia es el real o el legal, en los términos de las leyes de fondo.

Es posible demandar a una persona con nombre de fantasía, aunque suscita algunos conflictos. Por ejemplo, si la parte pretensora demandó a una comunidad patrimonial imprecisa, caracterizada por un nombre de fantasía y la sentencia sustituyó al sujeto demandado y mencionó en cambio a un sujeto individual, motivo por el cual la parte actora se vio obligada a recurrir porque pretendía alcanzar con su acción a los demás sujetos que considera miembros de la comunidad demandada, lo que cabe es incluir en la condena a la comunidad citada y diferir para la etapa de ejecución de sentencia el conocimiento de la responsabilidad concreta que alcanzara a cuanta persona individual hubiera girado con ese nombre y resultara *ope legis* responsable, responsabilidad esta que no ha menester declaración por el órgano jurisdiccional pues emerge del artículo 23 de la ley 19.550. Esto es, cuando para la persecución forzada de su acreencia la parte actora aprehenda bienes de los supuestos responsables, podrán estos exonerarse invocando y probando (así como deberá probar la parte actora también, aunque en sentido inverso), su ajenidad respecto de la entidad irregular demandada

(CNCom., Sala D, 1980/07/31, “Plaza Hotel, S. A. c. Prince Tour”, La Ley, 1980-D, 74).

Asimismo, si un grupo de personas (parientes entre sí), se dedica a la explotación de más de un establecimiento bajo un mismo nombre de fantasía ello autoriza la condena solidaria de todas ellas por aplicación del principio de primacía de la realidad ya que puede decirse que constituyen una sociedad familiar, con independencia de que el local donde laborara el accionante estuviese habilitado a nombre de uno solo de los dueños (CNTrab., Sala V, 1989/11/28, “Páez, María L. c. Amtar, Zaji y otros”, DT, 1990-A, 232).

Pero también se afirma que las personas demandadas pueden ser de existencia visible o ideal y en ambos casos, deben ser individualizadas como corresponde, es decir, con su nombre y apellido, o con su denominación o razón social, haciéndose constar en este último caso de qué clase de entidad se trata, y si es una sociedad, si lo es civil o comercial y de qué tipo. Si no se efectúa tal identificación la cédula de notificación de la demanda, dirigida a un nombre de fantasía, ha de reputarse nula (CNTrab., Sala VI, 1980/05/08, “Pereyra, Adolfo A. c. Cavassa Pérez Paz Asociados”, BCNTrab., 980-35-6).

En tercería se instalan quienes opinan que, aun cuando la demandante no hubiera precisado en el escrito inicial quiénes son las personas físicas suscriptoras de los vales en nombre de la sociedad ejecutada, nada empece que lo haga al contestar el traslado de la defensa opuesta (CNCom., Sala E, 1999/07/05, “Manes Carlos A. c. Seguridad Intercountries S. R. L.”, La Ley, 2000-A, 392 - DJ, 2000-1-1406).

128.2 Requisitos objetivos

Estos se dirigen hacia dos cuestiones esenciales: en primer lugar, regulan el objeto de la demanda propiciando que “la cosa demandada se designe con toda exactitud” y que “la petición se produzca en términos claros y positivos”. En segundo término, persiguen concretar la *causa petendi*, es decir, el fundamento, título o razón para pedir.

La importancia que tiene, se advierte en la posibilidad de proceder a una acumulación objetiva de acciones o bien demandar en un mismo proceso en razón de acciones conexas por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez, en los que no se autoriza al actor a prescindir del cumplimiento de la carga impuesta por los incisos 3º y 4º del artículo 330 del Código Procesal, pues ha de indicar los hechos que permiten vincular a los demandados, las razones por las que se demanda a uno y a otros y el alcance de la condena que se pretende contra cada uno (CNCiv., Sala B, 1996/04/09, “Villegas, José M. c. Consorcio de Propietarios Maure 2126 y otro”, La Ley, 1997-C, 181).

Inciso 3º) La cosa demandada, designándola con toda exactitud

Este recaudo incide con múltiples repercusiones en otras instituciones procesales, porque a partir de la pretensión se resuelven cuestiones de competencia, estados de litispendencia, congruencia con el objeto demandado, y oportunamente los límites y alcances de la cosa juzgada.

El objeto planteado requiere suficiente claridad y precisión para evitar posteriores confusiones y un ejercicio adecuado del derecho de defensa. Por eso, en el

momento de indicarle al juez cuáles son las cosas que se piden, deben enumerarse una a una sin poder involucrarlas en el etcétera, por el alcance incompatible que tiene respecto a la claridad y precisión exigida.

Es procedente la defensa de defecto legal cuando no se designa con exactitud la cosa demandada o la exposición de los hechos es ambigua y carece de claridad, aun cuando por inadvertencia del tribunal se le haya dado curso a la demanda sin ejercitar la facultad del rechazo *in limine* prevista en el artículo 337 Código Procesal, o la determinada en el inciso 5º, apart. b), del artículo 34, con el objeto de que se subsanen los defectos u omisiones (CNCiv., Sala C, 1995/09/12, “Giorgini, Edgardo A. c. López Albarellos E.”, DJ, 1996-1-969).

La ambigüedad en las expresiones no se puede aclarar con posterioridad a la traba de la litis, porque de lo contrario se favorecería una restitución de plazos inadmisibles en beneficio de una de las partes y con flagrante quiebra del principio de igualdad.

El fundamento del artículo 330 incisos 3º, 4º y 6º radica en el principio de lealtad y buena fe procesal que obliga a las partes a ser claros en su exposición, evitando ocultamientos. Así, debe saberse qué es lo que se demanda y los hechos y circunstancias, para que la contraparte conozca las cuestiones planteadas y pueda preparar sus defensas y probanzas. Por ello, no pueden dejarse librados tales elementos a lo que resulte de la prueba, pues se colocaría al demandado en una situación de incertidumbre y desventaja que afectaría los derechos constitucionales de propiedad y defensa (CNCiv., Sala F, 1997/08/28, “Mourelle, Hernán J. c. Mourelle, Alberto M.”, La Ley, 1998-C, 405).

La claridad pensada para limitar el ámbito de actuación del juez conlleva, a su vez, el tipo de sentencia que habrá de dictarse (v.gr.: de condena, declarativa, constitutiva), sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales para denominar adecuadamente el objeto reclamado bajo una figura equivocada. Por ejemplo, puede el accionante nombrar su pretensión como de nulidad de actos jurídicos, y el juzgador resolver en el plano de la simulación.

En cambio, según Devis Echandía [...]

“sí es necesario indicar cuál es la acción incoada, en cuanto se refiere al procedimiento que debe seguirse, es decir, ordinario o abreviado o ejecutivo, etc.; pero el juez no queda obligado a seguir un trámite inadecuado y debe disponer de oficio el que corresponda. Este requisito emana de la naturaleza misma de la acción, ya que se trata de obtener la aplicación de la ley a un caso concreto, y responde a un mismo tiempo al principio de la contradicción o audiencia bilateral, porque solo así es posible la defensa del demandado en igualdad de condiciones”⁹⁶.

Cuando la pretensión consiste en dar sumas de dinero, el demandante debe precisar la cuantía, a excepción que le fuese imposible conocerla o liquidarla por las circunstancias del caso. Por implicancia, se admite la demanda de monto indeterminado, permitiendo que el juez resuelva sobre la pretensión material para fijar posteriormente el valor del proceso.

En los supuestos en los cuales la víctima presenta una lesión o agravamiento desconocida al momento de demandar y que incuestionablemente guarda relación causal

⁹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, tomo II, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 470.

con el hecho ilícito, corresponde apartarse del precepto contenido en el inciso 3° del artículo 330 del Código Procesal (CNCiv., Sala A, 1995/02/17, “C., M. N. c. Mayo S. A. de Transporte Automotor”, La Ley, 1995-D, 45. - DJ, 1995-2-1259).

También, si la cosa demandada es una obligación de valor que se traduce en una suma de dinero, resulta imprescindible que el actor indique siquiera aproximadamente el valor o entidad de las partidas que pretende, admitiéndose solo la excusa en supuestos excepcionales (CNCiv., Sala A, 1995/10/31, “Nayar, Jorge R. R. c. Rosso, Isabel S.”, La Ley, 1996-B, 331).

Es más, la cosa demandada con toda exactitud, rige incluso para los intereses, pues ellos forman parte del contenido del juicio. Así, no corresponde el pago de aquellos cuando la parte interesada no los ha reclamado expresamente ya que resultarían vulneradas las garantías protegidas por la Constitución Nacional (CNCiv., Sala K, 1997/06/10, “Mittelman de Madenes, Dorita c. Laurencina, Hugo A.”, La Ley, 1998-A, 432).

La indeterminación, no obstante, a veces se atenúa con el presupuesto de la estimación provisoria, que significa dar un valor aproximado al tiempo de promover la demanda. Empero los límites de la condena han de estar impuestos por esta petición, no debiendo exceder en gran medida el monto del capital, aun cuando se lo supedite a “lo que en más o en menos” resulte de la prueba.

Así lo entiende, por ejemplo, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires cuando pone de relieve que si a fin de determinar la indemnización por daños y perjuicios, se opta por establecer la suma relacionada con determinada época para luego actualizarla, la cifra reajustada no puede exceder el reclamo de la demanda, debiendo además explicitarse las pautas de actualización tenidas en cuenta (DJBA, 119:685).

Tal doctrina no podría invocarse si fuere aplicable el procedimiento de fijación de valores en juicio sumarísimo posterior a la sentencia condenatoria.

En tal sentido se afirma que, la justificación mediante la cual el tribunal admitió la validez de la reserva del damnificado de obtener el resarcimiento que resulte de la prueba y no tan solo el estimado en la demanda (“Casa Sifa S.A. c. Buque Glaciar Perito Moreno” –La Ley, 1990-D, 161–), no tuvo por objeto tutelar conductas abusivas o negligentes en la formulación del reclamo, y sin adecuación al principio contenido en el artículo 330 del Código Procesal (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1996/09/12, “Liquid Carbonic Argentina S. A. c. Aéreo Expreso Internacional”, La Ley, 1997-C, 772).

Inciso 4°) Los hechos en que se funde, explicados claramente

Con relación a los hechos cabe destacar su importancia al vertebrar la causa o fundamento de la pretensión.

La exposición de las circunstancias que ordenaron la cuestión fáctica puede limitarse a la somera descripción acerca de lo que refuerza el vínculo entre los hechos y el derecho. Según esta posición, denominada *teoría de la individualización*, basta con indicar los hechos que fundan el contenido de la pretensión, sin necesidad de ofrecer una explicación puntual y circunstanciada. Es el caso típico de las demandas ejecutivas donde la solidez aparente del título, sumada a las condiciones de liquidez y vencimiento que se verifiquen, son suficientes para completar el recaudo.

En otra dimensión actúa la llamada *teoría de la sustanciación*, que requiere una exposición puntual de los hechos de la *causa petendi*, explicados clara y concretamente. Constituye una carga relacionada con la regularidad formal de la demanda y genera inmediatas consecuencias en el ámbito del material fáctico que el demandado debe reconocer, admitir o negar, “bajo apercibimiento de estarse por el reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos” (art. 356, CPCCN). De igual modo, señala cuales son las cuestiones que habrán de probarse, y la situación que, bajo el principio de la congruencia, deber atender el juez en su pronunciamiento definitivo.

La fundamentación clara y precisa impone, además, explicar los hechos en forma circunstanciada, porque a tenor del principio de preclusión, la demanda no se puede modificar o transformar con otros hechos que el demandado no pueda conocer oportunamente, esto es, al tiempo de notificarla.

Este principio, no obstante, reconoce atenuaciones según el tipo de pretensión incoada. En efecto, si bien para que la demanda prospere es indispensable que el actor invoque todos los hechos constitutivos del derecho que pretende, esta obligación se encuadra en la flexibilidad de las formas, pues en caso contrario, se caería en un anacrónico ritualismo. Así, por ejemplo, no es necesario especificar en la demanda o reconvencción todos y cada uno de los hechos que sustentan la acción de divorcio, siendo suficiente citar algunos a título de ejemplo y que sirvan de guía para valorar la conducta imputada.

Esta norma debe ser armonizada con la contenida en el artículo. 331, que faculta al actor a modificar la demanda antes de notificarla, atribución que no puede ser suprimida so pretexto del ejercicio de las facultades ordenatorias del proceso (CNCiv., Sala B, 1997/08/26, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. 226 Granaderos”, La Ley, 1998-B, 97).

Asimismo, no obstante que una buena técnica en la redacción del escrito de demanda conduce a que se dé cumplimiento a la teoría de la sustanciación al exponer los hechos, si de la prueba documental acompañada surge una serie de datos que se interrelacionan con los que fueran vertidos en el capítulo pertinente –en el caso, la factura incorporada contenía el detalle de todos los daños sufridos y que hacían a la pretensión deducida– se consideró que hace a la carga procesal que pesa sobre la demandada expedirse respecto de los documentos agregados con la demanda.

La causa de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica, son los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.

Así, en virtud de la teoría de la sustanciación, el escrito de demanda debe contener una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se funda, explicados claramente, pues ello marca el papel de la pretensión y, con esquema similar proveniente de la actitud que asume en el proceso el legitimado pasivo, queda delimitado el sentido concreto de la litis (CNCiv., Sala B, 1997/03/06, “Carbajal, Alfredo A. c. Curtiembre, Francisco Urciuoli e Hijos S. A.”, La Ley, 1997-F, 647).

Si bien el letrado no es responsable de las manifestaciones de su cliente, cuando los hechos alegados son de fácil comprobación y la naturaleza del pleito autoriza a presumir su falsa invocación con el único objeto de dilatar el juicio, aquel debe investigarlos antes de suscribir el escrito que los contiene, o bien expresar claramente

que enuncia tales supuestos fácticos bajo exclusiva responsabilidad del cliente (CNCiv., Sala D, 1996/12/18, “Mann, Armando c. Romero, Víctor F.”, La Ley, 1997-E, 151).

Asimismo, si la ley faculta a la institución verificante a determinar oficiosamente la deuda atribuida a los responsables, debe ser exigido de aquella –cuanto menos– una adecuada justificación y explicación racional de esa determinación y de sus fundamentos. En consecuencia, la presentación de una masa de antecedentes conceptual y numéricamente ininteligibles, sin mediar una aclaración precisa respecto del contenido de ellos, no satisface la carga de explicar claramente los hechos en que se funda la demanda de revisión (CNCom., Sala A, 1996/06/13, “Córdoba del Tucumán S. A., quiebra”, La Ley, 1996-D, 879 (38.947-S), - DJ, 1996-2-1386)

Inciso 5º) El derecho expuesto sucintamente

El inciso quinto solicita que el actor invoque el derecho que interpreta lo asiste en sus afirmaciones. El mismo ha de enunciarse sin mayores desarrollos porque, en realidad, prima al respecto el principio *iura novit curia*.

En consecuencia, procede tener por válida la doctrina sentada acerca de que la ley formal solo requiere al propio interesado una exposición sucinta del derecho que estima aplicable, sin que sea necesario designar con el nombre técnico la pretensión intentada; y no reclamar del demandado una discusión o contradicción sobre el encuadre jurídico del caso ni sobre las consecuencias de la aplicación de las normas o institutos jurídicos mencionados en la demanda.

El derecho material mal invocado puede enmendarse y suplir el omitido; lo que no se puede hacer es sustituir la pretensión o darle un fundamento diverso al propuesto originariamente.

129. ¿Se puede demandar sin indicar la suma de dinero pretendida?

La determinación del monto reclamado es un requisito esencial de la demanda, aunque sea en forma aproximada y sin perjuicio de una eventual adecuación a las resultas de la prueba a producirse, pues la ausencia total de esa estimación afecta el derecho constitucional de defensa en juicio en tanto impide al demandado conocer adecuadamente la pretensión de su contrario (CNCom., Sala C, 2000/02/08, “Piaggio, Jorge A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires”, La Ley, 2000-D, 856 [42.825-S]).

Esta directiva puede ser interpretada de modo tal que se releve al pretensor de la necesidad de precisar exactamente el monto reclamado cuando se trata de acciones de daños y perjuicios, casos en los cuales es frecuente que la extensión definitiva de la acreencia que se reclama recién pueda alcanzar su conformación definitiva con el resultado de la prueba a rendirse a lo largo del proceso (CNCom., Sala C, 1996/04/24, “Firestone Argentina S. A. c. Transportes Jarmes”, La Ley, 1997-E, 1011 [39.785-S]).

De todas formas, y pese a la apertura que realiza el párrafo segundo del artículo 330 que releva al actor de precisar el monto reclamado cuando ello no es posible al tiempo de promover la demanda, dicha posibilidad excepcional requiere de un modo inexcusable la explicitación concreta y cierta de que el cumplimiento acabado de los requisitos legales resulta de cumplimiento imposible y no meramente dificultoso (mismo fallo anterior).

Por eso, la exigencia no se cumple si el actor simplemente enuncia los perjuicios cuyo resarcimiento solicita; ni si, en general, enumera las pretensiones que se esgrimen, pues para garantizar el derecho constitucional a la defensa en juicio es necesaria una adecuada descripción de los conceptos, lo cual implica, no solo individualizar perfectamente el objeto reclamado sino también las bases o parámetros que permiten alcanzar su cuantificación (fallo anterior).

En algunos casos se advierte que la imposibilidad de determinar el monto de lo reclamado por daño moral debe ser absoluta, pues no rige la excepción si la apreciación es posible (CNCiv., Sala D, 1996/04/17, “Neustadt, Bernardo c. Cavallo, Domingo”, La Ley, 1996-E, 666 [39.092-S] - DJ, 1996-2-1384).

130. ¿Qué otros requisitos debe cumplir una demanda?

La promoción de una demanda supone el empeño del letrado en su preparación, especialmente referido al objeto que se pide, el fundamento que lo inspira y las formas como se presenta.

Ya hemos visto que los principios procesales urgen en las partes el respeto hacia la legalidad de las formas, entre las que se encuentran la redacción de los escritos judiciales y los materiales que, habitualmente, son de usos admitidos.

De alguna manera, esta formalidad necesita de cierta adecuación con los tiempos que atravesamos. En este sentido, alguna jurisprudencia reitera que las demandas mimeografiadas (o fotocopiadas) no responden a la seriedad y compromiso que se impone a los justiciables. Por eso, se tiene dicho que, el relato que se hace en la demanda utilizando un formulario impreso, pone al descubierto que no ha mediado una debida preocupación por cumplimentar cuidadosamente un acto procesal de tanta trascendencia, como es aquel que tiene la calidad de introducción a la instancia. Todo aquello que es seriado y que, por una comodidad que no se concilia con un celo profesional adecuado, se limita a llenar claros, quita entidad a la labor del abogado, a la par que desmerece el ejercicio profesional, a lo que se aduna que no satisface la carga procesal de la doctrina o teoría de la sustanciación, que requiere una explicación suficientemente explícita de los hechos que dan sustento a la litis, y no una exposición genérica de los hechos que no alcanzan a delinear la pretensión.

Sin embargo, esta conducta puede dividir la atención según el aspecto exterior de la demanda (v.gr.: prolijidad, papelería utilizada, etc.), o por el contenido intrínseco que ella porta. En el primer sentido la corrección proviene de los principios ya enunciados (art. 118), y la fundamentación a través de los requisitos materiales que debe cubrir la pretensión. No siempre la utilización de antecedentes que dan vida a las llamadas “demandas seriadas” son fruto de una especulación con el tiempo y el ahorro de esfuerzos, sino el producto de un hecho que por su reiteración, permite la continuidad de razones.

Se agregan a estos recaudos formales los que provienen de exigencias fiscales como el pago de la tasa de justicia al tiempo de iniciar el pleito; con la aclaración de que si falta el tributo no podrá continuarse con el procedimiento, lo que equivale a un serio agravio al acceso a la justicia en virtud de la paralización consecuente de una norma fiscal que, puede reclamar su integración por incidente sin necesidad de incurrir en semejante desatino.

131. ¿A qué se llama requisitos sustanciales de la demanda?

En verdad no podemos hablar, propiamente, de requisitos sustanciales de la demanda, porque esta es un típico acto procesal que no mezcla sus intereses y exigencias con el derecho de fondo. Sin embargo, puede ocurrir que el déficit en presentar el motivo que la fundamenta o el acopio de documentación que desde el inicio debe llevar, provoquen la interrupción del fin que la razona, dando por concluido el proceso, allí mismo, por la extinción del derecho de fondo que debió resguardarse.

La demanda se vuelve inadmisibile, entonces, por razones sustanciales o por la ausencia de presupuestos procesales o de algunos requisitos de forma.

El punto de arranque interroga: ¿qué deben hacer los jueces cuando se encuentran con una demanda cuya pretensión, lejos de estar fundada, carece de una lógica sustentación? ¿Deben darle trámite y derivar al demandado la carga de rebatir el contenido? o ¿pueden denegarla liminarmente?; si así lo hicieran, ¿no vulnerarían el derecho de defensa en juicio?, o lo que sería peor, ¿no estarían privando de tutela jurisdiccional a una acción que, irrazonable, errónea, maliciosa o no, puede encontrar una conclusión diferente a la estimada *ab initio* por el habitual *corsi y ricorsi* que transita el proceso?

En estos términos se plantea el problema enfrentado. La situación es distinta del rechazo *in limine* que previenen las normas procesales, y diferente también de la defensa que se esgrime cuando nos hallamos ante una demanda ambigua que incurre en el defecto de oscuro libelo.

El conflicto radica en lo que se ha dado en llamar la improponibilidad objetiva de la pretensión, y como ella se inserta en el acto de postulación, va de suyo la trascendencia que adquiere para validar la causa y continuar la instancia incoada.

Toda demanda debe ser “objetivamente proponible” pues lo contrario lleva a la improcedencia o inadmisibilidad según el vicio extrínseco que la afecte.

Cuando la carencia es de fundamentación, será conveniente interpretar la improcedencia de la postulación como un efecto de la pretensión “objetivamente improponible”. En cambio, si el déficit se apunta en las condiciones de procedibilidad, el magistrado activa sus poderes de repulsión con el “rechazo in limine” (art. 337, CPCCN).

Este primer deslinde de esferas de actuación encuentra su razón de ser en la afirmación que “el juez puede –debe– analizar por sí, no solo el contenido meramente extrínseco del acto constitutivo que pone en marcha la jurisdicción, sino –más aun– asumir un concreto contralor de la concurrencia de los presupuestos procesales, es decir de los requisitos de procedibilidad de la pretensión (admisibilidad extrínseca). Así, en cuanto a los sujetos (competencia; legitimación *ad processum* de las partes); al objeto (si es idóneo –objeto inmediato– con relación al tipo de proceso donde la pretensión se deduce) y a la causa (por defecto de fundamentación)”⁹⁷.

La meditación que impone el contenido de la “improponibilidad objetiva” de una pretensión atiende a la ausencia absoluta de basamento, a aquel interés que jurídicamente no es digno de protección y que le impone al juez un examen anticipado de la procedencia de fondo, porque si lo deriva a la sentencia de mérito, corre el serio

⁹⁷ MORELLO, Augusto Mario; BERIZONCE Roberto O., *Improponibilidad objetiva de la pretensión*, tomo I, Actas del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, p. 114.

riesgo de provocar un dispendio jurisdiccional por haber tramitado un pleito carente de la mínima fundamentación sustantiva.

Precisamente, como esta “denegación de justicia” a través del efecto de la “improponibilidad” se da en la “antesala de la litis”, anticipando el conocimiento y fallando en definitiva, resulta conveniente diferenciar el encuadre asignado a una y otra figura.

Solo en aquellos procesos que necesitan demostrar fundadamente la causa de pedir y sustanciar los hechos en que se asienta, reciben el control de la “improponibilidad objetiva”. En cambio, los juicios de conocimiento que no requieren la concurrencia de determinados requisitos sustanciales y que se sostienen en la mera individualización de los presupuestos básicos de sus accionar (expuestos en forma superficial y basados en el soporte de su verosimilitud), la operatividad del principio se contrarresta por la limitación que existe respecto del mérito de la causa (v.gr.: proceso de declaración de incapacidad, alimentos, proceso ejecutivo, etc.).

Estos últimos atraviesan un juicio de admisibilidad tipificado en el encuadre previsto por el ordenamiento adjetivo, y su apartamiento de las reglas formalizadas ocasiona el eventual rechazo *in limine*.

En consecuencia, el rechazo inicial de la pretensión se puede derivar de la “falta de interés procesal”, aunque en nuestra opinión es una conclusión equivocada pues la ineptitud referida se dirige hacia la fundamentación y no a los meros requisitos de procedencia o admisibilidad; o bien, referir al “objeto del proceso”, en cuyo caso la atención se presta en la aptitud o idoneidad de la pretensión para poner en marcha la jurisdicción.

Claramente dicen Morello y Berizonce que [...]

“Si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley o a las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponer su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo que habría nacido frustrado *ab origine* [...] Así, si se demandara –entre nosotros– el reconocimiento judicial de reclamos que se abastecen en el corretaje matrimonial; o esponsales de futuro; o en sociedades ilícitas o prohibidas; o bien aludiendo a la causa de pedir, si la nulidad de matrimonio se promoviera por quienes no son cónyuges por no estar unidos en matrimonio, o la adopción por quienes no están legalmente legitimados como adoptantes. Circunstancias que obstan, todas, a la posibilidad jurídica de obtener siquiera un pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o que, por su inatendibilidad abstracta impiden su acogimiento favorable”⁹⁸.

La natural conclusión del encuadre será, en suma, la que surja del estudio objetivo de la pretensión. Si se encontrara un error apuntado en la forma de presentación (vicios extrínsecos), la facultad de saneamiento y ordenación que ponderan las aptitudes del pretorio impondrá la corrección o compostura del objeto peticionado.

En cambio, si la patología que arrastra la pretensión guarda tal entidad que puede predecirse la inutilidad de sustanciarla, la actitud jurisdiccional no puede ser otra que el rechazo liminar a esa postulación manifiestamente inoficiosa.

Toda pretensión expuesta en una demanda necesita examinarse previamente para habilitar la marcha jurisdiccional. Así, surgen imprescindibles algunas etapas o juicios

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 119.

previos de admisibilidad que se dirigen a corresponder las formas con las decisiones a adoptar.

Son secuencias de un mismo procedimiento que aún no se sustancia pues el debido proceso debe conformarse inicialmente, a riesgo de soportar nulidades posteriores.

En estas etapas previas, el juez determina la habilidad (es decir un ajuste a las reglas de la competencia), la regularidad (procedencia y admisibilidad formal) y el fundamento (ámbito de la idoneidad).

En los dos primeros pasos estudia la aptitud formal para encauzar la demanda; en el restante, atiende la posibilidad de dar una respuesta favorable a la pretensión (en el sentido de darle curso).

El paralelo entre fundamento y sustanciación se estima en la conveniencia de sujetar el objeto del proceso a todo aquello que fuera lícito y permitido, de acuerdo a las reglas positivas erigidas en el artículo 279 del CCCN [...]

“Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

132. ¿Cuántos tipos de demanda se conocen?

De acuerdo con la variedad de peticiones o pretensiones que al juez se le presenten las demandas pueden ser *simples* o *complejas*.

Son *demandas simples* cuando llevan la única finalidad de poner en marcha un proceso; en cambio, son *complejas* cuando, además de conseguir activar el procedimiento, formulan una o más peticiones o pretensiones. Este tipo de demandas, constituye la regla de nuestros ordenamientos adjetivos.

Analizadas intrínsecamente, las demandas complejas trazan diferencias según el objeto que persigan. Va de suyo su emparentamiento con el derecho material (pretensión material) que se pretende obtener, de manera que ellas se clasifican en: a) *demandas de condena a pagar sumas de dinero, a cumplir con una obligación de hacer, o a omitir una actuación predispuesta* (no hacer); b) *demandas declarativas*, dirigidas a satisfacer una pretensión tendiente a esclarecer una situación incierta, o dudosa; a declarar la existencia o inexistencia de una relación jurídica; o de *autenticidad* o *falsedad* de un documento, entre otras posibilidades. Requieren del interés concreto en quien reclama por cuanto la jurisdicción solo tutela derechos subjetivos y no situaciones abstractas; c) *demandas constitutivas*, son aquellas que pueden transformar, modificar o extinguir un acto jurídico determinado a partir de la sentencia que la acoja. Pueden tener, a su vez, efectos inmediatos hacia el futuro (v.gr.: culpabilidad en un accidente de tránsito; titularidad dominial de un bien por prescripción adquisitiva, etc.); o retroactivos (v.gr.: nulidad matrimonial; divorcio; disolución de sociedad, etc., que cobran efectos desde que la demanda se promueve).

Desde otro punto de vista, las demandas pueden dar lugar a *procesos de conocimiento*, en cuyo caso la actividad del juez responde a los tipos destacados *ut supra*; o procesos ejecutivos, que atienden un objetivo único y preciso, cual es el cobro compulsivo de una obligación previamente documentada.

De acuerdo con el número de participantes como sujetos activos o pasivos, las demandas pueden ser *unipersonales* o *pluripersonales* o colectivas.

Si la atención reposa en el objeto procesal (pretensión) las demandas que no se dirijan a perseguir la consagración de su fundamento, se denominan *accesorias*, porque para llegar a la sentencia favorable necesitan remediar situaciones críticas en el camino hacia ella (v.gr.: demanda incidental). En cambio, son demandas *principales*, las otras, a *contrario sensu*.

133. ¿Qué efectos produce la demanda?

La formalización de la demanda produce efectos distintos según se atiendan sus consecuencias procesales o las materiales que provoca.

Cuando la demanda se constituye como escrito de postulación del derecho y muestra la pretensión que se aspira conseguir, dichos efectos pueden analizarse en conjunto. Pero si la introducción a la instancia no va acompañada de la pretensión, es preciso advertir qué repercusiones produce en cada uno de los actos que motivan la continuidad del procedimiento.

133.1 ¿Cuáles son los efectos procesales?

El simple hecho de presentar una demanda provoca las siguientes consecuencias procesales:

1) Queda abierta la instancia, y determina la obligación del juez para proveer las peticiones que se formulan en la pieza escrita.

2) Para el actor, la apertura de la instancia origina el deber de instar la prosecución de las actuaciones, bajo la prevención de caer en perención o caducidad de aquella si incurriera en abandono o negligencia.

3) La competencia del juez queda fijada sin perjuicio de las facultades de excusarse o inhibirse por causas legalmente previstas.

4) Por su parte el accionante admite la radicación ante un magistrado cualquiera, si al tiempo de interponer la demanda y conocer la competencia asignada, no recusa al juez designado.

5) Delimita el objeto del proceso y fija el ámbito de las cuestiones a resolver sobre la base de la congruencia con lo pedido.

6) A su vez, la propuesta ingresada enmarca las defensas que puede argüir el demandado (salvo el caso de reconvencción).

7) La iniciación produce el estado de litispendencia que autoriza igual excepción respecto de una demanda posterior.

133.2 ¿Cuáles son los efectos sustanciales?

A su turno, la deducción de la demanda contrae estas consecuencias materiales:

1) Interrumpe el curso de la prescripción conforme el artículo 2546 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece [...]

“Interrupción por petición judicial. El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable”.

2) Conserva el derecho de acción en los presupuestos que exigen plazos para ejercerlos (v.gr.: dos años en los reclamos provenientes de hechos ilícitos), permitiendo suspender el curso de la caducidad hasta allí operada.

3) Convalida la acción intentada descartando otras que pudieren ser alternativas. Por ejemplo, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato por el cual recibe mercaderías viciadas; o bien, puede ejercer la *quanti minoris* persiguiendo el menor valor de la cosa adquirida. Pero intentada una vía no tiene derecho a optar por otra.

133.3 ¿Qué efectos tiene la notificación de la demanda?

Otro aspecto refiere a las consecuencias que produce la demanda una vez notificada al accionado.

En este sentido, los principales *efectos procesales* son:

1) Consume la actividad procesal evitando retrocesos; pero si fuere intención del actor modificar su decisión inicial carga con responsabilidades procesales. Por ejemplo, notificada la demanda, no puede desistirse de la acción ni del derecho, si no está el demandado de acuerdo. La consecuencia es el pago de las costas producidas por la actuación inoficiosa.

2) Pone fin a los tiempos de transformación, ampliación o modificación del objeto procesal, dando paso a las actitudes del accionado en relación a su defensa.

Respecto a los *efectos sustanciales*, ellos son:

1) Constituye en mora al demandado, originando el curso de los intereses.

2) Desde la fecha en que se produce la notificación de la demanda, el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir. Asimismo, cuando no es posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, debe estarse a la fecha de la notificación de la demanda.

134. ¿Qué documentación se debe acompañar con la demanda?

Los documentos que deben ingresar simultáneamente con la demanda pertenecen a dos grupos bien diferenciados. Unos responden al derecho de postulación, que se relaciona con la capacidad procesal, la legitimación y la personería.

En este sentido, el artículo 46 del Código procesal civil y comercial de la Nación establece que [...]

“La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste. Si se invocare la imposibilidad de presentar el documento, ya otorgado, que justifique la representación y el juez considerare atendibles las razones que se expresen, podrá

acordar un plazo de hasta veinte (20) días para que se acompañe dicho documento, bajo apercibimiento de tener por inexistente la representación invocada. Los padres que comparezcan en representación de sus hijos no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el juez, a petición de parte o de oficio, los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicios que ocasionaren”.

Ahora bien, cabe observar que la falta de presentación de los instrumentos que justifiquen la personería constituye inobservancia de una exigencia formal que no apareja la devolución del escrito, ni por ende la caducidad del derecho que se ha pretendido ejercitar con esa deficiente presentación, mientras no medie una intimación destinada a obtener el cumplimiento de ese recaudo procesal.

De igual manera [...]

“Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de la copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original”. (art. 47, CPCCN).

La circunstancia de obrar en ejercicio de un derecho que no es propio obliga a comparecer justificando la representación invocada, ocasionando la omisión el derecho del demandado para deducir la defensa de falta de personería.

Excepcionalmente y, en general por razones de urgencia, la acreditación del poder se puede realizar posteriormente. Así lo previene el artículo 48 del ordenamiento en cita, aunque conviene aclarar que el beneficio que esta norma acuerda alcanza a los supuestos del mandato conferido que no se pudo presentar en término, como al poder que no llegó a otorgarse, porque lo que se trata de superar es la indefensión en que podría colocarse al litigante en los casos urgentes o perentorios.

Los otros documentos que se incorporan con la demanda son aquellos que fundan o corroboran el derecho a una sentencia favorable; es decir que se trata de la prueba instrumental preconstituida que representa el o los actos constitutivos de la relación que en la demanda se invoca y que motiva el nacimiento del derecho material (v.gr.: contrato, negocio jurídico, testamento, etc.).

La exigencia de simultaneidad con el acto introductorio de la pretensión obedece a razones que menta el principio de moralidad procesal.

En efecto, en tanto la prueba documental resulta comúnmente conocida antes del conflicto y obra en poder de las partes, justo es encontrar en el requisito de acompañamiento con la demanda una exigencia que reposa en elementales razones de lealtad, probidad y buena fe.

De este modo, quien recurre a la jurisdicción debe cumplir estos recaudos documentales: 1º) acompañar toda la instrumental que obre en su poder; 2º) individualizar el lugar donde se encuentra aquella otra que no tiene a su disposición; 3º) si fueren documentos extraviados, tendrá que definirlo expresamente permitiendo que la contraria pueda expedirse sobre el mismo.

Además, toda la documentación que se adune –pertenezca a uno u otro grupo de los descriptos *supra*– deberá acompañarse de manera digitalizada a los fines de su posterior notificación electrónica a la contraparte.

135. ¿A qué se llama transformación o cambio de la demanda?

La demanda en el sistema escriturario tiene un enorme valor expositivo porque además de portar la pretensión deja en claro quiénes son los sujetos que trabarán eventualmente la relación procesal, cuál será el objeto o finalidad perseguida y la causa que la motiva.

Determinadas las cuestiones, cualquier alteración en la demanda incide en el sujeto pasivo, ya sea porque entorpece la preparación de su defensa; porque modifica lo pedido y afecta la resistencia prevista; o porque en la eventualidad de ser los sujetos activos los que cambian, también el interés del demandado puede variar; etcétera.

Por eso, y con el fin de evitar estas dificultades notorias en el ejercicio del derecho de defensa, la transformación de la demanda con libertad se limita hasta el momento en que sea notificada. Antes de ello se puede mudar la pretensión, o la causa de pedir, o las personas contra quienes la demanda se dirige.

En consecuencia, una vez comunicada la pretensión, la demanda no puede alterar ninguno de sus componentes objetivos, sea por modificación de la base fáctica que la sustenta, sea por el objeto inmediato o mediato; sin importar que en el escrito de postulación se haya reservado el derecho de cambio, pues los derechos no se reservan, sino, se ejercitan.

El párrafo primero del artículo 331 del Código Procesal de la nación dice que “El actor podrá modificar la demanda antes de que esta sea notificada”.

Modificar supone, un concepto restringido de transformar, en tanto el último permitiría, además, el cambio. Es decir, no hay modificación cuando la demanda se altera totalmente en sus elementos, porque eso es un cambio de aquella. Por su parte, la transformación puede ser *cuantitativa* (ampliación o reducción del monto reclamado) o *cualitativa* (cuando incide en el objeto o causa de pedir).

La diferencia es importante, porque respetando la preceptiva procesal, tanto como los principios generales del proceso como el de eventualidad, preclusión y consumación de los actos, presentada una demanda el único vínculo que nace inmediatamente es con el juez, quien asume el deber de proveimiento. Pero como la instancia (de instar) responde al interés de la parte –por vía de principio–, hasta que notifica la demanda puede transformar o cambiar sus propósitos. Es una decisión voluntaria que no tiene consecuencias procesales que graviten en relación al demandado.

Sin embargo, una corriente doctrinaria entiende que solo existe transformación cuando por un acto unitario se alteran algunos de los elementos objetivos de la pretensión; no lo habría, por el contrario, cuando la variable afecta a los sujetos o personas, porque en este caso la voluntad asumida toma forma en el desistimiento de una pretensión para formularla en otra distinta⁹⁹.

136. ¿Cuándo se puede modificar una demanda?

⁹⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Porto, Santiago de Compostela, 1949, p. 74.

En el curso del proceso pueden ocurrir modificaciones en las circunstancias que dieron vida a la demanda. Al gravitar esos cambios en el interés de las partes y al variar con ellos algunos elementos que identifican la pretensión, debemos observar qué influencia tienen en la demanda.

Ya no referimos a las modificaciones que preceden la notificación de la demanda, sino a las alteraciones que acontecen a *posteriori*.

Con relación a los sujetos puede obedecer al fenómeno de simple *sucesión* de la parte (transmitiendo los derechos al sucesor) o por la *ampliación* del elemento subjetivo del objeto. El primero no es un supuesto de transformación porque no repercute en la pretensión, en cambio puede serlo en el restante.

La muerte de una de las partes obliga a sus herederos a continuar el proceso bajo apercibimiento de proseguirlo en ausencia y con los efectos de la rebeldía.

En lo inmediato produce la suspensión de la relación procesal, pero no su extinción, toda vez que el heredero no solo sucede en los bienes y deudas del causante, sino que continúa su persona (art. 2280, Código Civil y Comercial de la Nación) y aunque hay un cambio físico, en realidad hay unidad jurídica, de manera que no puede decirse que la relación procesal haya sido alterada. En consecuencia, reintegrada la relación procesal con la intervención de los herederos, al ocupar estos el mismo lugar que el causante, los actos por ellos cumplidos quedan firmes y tendrá en adelante las mismas facultades y deberes que a aquel le correspondían.

La *sustitución* de parte trae como consecuencia para quien se presenta, asumir adhesivamente la misma posición que tenía el litigante primitivo. Pero es preciso recordar que, en principio, es ineficaz la cesión de derechos litigiosos, sin la conformidad de la contraria, ya que trabada la relación jurídica procesal, ningún contradictor puede desprenderse de su calidad de parte sustituyendo contractualmente en otra persona su carácter procesal.

La *modificación* del objeto se vincula con la “cosa demandada”, circunstancia que obliga a ponderar el *thema decidendum* inicial para evitar la manipulación inadecuada de la alteración, ante el riesgo de vulnerar el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

Es un supuesto distinto de la ampliación de la demanda, que enseguida veremos, porque se trata de proteger el adecuado equilibrio entre la pretensión y la resistencia, y entre dichos controvertidos y razonabilidad de la sentencia.

Por ejemplo, si el demandante pretende, luego de trabada la litis en el juicio de consignación, dar en pago arrendamientos que pertenecen a períodos anteriores a la fecha de incoar la demanda, tal actitud no traduce una “ampliación” de esta, sino una indudable modificación que importa variar la *causa petendi*; lo que se hace más evidente si se tiene en cuenta que la contraparte fundamenta el pedido de rechazo de la acción en la falta de pago con el requisito de integralidad del mismo.

Con la modificación de la *causa petendi* se distingue en que, mientras en el caso anterior el objeto se mantiene pero varía el petitorio, en esta ocasión cambia el hecho constitutivo que califica la pretensión y el encuadre con la relación jurídica que se invoca.

La regla sería que no pueden agregarse nuevos hechos, relativos a la misma actuación jurídica, pero no otros que suponen la modificación de la demanda.

Los demás supuestos de modificación se dan con la corrección de errores materiales, sin que tenga para ello obstáculos el actor que aún no notificó su demanda. Él podrá introducir enmiendas o aclaraciones en el error incurrido en esas condiciones.

Se añade que esta modalidad no es posible una vez comunicada la acción, pero ello debe entenderse como aplicable cuando lo alterado en la demanda incoada pueda resentir las posibilidades de defensa y contestación a la demanda; mas no, en tanto se indique su disposición para resguardar un aspecto formal, o un probable perjuicio, cuando del análisis del caso no resulte derecho que se resienta ni lesión que se produzca.

Por ejemplo, es viable enmendar la petición, aunque se haya notificado la demanda, cuando el acto se dirige a subsanar un error material con el objeto de que el juicio prosiga contra quien resulta verdadero legitimado.

137. ¿Qué significa ampliar la demanda?

El Código procesal civil y comercial de la Nación establece la posibilidad de ampliar la demanda, cuando la cuantía peticionada debe incrementarse por el vencimiento sucesivo de nuevos plazos o cuotas de la misma obligación (art. 331). El tramo final de la norma dispone que pueda ampliarse, también con la aparición de hechos nuevos.

En el primer caso nos encontramos con una apertura cuantitativa que modifica el monto peticionado. En el restante, la variación está en los hechos que califican la pretensión.

La transformación de la demanda por ampliación puede darse en los siguientes casos:

a) Con la *acumulación inicial de pretensiones*, en las características que se explicaron en el capítulo IV.

b) Ampliando la cuantía o reduciendo el monto pedido inicialmente (*transformación cuantitativa*), sin que ello signifique ir contra el principio de preclusión y consumación de los actos procesales, dado que no influye en el derecho de fondo que cada litigante sustenta en su posición jurídica.

c) Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvenición ocurriese o llegare a conocimiento de las partes algún hecho que tenga relación con la cuestión que ventila el proceso en trámite, pueden alegarlo “hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse” (art. 365, código procesal civil y comercial de la Nación).

Alegar un *hecho nuevo* significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. De allí que el hecho o hechos nuevos invocados en la alzada (al fundar el recurso de apelación), aparte de que deben relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducentes, en ningún caso puede causar el cambio de la pretensión, o dar pie para formar otra distinta, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación.

138. ¿Qué son hechos nuevos?

Excepcionalmente pueden ingresar a la causa hechos nuevos, siempre que ellos reúnan las condiciones necesarias para integrar la litis aportando un elemento más en la conducción hacia la verdad.

Esta incorporación, según reza el artículo 365 del Código Procesal de la Nación, se podrá alegar “hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el artículo 360...”, y si fuesen posteriores dentro del quinto día de ponerse las actuaciones a efectos de expresar agravios contra la sentencia impugnada (arg. art. 260, inc. 5° ap. a) del orden ritual en cita).

Además, el hecho nuevo debe vincularse estrechamente con los términos en que el proceso se ha planteado; de otro modo, se alteraría la congruencia del debate ya planteado.

Por ello, en el escrito donde se denuncia el hecho nuevo, han de mencionarse circunstanciadamente las características fácticas que establecen su nexo con las situaciones que discute el proceso.

Empero, se ha observado que es posible introducir como hechos nuevos, hechos simples o motivos que interesan a la litis, “en tanto puedan servir para probar o contradecir la “afirmación de la existencia de la relación jurídica”, el “hecho particular que en el ámbito de dicha relación jurídica hace nacer el derecho particular hecho valer”, o “la afirmación de la existencia del hecho del que nace el interés en obrar”¹⁰⁰.

Deducida la novedad fáctica, debe darse traslado a la otra parte, quien podrá o no cuestionar la admisibilidad de la invocación.

139. ¿Se puede demandar y contestar en conjunto?

A través de la demanda y contestación conjuntas se persigue simplificar el trámite de emplazamiento y comunicación propiciando un mecanismo, comúnmente llamado demanda bilateral, por el cual actor y accionado, de mutuo acuerdo, presentan simultáneamente al juez la pretensión y su resistencia, ofreciendo toda la prueba en ese acto.

Este régimen especial (en realidad de escasa utilidad en la práctica aun cuando se reconocen sus bondades por la concentración y rapidez de los procedimientos) cuenta con numerosos antecedentes en proyectos procesales reformadores como los de Jofré y Lascano; en el código italiano de 1940 (art. 415 – Proposición bilateral de la demanda) y fue incorporado en nuestra legislación adjetiva por la ley 17.454 que en su exposición de motivos explicaba [...]

“Sin perjuicio de reproducir, en lo esencial, las disposiciones del código vigente en cuanto a la forma de la demanda y a la agregación de la prueba instrumental, se ha previsto la posibilidad de que el demandante y el demandado, de común acuerdo, presenten la demanda y su contestación conjuntamente, en un solo escrito, ofreciendo al mismo tiempo toda la prueba. La ventaja de este sistema consiste en que el trámite resulta visiblemente simplificado en la medida en que se suprimen traslados, notificaciones y otras providencias y se otorga carácter preferencial a la fijación de las audiencias de prueba. Solo quedan excluidas de este régimen las acciones fundadas en el derecho de familia (art. 336)”.

¹⁰⁰ KIELMANOVICH, Jorge L., *Hechos nuevos (a propósito del art. 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*, La Ley, 1987-D, 878.

El artículo 336 dice que [...]

“El demandante y el demandado, de común acuerdo, podrán presentar al juez la demanda y contestación en la forma prevista en los artículos 330 y 356, ofreciendo la prueba en el mismo escrito.

El juez, sin otro trámite, dictará la providencia de autos si la causa fuere de puro derecho. Si hubiese hechos controvertidos, recibirá la causa a prueba y fijará la audiencia preliminar prevista en el artículo 360”.

Bajo este régimen se constata su procedencia solamente en procesos controvertidos, no se amparan presentaciones que no sean de tal carácter.

CAPÍTULO XIV

INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO

140. ¿Quién es tercero?

Todo el sistema procesal está pensado como un conflicto entre dos partes. Por eso, la intervención de terceros, con derechos propios, diferentes al de los que litigan, ha sido un problema frecuente de soluciones distintas y contradictorias.

Si el proceso se concibe como una lucha entre partes, es evidente que la incorporación de un tercero no se puede dar, en la concepción que concibe la teoría clásica, porque si tiene intereses diferentes, no tiene nada que hacer allí; si, en cambio, posee pretensiones coincidentes con una de las partes, viene a ayudarla, pudiendo así quebrar la regla de la igualdad.

En sentido técnico, aplicado por tanto únicamente al proceso jurisdiccional, se es tercero mientras no se tenga la calidad de parte, pues una vez adquirida, la condición para actuar se confunde con los supuestos de litisconsorcio.

Vale decir, se pierde la condición de tercero para ser “parte” adherente a uno de los litigantes.

Por cierto cabe destacar que la presencia del tercero en el proceso civil, solo resulta doctrinariamente posible a partir de la llamada, *noción negativa de la condición de parte*, es decir, resulta tercero quien no posee la investidura de parte, en razón de no ser demandante ni demandado.

Se observa así que la noción más aproximada del concepto de tercero, solo se logra residualmente o por reducción del concepto de parte, esto es, aquella persona que sin ser parte, interviene en el proceso en defensa de un interés que le es personal y distinto del de aquellas.

La intervención de terceros en el proceso civil aparece configurada desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, como una contingencia susceptible de dar nacimiento al llamado proceso con partes múltiples, pudiendo debatirse en él, una pretensión única, o concurriendo una pluralidad de objetos (acumulación de pretensiones).

La actuación del interviniente puede ser ordinaria o extraordinaria, según el grado de legitimación que posea el tercero, y de acuerdo al momento en el que opere, la de sobreviniente.

También, la intervención del tercero puede tipificarse en el ámbito de la acumulación subjetiva de pretensiones, por inserción, dando origen al proceso con *pluralidad de partes y pluralidad de objeto*.

141. ¿Cómo acude el tercero al proceso?

La intervención del tercero puede ser: *voluntaria* o *forzada*, de acuerdo con el interés que ostente quien se encuentra fuera del proceso.

Estos intereses, a su vez, pueden darse bajo las siguientes modalidades:

a) Tercero afectado por la sentencia dictada entre partes, que si bien no lo alcanza *de iure*, sí lo es *de facto*, por perjudicarlo indirectamente (v.gr.: condena a pagar una suma de dinero que puede tornar insolvente a quien resulta deudor del tercero).

b) Tercero que acredita un interés semejante al de una de las partes en el litigio y por el cual puede encontrarse alcanzado a través de los efectos de la cosa juzgada (v.gr.: intervención adhesiva o litisconsorcial).

c) El interés de quien alega titularidad en la misma relación jurídica material que el juicio ventila entre partes, de forma que la sentencia, obviamente, lo alcanza (v.gr.: intervención forzosa o provocada).

d) Tercero que tiene intereses contrapuestos con el de las partes, de modo que ostenta un derecho independiente al debatido pero con fuerza bastante para incorporarse al proceso (v.gr.: intervención excluyente).

De estas situaciones particularizadas interesa observar la dinámica de la intervención voluntaria, pues en ella el interés que habilita la legitimación para actuar es independiente de la que acreditan ya las partes procesales.

En cambio, dice Montero Aroca [...]

“Cuando la intervención de un tercero en un proceso pendiente tiene su origen, no en la decisión del tercero que invoca una legitimación, sino en la llamada de una de las partes (intervención a instancia de parte) o del juez (intervención por orden del juez), no cabe plantearse realmente en qué medida esta aquel legitimado. Los supuestos de la intervención provocada excluyen, por principio, la alegación por el tercero de un interés que le legitime para intervenir y, por lo mismo, no son objeto de nuestra investigación actual”¹⁰¹.

De igual manera, entre nosotros, debe excluirse el tratamiento de la intervención principal o excluyente, pues el legislador argentino no ha contemplado la figura y, jurisprudencialmente, recibe permanente contrariedad.

El funcionamiento de ella puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la celeridad que del proceso se espera y, en buena parte de las ocasiones que esta intervención principal se denuncia, se utiliza el instituto de la acumulación de procesos.

El Código se ocupa de la legitimación del tercero a través de las dos modalidades que reconoce: la *intervención litisconsorcial* (art. 90, inc. 2º) y la *intervención adhesiva simple* (art. 90, inc. 1º).

La *intervención obligada* prevista en el artículo 94 descarta un supuesto de legitimación invocada por el tercero, toda vez que acude al proceso citado por quienes son partes en el mismo.

141.1 ¿Cuándo la intervención es voluntaria?

Se denomina intervención voluntaria a la incorporación al proceso de cualquier interesado, que acredite que la sentencia que entre las partes se dicte, lo puede afectar de manera directa.

¹⁰¹ MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, op. cit., p. 76.

La petición se efectúa en un proceso en trámite, y subordina el principio dispositivo según el cual el actor es dueño de la potestad de traer al proceso a quienes interpreta que la demanda corresponde.

El problema se puede analizar, también, desde la perspectiva de la *integración de la litis*, de forma tal que se eviten nulidades eventuales por no estar en el proceso, todas las partes que deberían serlo.

La intervención voluntaria de terceros en el juicio puede tener lugar cualquiera fuera la etapa o instancia en que este se encuentre. Se exige que la respectiva petición que se somete cumpla los requisitos de la demanda, pero solo “en lo pertinente” (art. 92, CPCCN), esto es, en cuanto sea acorde con el grado de adelanto del trámite al tiempo de recabarse la participación por el tercero.

Es que “En ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso” (art. 93, CPCCN).

El tercero que reviste el carácter de parte accesoria debe subordinar su actuación al de la parte principal y, por ello, entre otras cuestiones, no puede recusar sin causa.

La intervención voluntaria se puede dar en los casos de cesión de derechos litigiosos, donde corresponde tener al cesionario como parte; y si ello ocurrió durante la tramitación del proceso podrá intervenir en la calidad de sustituto de parte (art. 44, CPCCN).

El artículo 90 del código ritual de la nación, determina que la incorporación en calidad de tercero se halla supeditada a quien acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio y a quien según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio.

Asimismo, se distinguen dos tipos de intervención voluntaria: la *principal*, o *excluyente*, y la *adhesiva*. Esta última a su vez, suele subclasificarse en *intervención adhesiva simple* o *dependiente* e *intervención adhesiva litisconsorcial* o *autónoma*.

141.2 ¿Cuándo la intervención es principal o excluyente?

Este tipo de intervención tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo. Un claro ejemplo de este supuesto, sería el caso del actor que reclama ser titular de un automotor al demandado y se presenta el tercero alegando ser su verdadero propietario.

Debe señalarse sin embargo, que este tipo de intervención no ha sido reglamentada en el código. En la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto luego convertido en ley 17.454, se expresa al respecto [...]

“Hemos creído conveniente no contemplar la intervención excluyente, por cuanto su funcionamiento puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la mayor celeridad que se persigue imprimir al proceso. Por lo demás, pensamos, que gran parte de los problemas a que da lugar ese tipo de intervención pueden ser obviados mediante la acumulación de procesos, institución que el Proyecto reglamenta con toda minuciosidad”

142. ¿Qué es la intervención adhesiva simple?

Esta clase de intervención, también denominada *coadyuvante*, se verifica cuando un tercero, en razón de tener un interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias, participa en el proceso con el objeto de coadyuvar al éxito de la pretensión o de la oposición.

El tercero no interviene para hacer valer un derecho suyo en posición autónoma, sino simplemente para sostener las razones de alguna de las partes contra la otra, es decir, combate por el derecho ajeno.

Sería el caso de un juicio que se sustancie entre un acreedor y el deudor de una obligación, en ese caso el fiador también puede intervenir como tercero adhesivo simple del deudor, toda vez que tendrá interés suficiente en que la causa principal se decida en sentido favorable a la parte ayudada.

La admisibilidad de la intervención de tercero coadyuvante autónomo depende de la aquiescencia de los litigantes originarios, en especial, de la parte contraria a aquella con la que pretende coadyuvar, pues no media un litisconsorcio pasivo necesario sino meramente voluntario.

El tercero coadyuvante autónomo que ha ingresado a un juicio en trámite para socorrer a una parte puede proponer pruebas o defensas distintas o contrapuestas a las de la parte con la que coadyuva pero no puede reconvenir, pues, a diferencia del tercero principal o excluyente, no ejercita una pretensión propia.

143. ¿Qué es la intervención adhesiva litisconsorcial?

El artículo 90 inciso 2º, del rito, define al tercero adhesivo litisconsorcial como aquel que “según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio”.

Es preciso señalar, en primer lugar, que la norma transcripta fue dictada en virtud de la clara influencia que ejerciera la legislación y doctrina italiana. En efecto, se consideraba que debe tenerse en cuenta “la diferencia que existe entre el tercero que apoya el derecho de otro, porque no tiene un derecho propio que hacer valer y el tercero que lo apoya, en cambio, porque tiene un derecho propio cuyas razones coinciden con las del derecho ajeno”¹⁰².

En este supuesto, el tercero se incorpora al proceso en trámite a los fines de hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad (actora o demandada) asumida por la otra u otras.

Un ejemplo sería el caso de una persona que se ve afectada por las disposiciones de un testamento y pide su nulidad, no obstante, otros afectados pueden intervenir en la causa para hacer valer sus derechos, contra el mismo demandado –beneficiario en su caso—. Aquí existe un supuesto de intervención litisconsorcial, en que la demanda del interviniente es conexas, por identidad del objeto, con la inicialmente opuesta por el otro afectado.

Pero, en otros supuestos, no se puede traer al proceso si existen limitaciones en las vías procesales. Así la Corte interpreta que la amenaza ilegal contra un derecho constitucional, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que lo pusiera en peligro efectivo e inminente. Por consiguiente, el amparo deducido por la

¹⁰² CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, trad. de la 5ª edición por **Sentís Melendo**, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1959, pp. 179-180.

Asociación Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el decreto 702/95 (Adla, LVI-A, 75), a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del artículo 90 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado –el cese de la intervención– sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida (CS, 1998/05/07, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, La Ley, 1998-C, 602).

144. ¿Cuándo el tercero debe intervenir en el proceso obligatoriamente?

Este tipo de intervención se llama “obligada”, ya sea porque sucede a petición de alguna de las partes originarias, o lo dispone el juez de oficio, a los efectos de que participe en el proceso en trámite y de esta forma la sentencia a dictarse en él pueda serle eventualmente opuesta.

El artículo 94, se refiere al supuesto de citación de tercero a instancia de parte. En tanto la citación de oficio que funciona concurrentemente con el pedido que pueden formular las partes originarias, solo procede en el supuesto de que “la sentencia no pudiese pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes” (art. 89), es decir, cuando el tercero que no demandó o no fue demandado conjuntamente con aquellas, reviste el carácter de un litisconsorte necesario.

De forma tal que el tercero, según haya sido citado por las partes o de oficio por el juez, debe comparecer a la causa, de lo contrario, podría ser afectado por los efectos de la sentencia.

Existen, asimismo, distintos tipos de intervención coactiva del tercero:

- 1) La citación del sujeto pasivo de una eventual pretensión regresiva o del colegitimado,
- 2) la citación del legitimado para intervenir y
- 3) la citación del tercero pretendiente
- 4) la citación en garantía.

144.1 Citación del tercero pasible de una acción de regreso

Esta primera situación consiste en poner en conocimiento de un tercero, eventual sujeto pasivo de una posterior acción de regreso, la existencia de la causa, para que tome intervención en la misma.

Cuando la relación o situación jurídica sobre la que versa el proceso, guarda conexión con otra relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera tal que aquel podría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o el demandado, la intervención coactiva resulta procedente.

Y, específicamente en el cuadrante del demandado, cuando este, en caso de ser vencido, se halle habilitado para intentar una pretensión de regreso (CNCiv. Sala G, 1998/07/02, La Ley, 1999-B, 799).

Se configuraría ello, cuando el dueño de la cosa que provocó el daño pide la citación del que la utilizaba incorrectamente en ese momento, ya que posteriormente efectuará una acción de repetición contra este por lo que hubiere pagado al damnificado.

Este tipo de intervención solo tiende a evitar que, en un nuevo juicio que entable contra el demandado vencido, este último pueda aducir la excepción de negligente defensa.

El fundamento de la conveniencia de integrar la litis con el tercero citado coactivamente, no solo descansa en la existencia de una acción de regreso contra él, sino también en muchos otros supuestos, como cuando la relación jurídica hecha valer en el juicio es común con un tercero y en consecuencia la sentencia le sea oponible en la medida que vincule a las partes mediante los efectos de la cosa juzgada. La solución contraria resultaría un dispendio de actividad jurisdiccional, al diferir para un segundo juicio el eventual tratamiento de la responsabilidad del tercero (Del voto en disidencia del doctor Vázquez) (CS, 1997/05/19, “Incone S. A. c. Ortega, Raquel, L.”, La Ley, 1997-F, 72).

También se ha dicho que la intervención obligada del tercero procede si el requirente, en caso de ser vencido, tiene la posibilidad de intentar una acción de regreso o si la situación jurídica sobre la que versa el proceso guarda conexión con la relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de modo tal que el tercero podría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o demandado (CNCom., Sala A, 1997/02/13, “Lorenzo, Enrique J. c. Ruani, Romildo L. y otro”, La Ley, 1997-C, 968 (39.557-S)).

Asimismo, se ha dicho que si un tercero fue citado al proceso en los términos de la intervención obligada del artículo 94 del Código Procesal, no puede recaer condena sobre él, sino que el proceso en el que intervino constituye un antecedente favorable a la fundabilidad de la acción de regreso (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 1999/02/11, “L., H. R. c. Estado nacional”, La Ley, 1999-E, 419, con nota de Fernando Alfredo Sagarna).

144.2 Citación del legitimado (Nominatio auctoris).

Se verifica cuando interpuesta una pretensión real contra quien tiene temporariamente la posesión de una cosa, este pone tal hecho en conocimiento del poseedor mediato.

De esta forma, el demandado aparece negando su propia legitimación para contradecir, en virtud de una relación contractual que lo une con un tercero, indicando al actor que es este quien está legitimado para actuar y contra el cual deberá dirigirse la acción, produciéndose a su vez su propia extromisión y liberándolo de la carga de continuar el proceso.

De manera, que el demandado que carece de legitimación procesal para intervenir en el proceso, realiza las diligencias pertinentes para colocar al actor en condiciones de proseguir su pretensión frente al verdadero legitimado para actuar.

En síntesis, la sentencia que se pronuncia durante un proceso que cuenta con la participación de terceros, no ha de afectar con igual extensión e intensidad a todos y cualesquiera de dichos terceros, sino que las circunstancias de cada causa determinarán los alcances de tal afectación, no siempre igual en todos los casos, ya que no es lo mismo convocar a un tercero que tenga igual título para la intervención principal, que traerlo a través de la denuncia de litis, llamarlo en garantía, convocarlo en calidad de tercero pretendiente a través de la *nominatio auctoris*.

144.3 Citación del tercero pretendiente

Tiene lugar este tipo de intervención en el supuesto de que, denunciada la existencia de un tercero que haya afirmado, o a quien se atribuya la titularidad del derecho sobre la cosa litigiosa, se dispone la citación de ese tercero al proceso pendiente con el objeto de que haga valer su pretensión.

Es decir, que cuando se encuentra controvertido a quien le corresponde el derecho al cobro de una suma de dinero, el obligado, demandado en juicio por el actor, tiene interés en que se declare la certeza antes de pagar y de esta forma puede llamar a la causa al otro pretendiente a los efectos de que el juez decida la controversia entre ellos.

Dicha citación debe limitarse a poner en conocimiento del tercero el pedido de intervención formulado por las partes a fin de que, si así lo desea, haga valer en el proceso los derechos que estime corresponderle.

144.4 La citación en garantía

Se trata de procesos donde se puede requerir la integración con el tercero que garantiza la obligación.

La citación en garantía de la aseguradora, prevista por el artículo 118 de la ley 17.418, se encuadra como acción directa no autónoma. La acreditación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto del éxito de la pretensión contra la aseguradora, razón por la cual el desistimiento de la acción contra el primero, impide el progreso de la que se intenta contra la segunda. (CNCiv., Sala C, 1996/04/23, “Gutkind, Raquel E. c. Song Jae Hyuk”, La Ley, 1998-C, 972, J. Agrup., caso 12.804).

Sin embargo, esta intervención coactiva, admite oposiciones. Por eso, la resistencia –en virtud del artículo 118 de la ley 17.418– de la aseguradora a la citación en garantía requerida por el asegurado, no puede ser asimilada a la excepción de falta de legitimación contemplada en el artículo 347, inciso 3º del Código Procesal, en razón de que la aseguradora es ajena a la relación jurídica sustancial planteada entre el actor y el demandado (CNCiv., Sala D, 1998/05/14, “Wedling, Arnaldo V. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, La Ley, 1999-B, 855, J. Agrup., caso 13.720).

Toda vez que la citación de tercero fue solicitada por la parte demandada, con consentimiento de la parte actora a la que se le rechazó la acción, y ante la falta de reserva de la citada en garantía al contestar el traslado de la citación de aquel, corresponde que las costas del juicio las soporte la accionante perdedora y se haga extensiva dicha condena a quien pidió la intervención y a su aseguradora (CNCiv., Sala J, 1999/02/19, “Szekely, Ricardo V. y otros c. Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S. A.”, La Ley, 1999-C, 799, J. Agrup., caso 13.983).

145. ¿Cómo alcanza a los terceros la sentencia?

La sentencia dictada en los autos principales afectará a los terceros como a quienes son partes originarias en el proceso.

Esta disposición del código (art. 96, CPCCN) ha generado interpretaciones distintas. Un sector de la doctrina indica que hay que distinguir, a los fines de establecer el alcance de la condena, si el tercero que concurre el proceso llega por citación de la parte actora o del demandado.

Si fuera el demandante quien lo emplaza, no hay dudas de que la decisión lo alcanza con la extensión que adquiere al convertirse en parte.

Mientras que, si el comparecimiento proviene por el pedido del demandado al que no adhiere el actor, la sentencia no lo puede afectar, toda vez que el actor no ha hecho extensiva la demanda; y si al tercero se le aplica el efecto del artículo 96 se alteraría el principio de congruencia según el cual no se puede dictar sentencia más allá de lo pedido.

Cuando se trata de citación directa, el emplazamiento en los términos de los arts. 94 a 96 del Código Procesal supone convertir en una verdadera parte al tercero citado.

La intervención de la aseguradora citada en garantía constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario pues el tercero está coactivamente obligado mientras esta intervención es de carácter accesoria; solo puede hacerse en el juicio contra quien será civilmente responsable y conforme con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En este caso no hay dudas que la sentencia dictada lo alcanza plenamente.

Cuando se trata de supuestos de intervención simple, se argumenta que el tercero convocado a juicio a pedido del demandado en los términos del artículo 94 del Código Procesal no puede ser objeto de condena, pese a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 96 del mismo cuerpo legal (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1999/12/16, “Avellaneda Coop. de seguros Ltda. c. Capitán y/o Arm. y/o Prop. Buque Prosperity”, La Ley, 2000-C, 901 (42.655-S) - DJ, 2000-2-222).

En consecuencia, la participación del tercero en el juicio estaría limitada a su interés, sin que pueda extenderse fuera de lo que afecta a su derecho.

La Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, ha resuelto que *no es factible dictar condena contra el tercero obligado, que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con este un litisconsorcio pasivo facultativo* (1992/03/04, “Balebona, Manuel c. Storzi, Daniel”, DJ, 1992-1, 961).

No obstante, la Corte en votos disidentes ha dicho que, el tercero citado a juicio en los términos de los arts. 94 y 96 del Código Procesal deben ser admitidos como parte demandada si contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y solicitando su rechazo. Por tanto, en la medida del alcance de su responsabilidad, corresponde incluirlo en la sentencia, que deberá afectarlo como a los litigantes principales (Del voto del doctor Vázquez) (CS, 1996/08/20, “Barrio Juniors S. R. L. c. Marich, Santiago”, La Ley, 1997-C, 502).

Los tribunales inferiores sostienen que la regla por la cual la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales no significa que pueda hacerse recaer el pronunciamiento condenatorio sobre aquel, sino que el mismo puede constituir un

antecedente favorable para la fundabilidad de la pretensión de regreso que el demandado pueda interponer frente al tercero (CNCom., Sala B, 1999/09/13, “Trans Cereal S. R. L. c. Sogemet S. A. y otro”, La Ley, 2000-E, 601, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas - DJ, 2000-3-697).

Guiándonos por los principios procesales aplicables a todo tipo de procesos, la demanda se dirige contra quienes el actor menciona en el escrito constitutivo y persigue alcanzar y comprometer con sus pretensiones. Por su parte, el demandado resiste a la pretensión, es decir, no tiene una demanda propiamente dicha contra el actor; solo se defiende.

En consecuencia, la *litiscontestatio* supone el enfrentamiento entre partes conocidas y libremente dispuestas por quienes son “justas partes”; mientras que la incorporación de terceros, es un fenómeno extraño pero necesario para la regularidad de la instancia y el derecho a obtener una sentencia útil y efectiva.

Por ello, la expresión del artículo 96, huidiza e imprecisa, que supone hacer extensiva la sentencia a los terceros como si fueran los litigantes principales, debiera interpretarse de acuerdo con las modalidades del comparecimiento.

Si es parte, con iguales facultades que el actor, y sin sujeción alguna respecto a este, es obvio que la decisión lo afecta como a los demás.

Si es un tercero adhesivo simple, la sentencia no lo puede alcanzar, porque la decisión tiene a su respecto efectos declarativos.

En este sentido se afirma que, resulta improcedente extender la condena al tercero citado obligadamente a solicitud de la parte demandada, en los términos del artículo 94 del Código Procesal, pues la regla según la cual la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales, no importa que la condena se haga extensiva o que pueda ejecutarse contra este, sino que, en caso de ser condenatoria, configura un antecedente favorable a la pretensión de regreso que se interponga frente al citado (conf. art. 96, Código Procesal) (CNCom., Sala E, 1999/08/24, “F., N.O. y otro c. Transportes Aut. Chevalier S. A. y otro; I. de M. S., B. R. c. Transportes Aut. Chevalier S. A. y otro; C., C. I. y otro c. Nothen, E. C. y otros: Belgrano Coop. de seguros Ltda. c. Peralta, Héctor.”, La Ley, 2000-E, 886 (43.018-S) - DJ, 2000-3-860).

Si el tercero resulta emplazado por el demandado y el actor no adhiere a la citación, la concurrencia de aquel al proceso significará asumir la posición que le corresponda como parte, pero la sentencia tendrá sobre él efectos declarativos y no constitutivos.

Empero afirma que, si el tercero citado por medio de una decisión del juez –en el caso, por el demandado– comparece a juicio, contesta demanda, ofrece y produce prueba debe ser admitido como parte en el proceso, siempre que se resguarde debidamente el derecho de defensa en juicio y, en la medida del alcance de su responsabilidad incluido en la sentencia, la cual debe afectarlo como a los litigantes principales, de conformidad con lo establecido por el artículo 96 del Código Procesal. De tal forma, se evita un dispendio jurisdiccional innecesario y la reiteración de pleitos (del voto del doctor Vázquez) (CS, 1998/04/16, “Gandolfi de Vanetta, Mercedes c. Dirección Nac. de Vialidad”, La Ley, 1999-F, 761 (42.101-S) - ED, 182-116).

El párrafo final del artículo es un agregado de la ley 25.488. En él se deja en claro que la discusión antes expuesta se resuelve en favor de la ejecución de la sentencia contra el tercero, siempre que sus posibilidades de alegato y prueba no se encuentren

disminuidos en el proceso donde interviene, o se trate de cuestiones donde él no pudiera argumentar y obtener una sentencia exclusiva pues le estaría vedado por la materia de debate y decisión donde interviene.

La reforma introduce la ejecución directa contra el tercero, evitando lo dicho respecto a que tenga la sentencia efectos declarativos que obligan a sustanciar otro procedimiento persecutorio de condena.

Indica Falcón su preocupación con la redacción acordada, pues la expresión del artículo de que el tercero manifieste las defensas o derechos que no pudieren ser materia de debate y decisión en el pleito, no siempre podrá realizarse en su presentación, pues queda un vacío respecto de la actividad que se le permite al tercero en el proceso. Si se le permite una actividad plena no habrá problema en la aplicación del artículo, y entonces las defensas o derechos que no se puedan articular surgirán claros desde el inicio, pero si la parte restringe al tercero la actividad no pudiendo probar lo que la parte que lo citó pruebe, se lo estará limitando en el derecho de defensa y violando el artículo 18 de la Constitución Nacional. Una medida de buen gobierno es que cuando el juez cite al tercero determine el ámbito y carácter de su intervención¹⁰³.

146. ¿Qué son las tercerías?

La continuidad lineal del proceso ordinario tiene en las tercerías un desvío necesario que resuelve el problema que un tercero presenta estando absolutamente distante de la relación jurídica material que entre las partes se suscita.

Las formas conocidas que motivan las pretensiones de tercería son las llamadas *de dominio* y de *mejor derecho*, según se funden en el dominio de los bienes embargados, o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97, CPCCN), respectivamente.

De inmediato se advierte que, en ambos casos, se abre un proceso distinto, independiente o incidental, donde la legitimación procesal de quien propicia la formación de la nueva causa, debe acreditarse por el interés y el derecho para hacerlo.

La demanda de tercería queda sujeta a un requisito extrínseco de admisibilidad consistente en la acreditación de la “verosimilitud del derecho en que se funda” y más exactamente, de admisibilidad de la pretensión, que no debe confundirse con el de fundabilidad de la misma: el primero, alude a una suerte de *fumus bonis juris* del derecho que asiste al peticionante –como ocurre respecto de las medidas cautelares–, en tanto el segundo, supone la existencia plena y efectiva del derecho en cabeza de quien promueve la tercería.

Este requisito de admisión lleva a que el juzgador formule un juicio de verosimilitud, es decir, un raciocinio fundado sobre ciertas normas que razonablemente acompañan la pretensión, la sustenta y le confieren a su vez una razonable apariencia de verdad.

146.1 ¿Cuándo es una tercería de mejor derecho?

¹⁰³ FALCÓN, Enrique M., *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 88-89.

La tercería de mejor derecho tiene por objeto reclamar el pago de un crédito con preferencia al del ejecutante o actor, preferencia que puede resultar en primer término de la existencia de un privilegio especial, de un embargo, en cuanto este determina la prelación para el pago (CNCiv., Sala I, 1992/02/08, “Yomal, Eduardo c/ Baccari, Alfredo”, La Ley 2000-E, 30).

Mediante la tercería de mejor derecho se deduce una pretensión por medio de la cual el tercero acciona para que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia, con el producido de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida.

La preferencia puede resultar de un privilegio especial o de un embargo, en cuanto este determina una prelación de pago con el producido de la subasta respecto de otro acreedor embargante.

En esta tercería, el accionante debe acreditar, *prima facie*, el crédito que invoca, su titularidad, su monto y la existencia de un privilegio especial instituido a su favor.

Con estos recaudos cubiertos, la legitimación para obrar será acordada, y por consiguiente, podrá formular la demanda contra quienes son partes principales del proceso donde sucede la afectación de sus intereses.

146.2 ¿Cuándo una tercería es de dominio?

Mediante la tercería de dominio se deduce una pretensión por medio de la cual el tercero acciona, en un proceso en trámite, contra actor y demandado con el fin de obtener el levantamiento de un embargo trabado sobre bienes de su propiedad.

En la tercería de dominio la pretensión del tercero no interfiere con la interpuesta por el actor originario, y viene a constituir el objeto de un proceso incidental con respecto a aquel en el cual se decretó el embargo.

Por lo tanto, si bien el tercerista reviste el carácter de parte actora en el proceso de tercería, continúa siendo un tercero con relación al proceso principal, cuyo resultado es indiferente.

Esta característica diferencia a las tercerías de la intervención de terceros por la cual el tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer una pretensión incompatible con la que constituye el objeto de aquel y asume, por consiguiente, el carácter de parte en ese mismo proceso. De allí que la sentencia en este lo afecte en la misma medida que a las partes originarias.

La tercería de dominio se fundamenta en la propiedad de los bienes embargados y su admisibilidad se halla condicionada a la existencia de un embargo.

No basta que el embargo haya sido ordenado, es además necesario que haya sido efectivamente trabado.

147. ¿Qué es la citación de evicción?

Se llama así a la figura que se presenta cuando en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, el adquirente a título oneroso resulta privado en todo o en parte del derecho que adquirió o bien sufre una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa.

Conforme el artículo 1044 del Código Civil y Comercial [...]

“La responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición b) los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; c) las turbaciones de hecho causadas por el transmitente.

Quedan fuera de esta responsabilidad: a) las turbaciones de hecho causadas por terceros ajenos al transmitente; b) las turbaciones de derecho provenientes de una disposición legal y c) la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente”.

Sin embargo, el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado.

Si un tercero demanda al adquirente en un proceso del que pueda resultar la evicción de la cosa, el garante citado a juicio debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos. El adquirente puede seguir actuando en el proceso.

La turbación puede caer tanto en un derecho real transmitido –dominio, usufructo, etcétera– como en uno creditorio o en un derecho intelectual; asimismo, puede originarse en la carencia total o parcial del derecho que se dijo transmitir.

En consecuencia, o no fue transmitido, o lo fue de manera menos plena, en menor medida, con cargas, etcétera.

Ante un reclamo judicial promovido por un tercero, titular del supuesto mejor derecho sobre la cosa transmitida, el comprador *cita de evicción* al vendedor y este debe salir en defensa del adquirente.

Sin embargo, la citación de evicción no constituye una demanda, porque en realidad es simplemente un aviso que se formula al citado a fin de que si lo desea tome intervención en el proceso.

La incomparecencia no autoriza a constituirlo en parte ni a declararlo en rebeldía, pero la citación basta para someterlo a las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria.

En caso de que el adquirente fuere derrotado en el juicio, la obligación de indemnizar se extiende al vendedor.

El enajenante responde por la evicción que sufre el comprador sin condicionamiento a la buena o mala fe de aquel. Es decir que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo.

148. ¿Qué es la acción subrogatoria?

Es un caso de sustitución de personas en el proceso que se da cuando la pretensión la determina alguien distinto a quien debiera ser la parte originaria; y ello se debe no la iniciativa de esta, sino al gozar de la posibilidad autónoma de hacerlo por existir un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio.

La legitimación para obrar le corresponde por cuanto el interés que actúa es propio aunque el derecho sea ajeno. No desplaza a la parte originaria, sino que la acompaña en la actuación procesal.

La acción subrogatoria es una acción dependiente de otras disposiciones voluntarias de quien es o debiera ser parte. Para que esta resuelva aceptar la sustitución, debe ser citada en su domicilio real por el plazo de diez días.

Cumplido el término, el citado podrá:

- a) Formular oposición fundada en la litispendencia, debiendo denunciar la radicación de la causa y otros datos atendibles para su argumentación. En este caso, el acreedor podrá actuar como si fuera un litisconsorte activo simple (adhesivo)
- b) Sostener que no es deudor, oponiéndose al derecho que fundamente quien se dice acreedor; debiendo el juez resolver sumariamente, sin afectar alterar con su decisión el derecho sustancial que las partes debaten; es decir, deberá fundarse en la apariencia del buen derecho que se argumente por uno u otro.
- c) Podrá interponer la demanda que el acreedor le reclama actúe, en cuyo caso desaparecen los motivos de la acción subrogatoria.

CAPÍTULO XV

LA PRUEBA

149. ¿Qué es la prueba?

La prueba es una de las instituciones más complejas del derecho procesal. Coinciden en ello prácticamente todos los autores que han investigado la temática. Ocurre que la palabra prueba puede asumir interpretaciones equívocas; diferenciarse, inclusive, del instituto mismo y hasta aislarse del significado que por la “voz” se entiende.

Abreviando problemas, nos introducimos directamente en la cuestión enfrentando la praxis con la noción que la prueba importa. Es decir, por lo común, todo individuo tiene criterio formado acerca de qué es la prueba: *probar es verificar, confirmar, demostrar, etcétera. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo* ⁽¹⁰⁴⁾.

A partir de esta definición inequívoca se colige, entonces, que la prueba es una actividad, porque para llegar a demostrar –verificar, etc–, resulta necesaria cierta dinámica ejercida en tal sentido.

Inmediatamente se observa algo más: la actividad probatoria necesita de medios que la hagan posible. Estos elementos son los que permiten su realización, y el resultado que alcanzan solo puede valorarse desde la perspectiva del juez que les da lectura.

La apreciación de la prueba se convierte así en otro punto de trascendencia temática.

En la base de estas cuestiones esta el interés de las partes: alguien que reclama un derecho fundado en la norma sobre la cual asienta su proposición; frente a otro que le opone hechos en contrario o simples negaciones que obligan a un laboreo de confrontación y análisis.

Bien apunta Serra Domínguez que la prueba requiere siempre dos términos: la proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba ¹⁰⁵.

Cada interés activa un compromiso particular: solo quien formula un hecho y afirma su realización, está obligado a demostrarlo (carga de la prueba). La ejercitación activa de la técnica probatoria demuestra el porque la prueba es el meollo de todo litigio, al punto de razonarse que los juicios se ganan y se pierden según sea el resultado de la prueba.

Después habrá que ver si el objeto a demostrar o verificar son los hechos o las afirmaciones de las partes, pero en lo inmediato, la conclusión es que la prueba es un concepto esquivo que esconde tras su simpleza idiomática un complejo entramado de roles, funciones y objetivos, donde la actividad de las partes y del juez están plenamente ocupadas.

¹⁰⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1990, p. 256.

¹⁰⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 356.

150. ¿Qué persigue la prueba?

Ambiciosa en sus objetivos la prueba pretende alcanzar la verdad. Sin embargo, constatados los resultados de un proceso cualquiera, es posible encontrar que con la sentencia solo se llega a confirmar una versión muy aproximada a lo que realmente sucedió. Esta deficiencia descubre la utopía de los principios que entronizan la verdad como fin del proceso, para comenzar a distinguir entre una verdad formal y otra verdad material.

Guasp orientó dos posiciones para la prueba. Una primera, de carácter *sustantivo* o *material*, mira a la actividad probatoria como una proposición tendiente a demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. La segunda, de carácter *formal* refiere sobre la imposibilidad práctica de alcanzar aquel ideal, sosteniendo, entonces, que la prueba se configura como un mecanismo de fijación formal de los hechos procesales¹⁰⁶.

Carnelutti ensayó una definición parecida, al sostener que [...]

“... por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según la realidad, y así no puede llamarse a ningún proceso cuyo régimen jurídico prohíba asignarle ese resultado riguroso; o bien por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según una fijación normal, y así debe denominarse a todo proceso cuya regulación jurídica lleve a ese resultado, sea cual fuere la manera como este construida”¹⁰⁷.

La consistente doctrina de este último, aumentada en fundamentos cuando en gráfica argumentación dijo que la verdad es como el agua, o es pura, o no es verdad; parece cobrar fuerza determinante para lograr el convencimiento y consensuar una interpretación común.

Sin embargo, enfocada la cuestión, se recorta en demasía la función dogmática de la prueba. Si fuera cierta la afirmación de Carnelutti, toda la actividad probatoria quedaría limitada a los hechos controvertidos; descartando la influencia de los sucesos que resultan reconocidos o admitidos, los que con igual entidad incorporan argumentos de convicción.

Para evitar el enfrentamiento conceptual entre verdades formales y materiales, Guasp propuso ver en la prueba una actividad dirigida a convencer psicológicamente al juez con respecto a la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de una afirmación. Concluía así que “la prueba sera, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”¹⁰⁸.

Esta es una afirmación correcta, pero excesiva en los alcances que le confiere, porque en realidad, toda la actividad humana que juega partícipe en el proceso, genera situaciones que enlazan demostraciones, certezas, convicciones, etc., que inciden en el ánimo del juzgador. De suyo, el mismo comportamiento procesal adquiere entidad probatoria.

¹⁰⁶ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 345.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil*, Niceto Alcalá Zamora trad., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 24.

¹⁰⁸ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 345.

Ahora bien, si el dogma de la prueba no es la verdad absoluta, debemos encontrar un camino que lleve a justificar la finalidad de la actividad de comprobación.

Aun cuando la verdad no sea el destino absoluto, es cierto que la mayor seguridad y certeza sobre las circunstancias que rodearon el conflicto deben lograrse; de lo contrario, sus antónimos, la inseguridad y la incertidumbre serían habitantes naturales en el proceso.

No se trata de mistificar la verdad; tampoco de ensombrecerla, sino de orientar un ajuste en la realidad acontecida para que con respaldo objetivo suficiente, el sentenciante pueda deducir con raciocinio la justa aplicación del derecho a los hechos.

El ideal lleva a que el juez busque la verdad; pero un término equidistante puede hallarse en la denominada verdad jurídica objetiva, aunque sea una construcción jurisprudencial.

El renombrado caso “Colalillo” decía que “la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de estos respecto a su objetiva verdad. Es, en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia”¹⁰⁹.

Este modelo de verdad no es igual al que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pregona cuando reclama el deber de investigar de los Estados para que se encuentre la verdad a que todas las personas tienen derecho. Es decir, no es solo una garantía de las partes que litigan, sino de todos los que tienen derecho a saber ¿qué pasó?

En síntesis, la convicción del juez no está identificada con la verdad, porque esta llega a ser procesalmente inasible, siendo verdaderamente importante el convencimiento referido a la coincidencia hipotética entre verdad y certidumbre.

151. ¿Cuál es la naturaleza de la prueba?

La respuesta aparente proviene de los códigos de fondo y demás ordenamientos adjetivos, en tanto ambos contienen referencias sobre la prueba, disputando entre ellos cuál es el régimen específico.

Esta doble regulación es producto del sistema republicano y federal que impera para nuestra organización política, permitiendo a cada provincia dictar normas concernientes a la prueba, en tanto y cuanto no impidan ni cercenen la efectividad y dinámica creada por las leyes de fondo.

La peculiaridad admite cierto predominio de las normas sustantivas sobre las procesales, al regular la actividad aunque no se refieran al significado que tienen sobre la decisión judicial.

El Código Civil y Comercial en vigencia desde el 1° de agosto de 2015, contiene varias disposiciones probatorias, que responden a los antecedentes que incluían la prueba como cuestiones del derecho sustancial.

¹⁰⁹ CS, setiembre 18/1957, Fallos 238:550.

Por su parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación integra en secciones sucesivas los siguientes medios de prueba: a) documental; b) informativa; c) confesional; d) testimonial; e) pericial; f) reconocimiento judicial.

El artículo 163 inciso 5° señala que “las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

La amplitud de consideraciones, prácticamente, ocupa la plenitud de los medios de prueba habitualmente disponibles; a ellos se incorporan como medios no legislados, pero admitidos, los que refieren a pruebas científicas. La norma pilar es el artículo 378 cuando establece que [...]

“la prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén prohibidos expresamente para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o en su defecto, en la forma que establezca el juez”.

Sistemáticamente no es posible deducir el carácter procesal o material de una prueba, a partir de su inserción normativa. La inclusión en uno u otro sistema no afecta ni incide en la naturaleza jurídica¹¹⁰.

Denti observó que esta dualidad estatutaria ponía al juez en la incómoda situación de tener que optar por un mecanismo, pero sin que ello afectase su capacidad racional para ofrecer un resultado. Es decir [...]

“la consecuencia, que se ha presentado cada más evidente en la evolución de la doctrina sobre el tema, ha sido que la contraposición *substance-procedure*, derivada de las calificaciones según el derecho interno, ha dejado de ser empleada en la solución de los conflictos de leyes o, por lo menos, se ha reducido a una función de cobertura de las razones reales de *policy*, por las cuales se prefería la aplicación de la *lex fori*”¹¹¹.

Esta moderna concepción que abandona el problema del carácter formal o material de las normas probatorias, desde la perspectiva que instala al juez como partícipe de una realidad que lo lleva a decidir sin remisión a dogmatismos estériles, constituye la naturaleza verdadera de las normas en estudio.

Atiéndase –dice Cappelletti– [...]

“que en esta concepción, lo que se quiere no es confiar al juez una decisión discrecional caso por caso, sino más bien elaborar criterios de solución problema por problema. Tales criterios, a su vez, podrán después ser también *sistematizados*. Graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza *procesal*, naturaleza *sustancial* similares–, sino de la conciencia de la función práctica

¹¹⁰ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *op. cit.*, p. 530.

¹¹¹ DENTI, VITTORIO, *Estudios de derecho probatorio*, SENTÍS MELENDO, Santiago y BANZHAF Tomás A. trad., Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 202.

del derecho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función”¹¹².

La eficacia de las instituciones sin restringir posibilidades basadas en pruritos científicos de escasa importancia: esta es la finalidad de la prueba, rendir culto a su presencia en el proceso para consolidar el ejercicio activo del derecho de defensa.

152. ¿Cuál es el objeto de la prueba?

Para algunos, el objeto de la prueba son los hechos; pero estos no se prueban porque ya existen; son circunstancias de la realidad que los ha producido. Otros afirman que el objeto probatorio está en las afirmaciones de las partes, que refieren a ciertos hechos. En tercería, Carnelutti procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones)¹¹³.

Morello relativiza la cuestión en estos términos [...]

“... lo que importa es que, se llamen hechos o afirmaciones de las realidades que deben probarse, la actividad específica encaminada a ese fin ha de versar sobre el contenido de las alegaciones de las partes, como lógica y necesaria consecuencia del principio dispositivo, sin otras limitaciones que las referidas a los hechos secundarios y a determinados hechos, relativos a los presupuestos procesales que el juez conoce de oficio, así como a aquellos hechos que legalmente están exentos de prueba (a partir de que el proceso es una realidad dinámica; se va haciendo)”¹¹⁴.

Devis Echandía señala que [...]

“por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar, en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual”¹¹⁵.

Inmersa en tanta confusión, la prueba se debate en busca de coincidencias. Pensamos que ellas pueden encontrarse a partir de esta última doctrina. Es decir, emplazar la prueba en un concepto general que capitalice todo el derecho, y delimitar, otra vertiente, en la prueba que se ubica en el derecho procesal.

En el primer sentido, la prueba se constituye como disciplina que tiende a verificar hechos y actos jurídicos con implicancias y consecuencias para el Derecho. Sería la disciplina que se estudia como “Derecho Probatorio”.

Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de tal o cual suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En consecuencia, como apunta Palacio, pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción del hombre), cuanto los

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, Santiago trad., Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 176.

¹¹³ CARNELUTTI, *Sistema...*, tomo II, *op. cit.*, p. 450.

¹¹⁴ MORELLO, SOSA, BERIZONCE, *Códigos procesales...*, tomo V-A, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984, p. 89.

estados de la vida anímica humana (v.gr.: la intención, la voluntad, determinado conocimiento, la conformidad tácita, etc.)¹¹⁶.

Por ejemplo, el Código Civil y Comercial establece en el artículo 284 la libertad de formas: *Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.*

Sin embargo, el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad (art. 285).

La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286).

Para el caso de instrumentos privados y particulares no firmados, el artículo 287 dispone que: *Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.*

Un requisito esencial es la firma y en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de ella queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Trasladado estos conceptos al campo judicial se pierde la mentada generalidad, porque la prueba se ocupa, ahora, de hechos y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para fomentar la convicción del juez acerca de la razón que esgrime cada una de las posturas en conflicto.

Como se aprecia, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ellas (afirmaciones o negaciones) y, aun así, será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho¹¹⁷.

La forma como se realiza esta actividad de demostración introduce un capítulo distinto que se preocupa en abordar varios frentes. Uno de ellos es el rol que tiene el juez en la etapa probatoria para deducir el concepto verdadero que se signa al término “averiguar”. Inmediatamente, observamos que el destinatario de nuestros esfuerzos, tendrá que llegar a cierta convicción para dictar sentencia; para recalar, finalmente, en otra diatriba, ¿qué es lo que debe probarse?

Así continúa el objeto de la prueba en una significativa ambigüedad. En efecto, si como dijimos al principio, el “objeto reposa en las alegaciones”, en realidad no son todas las alegaciones, porque solo requieren demostración los hechos que estuviesen controvertidos y fueran conducentes para resolver el tema central del proceso.

¹¹⁶ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 234.

¹¹⁷ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 531.

La respuesta para esta aparente contrariedad puede explicarse tomando como principio que, objeto de prueba, son las alegaciones, esto es, todos los hechos que cuentan con una versión a verificarse mediante el procedimiento probatorio.

Las cortapisas resultantes de los hechos excluidos de prueba, ocupan al tema de la necesidad de ella, porque ciertas afirmaciones pueden estar consentidas o admitidas y, en consecuencia, escapan de la actividad.

Esta cuestión contrae otro contingente que resulta la carga de la prueba, o “lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso”¹¹⁸.

En síntesis, el objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere al proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones.

Como el juez, es un tercero imparcial en la litis, no debe investigar supliendo el interés particular (carga) de cada sujeto; siendo hechos que necesitan probarse, los conducentes y controvertidos, de acuerdo con la clasificación que examinamos más adelante.

153. ¿Cuándo se habla de necesidad probatoria?

La prueba es necesaria cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren ser verificados ante la controversia surgida en las versiones llegadas al proceso en los escritos de postulación y réplica.

Además, esos hechos han de ser útiles y conducentes para lograr un resultado probatorio; debiendo encontrarse alegados por las partes, sin posibilidad de llegar a ellos por vía de inferencia o deducción.

El artículo 364, párrafo 1º del Código Procesal de la Nación dice, al respecto, que “no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”.

De todo ello se colige que, en virtud del principio dispositivo que rige en esta materia, el objeto de la prueba se restringe a los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los que no han sido alegados, no pueden ser objeto de acreditación y, por ende, también está vedado al juzgador investigar su existencia. Además, los hechos sobre los que debe recaer la actividad probatoria deben haber sido alegados, inexcusablemente, en los escritos constitutivos del proceso o bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos.

154. ¿Cuáles son las cuestiones que son objeto de prueba?

Conforme con el artículo 359 del ordenamiento procesal de la nación, en su parte pertinente, “si se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de las cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque estas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba...”.

De su parte, el art, 356 inciso 1º del mismo cuerpo legal establece la carga de “reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...”, otorgando al silencio, a las respuestas evasivas, o bien, a la negativa

¹¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, tomo I, *op. cit.*, p. 90.

meramente general, el carácter de “reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran”.

Del juego de estas normas se desprende que son materia de prueba las afirmaciones referidas a hechos que son controvertidos y conducentes.

De este modo son hechos alegados, los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y sus contestaciones; sin perjuicio de aquellos que se agreguen como “hechos nuevos”.

Genéricamente estos son objeto de prueba cuando están *controvertidos*, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra. Son *conducentes*, esto es, pertinentes y útiles, porque inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito suficiente para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

En estas cuestiones la pauta la marcan los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgen los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de la pretensión, defensa o excepción.

Estos hechos pueden denominarse *relevantes*¹¹⁹ o esenciales, y la prueba es necesaria porque exige la verificación de esos hechos para que el juez pueda alcanzar suficiente convicción.

A *contrario sensu*, puede prescindirse de producir la prueba que no es esencial, e inclusive aun cumplimentada pero pendiente de agregación al expediente, el juez puede dictar sentencia sin considerarla, sin perjuicio de estarse a ella “en segunda instancia si fuese agregada cuando la causa se encontrare en la alzada, salvo si hubiere mediado declaración de caducidad por negligencia”¹²⁰.

Junto a estos hechos *evidentes* o de fácil demostración para contar con medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades. Son los *indicios*, definidos como: “expresión o función signica que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa”¹²¹.

En ellos la prueba se da como resultado de la valoración.

155. ¿Se debe probar el derecho?

El derecho, por vía de principio, está excluido de la actividad probatoria; sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar.

Existe un deber del oficio, que impone a los jueces la obligación de pronunciamiento aun frente a la oscuridad o silencio de las leyes. Por eso, el artículo 8 del Código Civil y Comercial establece como *principio de inexcusabilidad* que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

¹¹⁹ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 247.

¹²⁰ Cfr: art. 373, CPCCN sobre prueba no esencial producida fuera de la República.

¹²¹ MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Introducción a una semiótica probática (ciencias de los indicios)*, Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, 1980, p. 171.

El principio *iura novit curia* alimenta esta regla desde otra perspectiva, en cuanto permite al juez no solo calificar adecuadamente el derecho aplicable a los hechos en estudio, sino también modificar el cuadro de presentación que las partes formularon en sus escritos constitutivos, a cuyo fin obra consecuente el deber de “*fundar toda sentencia definitiva e interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*” (art. 34, inc. 4º, Código Procesal Civil de la Nación).

Sin embargo, para interpretar el principio cabalmente, es necesario distinguir ciertas situaciones de praxis. El derecho es omnicompreensivo, y en este aspecto refiere no solo a las normas materiales, sino también las procesales y las que estructuran y conforman la totalidad del ordenamiento jurídico. Este derecho interno, son leyes, decretos, ordenanzas, circulares, actos administrativos, resoluciones, etc. Cada una es un derecho en particular y, si fuera aplicado el principio de exclusión probatoria a todas estas expresiones, podría *mutatis mutandi*, cercenarse la finalidad de seguridad jurídica prevista en la *ratio esendi* de la regla.

La debida parcelación de las normas puede incorporar respuestas a este problema. En primer término, de acuerdo con el artículo 5º del Código Civil y Comercial [...] *las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen*. Entonces, las leyes cobran aplicación y vigencia obligatoria sin necesidad de demostrar su publicación, por la presunción del absoluto conocimiento (art. 8º citado).

En cambio, las dificultades se encuentran en la publicidad de otras normas legales. Tal como se presenta el principio de la necesidad de prueba, la dicotomía se traba entre normas extranjeras y nacionales, donde solo estas últimas están liberadas de verificación.

El planteo obliga a considerar la presunción de conocimiento de todo orden jurídico interno, entendiendo en este, además de las leyes federales, las normas provinciales, las ordenanzas y decretos municipales; las circulares de entidades del Estado de aplicación general y obligatoria; las disposiciones administrativas reservadas a espacios determinados, entre otras naturales de la vorágine actual que piensa que si todo no está escrito no puede ser regulado.

En cada una de estas cuestiones la duda estriba en el conocimiento efectivo que el juez tenga, de modo tal que, en nuestro parecer, el problema radica en la forma como se alcanza dicho conocimiento. Por ello, no es tema de prueba por la parte, la vigencia del derecho interno, y sí la actividad o iniciativa del juez para allegarse de las constancias fehacientes de las normas invocadas.

Tampoco es posible descargar en las partes, la verificación de un derecho local que, por ser interno, puede el juez investigar con suficiencia de medios y posibilidades siempre y cuando tenga presente su iniciativa e instrucción de oficio.

Parte de la doctrina, sin embargo, considera que si el derecho interno no fue publicado oficialmente, el deber de conocimiento no existe y torna la cuestión como necesidad probatoria en cabeza de la parte que invocó el precepto jurídico¹²². Así también, si la incertidumbre fuera sobre la autenticidad de la edición oficial, la carga de la prueba sobre la existencia o inexistencia corresponde a las partes jurídico¹²³.

¹²² MORELLO, SOSA, BERIZONCE, *Códigos procesales...*, tomo V-A, *op. cit.*, p. 13.

¹²³ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 221.

155.1 ¿Se prueba el derecho extranjero?

El artículo 13 del Código Civil derogado disponía que: “La aplicación de leyes extranjeras, en los casos en que este Código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes...”

Vélez Sársfield anota que la ley extranjera es un hecho que debe probarse, opinión a la que adscribe buena parte de la doctrina. Por eso, la prueba es innecesaria cuando media admisión de su existencia por la parte a quien se opone¹²⁴.

Empero esta conclusión es discutible, porque de la simple contingencia de emplazar un derecho foráneo en una controversia local, no surge desvirtuada la calidad de la norma a interpretar. Esta continúa siendo derecho, con la particularidad que se incorpora al proceso a pedido de parte y no por su condición naturalmente operativa si fuese de orden interno.

Además, no puede desnaturalizarse el uso de la norma extranjera cuando su utilidad y aplicación viene corroborada por convenciones o tratados internacionales.

En estos casos resulta preciso deslindar los espacios que ocupan la aplicación del derecho extranjero y la prueba que corresponde realizar sobre su existencia.

Respecto del primer problema, cabe interpretar que sancionada la ley 22.921 que da vigencia territorial a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre las normas generales del Derecho Internacional Privado, deroga virtualmente al artículo 13 del Código Civil⁽¹²⁵⁾; circunstancia que tornaría el regreso a las fuentes internacionales cuando las partes se someten a ellas voluntariamente.

Y aun sin pretender desbordar el alcance asignado, y quedase vigente el mentado artículo 13, siempre el juez tiene la ponderación de oficio para la subsistencia o no del derecho extranjero.

La relación entre utilidad y prueba se enfoca con otra variante, porque para poder el juez dictar una sentencia congruente, necesitará completar el conocimiento que tenga sobre las normas foráneas.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial dispone que: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, generando cierta contradicción con el apartado 3º del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación que establece: “Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio”.

La ambigüedad estaría en que, por las normas de fondo, el derecho extranjero se asimila a una cuestión de hecho; en cambio, el código procesal recibe las normas extrañas como cuestiones de derecho, dando pie a la iniciativa oficiosa para interpretar y aplicarlo.

¹²⁴ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 357.

¹²⁵ SOSA, GUALBERTO Lucas, *La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal*, La Ley, 132, p. 1222.

En este aspecto conviene agregar que la carga de invocación del derecho extranjero no conduce inexorablemente a impedir que los jueces locales apliquen la ley ajena cuando las normas de conflicto del derecho internacional privado así lo dispongan. De lo contrario, la aplicación de las mismas, de naturaleza inderogable, quedaría a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas¹²⁶.

De la reseña surgen interesantes proyecciones. Si aceptamos que el derecho extranjero es un hecho, la prueba reposa en la actividad de las partes, por vía de principio, y en la iniciativa oficial que, eventualmente, se disponga.

Si en cambio, las comprendemos como derecho, *lato sensu*, el juez debe adquirir conocimiento propio, ausente la ayuda de las partes, sin perjuicio de la colaboración necesaria para verificar su existencia (es decir, probar su vigencia y aplicación al *sub lite*).

Entendemos que el juez para el conocimiento e interpretación del derecho extranjero cuenta con suficientes facultades para recabar su consideración, arrojando los textos, de oficio, para su propia cultura y como un medio que soporta la iniciativa de calificar adecuadamente en derecho, los hechos que las partes plantean.

Conocido el orden jurídico extraño, es necesario investigar el contenido de la norma extranjera alegada; la vigencia de la misma; y la correspondencia de su texto con las publicaciones oficiales.

Esta actividad es producto del principio *iura novit curia* que resulta aplicable al caso en análisis. A través de su mecanismo y, en correspondencia sucesiva con lo dicho respecto a la obligación de tomar conocimiento, el juez consigue interpretar el precepto jurídico con el alcance particular que de la lectura surja; pudiendo subsanar la calificación o encuadre que las partes signaron; tener por válido el marco aportado y resolver el conflicto en consecuencia; pero nunca podrá modificar el objeto procesal.

155.2 ¿Se debe probar la costumbre?

Cuando el derecho consuetudinario es fuente normativa se incorpora al derecho interno y valen para ello las conclusiones alcanzadas respecto a la eximición de prueba. Pero, en nuestro ordenamiento jurídico "... los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho" (art. 1º, Código Civil y Comercial).

Diversas disposiciones procesales reconocen en el derecho consuetudinario una expresión constante que alimenta fórmulas de solución, circunstancia que interesa poner de relieve para observar como se introducen en el litigio estos principios.

De acuerdo con el presupuesto general, si los usos y costumbres son referidos directamente por las normas, adquieren condición de derechos y no necesitan ser probados. Sin embargo, estas cuestiones, y otras que se vinculan de la misma manera, son usos y costumbres notorios, es decir, captados bajo una modalidad común que todos conocen y admiten como de suceso habitual.

¹²⁶ ver: PERUGINI, Alicia M., *Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. la apariencia de la cuestión previa*, La Ley, 1984-D, 563.

Por eso, si esa notoriedad no fuese tal, la incertidumbre obliga a probar la hipótesis que reconozca la posibilidad de hacerla jugar como norma de derecho. La verificación es obra conjunta del interés de ambos sujetos del proceso: para el órgano judicial por su deber de fundar los pronunciamientos con acierto y convicción; para la parte, como sustento que afirme su predicado.

Claro está que si hubiese notoriedad en los usos el juez podría utilizarlos de oficio, aunque no hubiese alegación de los interesados¹²⁷.

156. ¿Qué hechos están exentos de prueba?

El carácter bilateral de las alegaciones, según el cual a cada afirmación corresponde una respuesta, permite deducir que la necesidad de prueba se limita cuando no hay interés en controvertir; o bien cuando de las mismas circunstancias surgen conclusiones que no requieren de actividad probatoria para confirmar.

De este encuadre surge la existencia de hechos que están exentos de prueba: a) *por exclusiva decisión de las partes, unilateral o bilateralmente*; b) *por contingencias objetivas* como son los hechos notorios, los presumidos legalmente, o los evidentes; c) *por situaciones de carácter subjetivo* que parten del conocimiento personal del juez y de las máximas de experiencia; d) *por la naturaleza del hecho*, en cuyo caso la exención puede estar predeterminada por la ley como medida preventiva (v.gr.: por razones de moral y buenas costumbres); *por sus antecedentes jurídicos* (v..gr.: prejudicialidad, cosa juzgada) y *por el secreto profesional*.

156.1 ¿Cuáles son los hechos eximidos de prueba por actitudes de parte?

Un hecho casi siempre es bifronte (ante la versión de una parte la otra replica con su propia versión) de manera que la prueba va a depender de las actitudes de cada litigante.

Va de suyo que si no hay hechos afirmados no existe carga probatoria, porque nada existe para demostrar. Las articulaciones se corresponden con la congruencia del fallo, por eso el juez no puede incorporar en la sentencia un hecho no afirmado por una de las partes, porque tal circunstancia no existe para él, aun cuando pudiera deducirla (128)

Bien indica Palacio que, por lo tanto [...]

“Se hallan excluidos del objeto de la prueba los hechos no afirmados por ninguna de las partes aunque ello no descarta la posibilidad de que la actividad instructoria se extienda a la comprobación de circunstancias que si bien no han sido especificadas con la claridad que exigen los arts. 330 inciso 4º y 356 inciso 2º, lo fueron en cambio en forma incidental o genérica, siempre que guarden relación con los hechos principales o invocados como fundamento de la pretensión o de la oposición”¹²⁹.

¹²⁷ PALACIO, en cambio, dice: “...con prescindencia de su notoriedad, el órgano judicial puede aplicar la costumbre aun en el supuesto de que ella no haya sido alegada por las partes, sin perjuicio de que se cerciore de su existencia por una información particular, o a través de prueba ordenada de oficio” (*Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 358).

¹²⁸ CARNELUTTI, *La prueba civil*, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁹ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 346.

Los hechos afirmados, a su vez, pueden ser aceptados como ciertos pero disidentes en su explicación sobre cómo ocurrieron. Pueden ser admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien puede existir reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y, finalmente, un sometimiento voluntario a las mismas peticiones pero sin pronunciarse sobre el derecho que las fundamenta (v.gr.: allanamiento).

En la etapa probatoria, los hechos pueden resultar confesados expresa o tácitamente, e inclusive, admitirse por aplicación del silencio conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales.

a) *Hechos admitidos* son los que ambas partes están de acuerdo con su producción. No hay discrepancia en el relato de las circunstancias. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por ciertos, hablándose en estos casos de admisión *expresa*.

En cambio, existe admisión *tácita* cuando se le otorga al silencio el valor y alcance de una confirmación. Por ejemplo, el artículo 356 del Código Procesal establece el reconocimiento de las pretensiones cuando, propuesta la demanda, no se contesta o se lo hace con respuestas evasivas que eluden el compromiso del contradictorio.

La admisión puede ser *simple y calificada*. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte, y [...]

“es calificada, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica diferente, por ejemplo, frente a la alegación del actor que entregó un dinero en préstamo, el demandado puede decir: *es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación*”¹³⁰.

La admisión simple y expresa torna innecesaria prueba alguna respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consume dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La admisión tácita tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que se asigne al silencio.

Cierta parte de la doctrina entiende que surte los efectos de la *ficta confessio*¹³¹, otros prefieren encontrar un caso de manifestación de la voluntad sugerida ante la obligación legal de expedirse¹³².

Couture observa la necesidad de fijar el alcance de esta doctrina, “teniendo en cuenta aquellos casos en los cuales la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo”¹³³.

¹³⁰ FENOCHIETTO, Carlos E., ARAZI, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 256.

¹³¹ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *op. cit.*, p. 533.

¹³² El artículo 263 del Código Civil y Comercial establece: “Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

Inclusive, en nuestra normativa procesal, los textos son poco claros y muestran desarticulaciones que confunden al intérprete. Es el caso de la redacción del artículo 356 ya señalado, cuando asigna al silencio o a las respuestas evasivas el valor de reconocimiento de la verdad cuando la lógica correspondencia es la admisión en los hechos y no la razón de las argumentaciones.

El *reconocimiento*, en cambio, es prudente considerarlo con relación a los documentos que no son cuestionados en su autenticidad.

b) A veces se habla de *hechos reconocidos*, como aquellos que menciona el artículo 356 inciso 1° del Código Procesal cuando quien contesta la demanda no niega concretamente, todos y cada uno de los argumentos del actor.

Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquel se vincula con la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia y decisión sobre los fundamentos que porta la demanda.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito, según obre la actitud del oponente, en igual medida que la explicada para la admisión.

Interesa diferenciar el reconocimiento del allanamiento, por la similitud con que ambos suceden, cuando en realidad, tienen conceptos y finalidades distintas.

Como vimos, solo se reconocen pretensiones y razones, por eso los hechos quedan fuera del tema probatorio en estas circunstancias.

El allanamiento resulta, en cambio, un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que la autoabastecen.

El allanamiento es una decisión unilateral, como son todas las vistas hasta ahora en este párrafo (v.gr.: hechos no afirmados; admisión; rebeldía y reconocimiento).

Por su parte, hay hechos que las partes comúnmente pueden excluir de la prueba, ya sea por considerarlos inconducentes o por entender que la materia en conflicto puede ser resuelta con las constancias que obran en el expediente.

La declaración bilateral que las partes presentan procura evitar toda la etapa probatoria, pero no condiciona la providencia del órgano, quien puede ordenar medidas instructorias.

En este sentido, el artículo 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, dando prevalencia al principio dispositivo, posibilita que pese a la existencia de hechos controvertidos, pueda marginarse la prueba, si se configuran las hipótesis que ha previsto el legislador, a saber: *a)* que todos los justiciables manifiesten que no tienen ninguna a producir; *b)* que esta solo consiste en las constancias del expediente, o *c)* la documental ya incorporada y que no ha sido objetada. En tales casos, previo nuevo traslado por su orden –que no requieren los procesos sumarios y sumarísimos– debe llamarse autos para sentencia.

156.2 ¿Cuáles son las situaciones objetivas que eximen la prueba?

Corresponden a esta categoría tres tipos de hechos: a) los hechos notorios; b) los que gozan de una presunción legal y c) los hechos evidentes.

¹³³ COUTURE, *Fundamentos...*, op. cit., p. 225.

a) *Hechos notorios*: recuerda Sentís Melendo que el hecho notorio fue objeto de estudio desde antiguo y postulado en distintos brocardos: *manifesta haud indigent probatione* (lo manifiesto no necesita prueba); *manifesta non egent probatione* (con igual sentido que el anterior); *notorium non egent probatione*, y sobre todo, se ha dicho, ajustándose a la realidad: *Non potest ignorari quod publice notum est* (no puede ser ignorado lo que públicamente es notorio)¹³⁴.

Sin embargo, y a pesar de ser aceptado por el derecho romano, el canónico y llegar a su actual consideración, existen aún dificultades para fijar el concepto de notoriedad.

Las *Institutas* romanas consagraban el principio de exclusión por notorio en la prueba testifical, resabio que conserva la práctica de incluir en el interrogatorio la pregunta final acerca de si lo dicho es “de público y notorio”. El derecho canónico lo estimó para otros fines: notorio, significaba la propiedad de ciertos hechos que no pueden negarse más que en acusada mala fe¹³⁵.

Posteriormente, evoluciona el criterio hacia un concepto más objetivo, donde se introducen las ideas de generalidad del conocimiento; cultura normal de todo individuo; historia indiscutible, etcétera.

En este sentido, Gentile sostuvo que [...]

“pueden ser utilizados como fuente de convicción del juez en el proceso, como hechos notorios, además de los hechos de común y general conocimiento, pertenecientes a la historia o a la ley natural o a la vida social y política, también los hechos de notoriedad más restringida, limitada a una determinada zona de territorio (la llamada notoriedad local) cuando el hecho es tal que pueda ser conocido por toda persona que viva en esa zona, siempre que se trate de hechos bien establecidos y no de simples voces o meras apreciaciones”¹³⁶.

De igual tenor resulta la definición del hecho notorio sobre la base del conocimiento que forma parte de la cultura normal de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia, llegando a ser de dominio público y no del conocimiento de unos pocos.

La liberación probatoria que tiene la notoriedad de un hecho, pone en duda su pertenencia al derecho probatorio, toda vez que al ser extraño el fenómeno de la verificación, el resultado obtenido es producto de una actividad propia del sentenciar.

Esta es la posición que asumen los críticos del hecho notorio, encerrando el concepto sin advertir que en la valoración de la prueba obra un análisis prudente y meditado de las convicciones que se alcanzan en cada una de las situaciones fácticas que dieron causa y fundamento a la pretensión. Una cosa es la notoriedad por sí misma, pues en este caso “se trata de una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen”¹³⁷; y otra diferente es la estimación en la sentencia, donde el hecho notorio juega valorado en idéntica dimensión que el resto de las pruebas.

¹³⁴ SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba (Los grandes temas del derecho probatorio)*, Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 133.

¹³⁵ ALLORIO, Enrico, *Problemas de derecho procesal*, tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 394.

¹³⁶ Cfr. SENTÍS MELEDO, y sus citas, *op. cit.*, p. 134.

¹³⁷ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, tomo I, *op. cit.*, p. 129.

Pero la notoriedad difiere de lo notado, y de aquello que puede ser público o famoso.

Es necesario y conveniente, entonces, implementar un esquema de base que oriente y marque las diferencias con esas figuras similares.

La notoriedad de un hecho no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. Vale el ejemplo que ofrece Couture respecto a que sería notorio el hecho de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de los centros de información. “Sin embargo –agrega–, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio”¹³⁸.

De igual modo, el conocimiento no necesita ser absoluto, porque basta la “posibilidad de verificar la existencia del hecho de que trate mediante el auxilio de una simple información”¹³⁹.

Requiere sí, que la notoriedad sea efectiva, o sea que pueda estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en que la decisión ocurre.

Cabe agregar que este recaudo no es pacífico en doctrina, porque sostienen fundadas opiniones que notoriedad no es efectivo conocimiento, “sino pacífica certidumbre; una especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una cuestión”¹⁴⁰.

Pero reducir lo manifiesto a un grupo, destaca la inseguridad que genera la sabiduría obtenida por cuestiones incidentales, posiblemente circunstanciales; cuando no, si la cultura masiva se reúne al solo título de información general. Un hecho que se adquiera en estas condiciones, por su versatilidad y contingencia, difícilmente llegue a ser notorio. Asimismo, el alcance que se quiere asignar al conocimiento efectivo destaca un problema adicional cuando la noción reposa solamente en la inteligencia de un sector al que puede pertenecer quien debe dictar sentencia; porque el juez, en este caso, se encuentra limitado en la posibilidad de usar su conocimiento privado.

Bien destaca Allorio, en posición discrepante, que no podrían encuadrarse como hechos notorios los que son conocidos a la generalidad de los ciudadanos únicamente a título de información contingente; tampoco en orden a aquellos que obtienen certeza en un ambiente sereno e imparcial¹⁴¹; en ellos, podría hablarse de hechos públicos pero no de notorios por su escasa o nula seguridad.

Quizás el punto preclaro que incide en una caracterización adecuada esta en la perdurabilidad del hecho; aquel que alcanza una difusión y trascendencia tal que evita la ignorancia común.

En este tema la diferencia con el rumor, la fama, la publicidad ofrece una visión esclarecedora. Cada uno de ellos informa una cuestión trascendente a un círculo social determinado, pero no tiene características de generalidad o efectividad. El rumor se

¹³⁸ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 233.

¹³⁹ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 350. Couture, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁴⁰ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 350. Couture, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 397.

difumina con el tiempo, con su esclarecimiento, o con una versión contrapuesta. La fama es fugaz y no tiene condición fáctica sino plenamente subjetiva; la publicidad, finalmente, hace a lo público, a lo corriente, pero nunca a la notoriedad manifiesta.

De igual importancia son las distinciones con la evidencia porque aquí referimos a verdades absolutas o axiomas científicos de inocultable valor; en tanto la notoriedad versa sobre hechos sobre los que se tiene noticia.

En síntesis, el hecho notorio es una situación a valorar en la sentencia, de modo tal que repercute en la convicción que le agregue al juez sin interesar la información que la parte pueda tener sobre el mismo. Para llegar a la notoriedad, será preciso contar en el hecho los requisitos de generalidad, efectivo conocimiento y permanencia.

b) Hechos que gozan de una presunción legal: si un hecho tiene en su favor una presunción que lo confirme, se encuentra exento de prueba.

En todos los dispuestos la presunción crea una ficción legal que refiere como cierto a un hecho. Cuando esa proposición no admite prueba en contrario (*juris et de jure*) se denominan *presunciones absolutas*; en cambio si toleran una verificación al opuesto, se llaman *presunciones relativas (juris tantum)*. En ningún caso las presunciones son medios de prueba sino un beneficio adicional que reporta la continuidad, precisión y concordancia de ciertos hechos que se muestran de igual manera y que inciden en la valoración que el juez efectúa sobre las pruebas rendidas.

Es importante no confundir estos hechos que gozan de una presunción legal, de aquellos que, partiendo de un hecho conocido (indicio) concluyen en una situación determinada. Es el error en que incurre el artículo 163 inciso 5° del Código Procesal cuando establece: “Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

La presunción, en síntesis, es una conjetura que elimina la necesidad de prueba. “Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencias natural de su eliminación del campo del debate”¹⁴².

De todos modos, aun cuando el hecho se libera de la carga probatoria, el presupuesto que funda la presunción debe verificarse en la hipótesis de ser resistida por el oponente.

c) Hechos evidentes: algunos autores funden estos hechos en la noción de notorios¹⁴³, sin que genere esta asimilación alguna dificultad práctica. En verdad, tanto uno como otro están eximidos de probar el supuesto que afirma, con la diferencia que el hecho evidente es el que no ofrece duda alguna. Aquel que se capta por la simple mecanización de los sentidos, como ser, que el sol ilumina o la noche oscurece.

¹⁴² COUTURE, *Fundamentos...*, op. cit., p. 227.

¹⁴³ CARNELLI, Lorenzo, *El hecho notorio*, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 209. LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, tomo I, Reus, Madrid, 1907, p. 211.

La experiencia demostrada de la evidencia, suple cualquier actividad probatoria porque estos hechos se ubican en el plano de lo que ocurre de consuno, como un desarrollo normal de las cosas.

Se distinguen de los hechos normales en que, si bien ambos suponen constantes el curso de ciertas cosas; el hecho evidente se muestra por sí solo en ausencia de cualquier verificación; en cambio los primeros son un estándar jurídico que por su certeza no necesitan de prueba. Podríamos decir que la diferencia es nimia, pero en tanto la evidencia manifiesta se da en el plano de los acontecimientos de percepción sensorial; los normales ocurren como una medida del comportamiento humano que se admite con un nivel medio y regular de conducta reiterada.

Señala Couture que esta noción de estándar jurídico, se precisa como [...]

“Una medida de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada [...] El estándar es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica diariamente aplicado. La intuición y la experiencia se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del estándar. La misma doctrina pone como ejemplos de esa medida de conducta social la buena fe en los negocios, la diligencia del buen padre de familia en la noción de culpa, *reasonable service and reasonable facilities* en el derecho de los servicios públicos”¹⁴⁴.

156.3 ¿Cuáles son las situaciones subjetivas que eximen la prueba?

En estos casos, la exoneración de la prueba obedece a que el juez cuenta con una experiencia cierta y acreditada que lo orienta para resolver en un sentido determinado sin necesidad de que las partes abunden con otras explicaciones.

Quedan representadas en situaciones concretas como el conocimiento privado que tiene el juez sobre los hechos que debe apreciar, o las máximas de experiencia adquirida.

a) *Conocimiento privado del juez*: cuando generalmente referimos a medios de prueba lo hacemos pensando en la diversidad de verificaciones que pueden realizarse en miras a sensibilizar la percepción del juez, orientándolo a resolver sobre la pretensión propuesta.

Pero, ¿qué ocurriría si el mismo magistrado que resulta competente en la causa, fuera testigo del hecho cuya revelación y consecuencias se le formulan en una demanda? Aparentemente, sería una condición ideal porque no tendría inconveniente alguno para el esclarecimiento, deducir las responsabilidades e imponer las obligaciones emergentes. Sin embargo la función del juez destaca su absoluta y total imparcialidad e independencia de criterio; si él llega a la litis con una predeterminada formación, carecería de la objetividad necesaria para resolver como tercero imparcial.

El caso del juez-testigo impide confundir los roles: o se decide el proceso, conociéndolo a partir de los escritos constitutivos; o se excusa de intervenir por estar incurso en el conocimiento previamente adquirido.

Obsérvese la gravedad que tendría el caso, si le fuese presentado un relato distinto al que pudo constatar personalmente. Efectivamente, no podría modificar los

¹⁴⁴ COUTURE, *Fundamentos...*, op. cit., p. 232 y sus citas.

escritos, ni las circunstancias, y menos aun, establecer una regla distinta al *secundum allegata et probata*.

Diferente, en cambio, resulta el conocimiento científico que el juez tenga sobre el supuesto en consideración. V.gr.: juez-ingeniero que esclarece un problema de responsabilidad profesional en la ciencia.

La hipótesis, no obstante, guarda semejanza con la anterior. Por vía de principio, el juez debe auxiliarse con el medio probatorio de la pericia, otorgándole a esas conclusiones, el valor particular que tiene por su carácter técnico.

Al resultar un medio de prueba, la pericia no es una consulta, porque el juez debe asignarle (de hecho, procesalmente lo tiene) el valor que ella importa como dictamen imparcial. De modo tal que, si el juez asumiera su condición científica y valorase directamente la cuestión sin haber expresado los fundamentos técnicos anticipadamente, privaría a las partes de un derecho, el derecho a la prueba, sacándola de su ámbito natural que es la etapa de verificación o deliberación.

Por otra parte, es aconsejable utilizar el medio de prueba, aun teniendo una capacidad técnica particular, porque permite la incorporación de otro elemento de estudio y, en definitiva, la valoración final es libre y la experticia juega como asesoramiento.

b) *Las máximas de experiencia*: el juez es un individuo que conoce las realidades de la vida, no es fugitivo de los diarios acontecimientos y, el paso del tiempo con sus vivencias, y el estudio meditado de las circunstancias, le permiten contar con un caudal de conocimientos que construyen la denominada “máximas de experiencia”.

Resultan principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y, como tales, sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan, por ende, como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas¹⁴⁵.

No debe confundirse con los hechos notorios, porque en estos la eximición probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, en las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico. Mientras el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, las reglas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso. Precisamente por ello las máximas no necesitan de prueba corroborante, aun cuando esta cuestión tenga dividida las opiniones doctrinarias.

Carnelutti puso de resalto el inconveniente de utilizar la voz prueba para el conocimiento de la reglas del derecho, porque, en definitiva, se hace una extensión desmesurada del concepto; debiendo por tal razón excluirse de la idea, los procesos de fijación de las reglas del derecho y de experiencia [...]

“Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las reglas de experiencia o de derecho: lo que se puede probar históricamente es el hecho de su función o de su afirmación, no la regla misma. No

¹⁴⁵ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, *op. cit.*, p. 355.

existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida, existe tan solo el testigo o documento de su formación o de su afirmación”¹⁴⁶.

La posición opuesta se apoya en la opinión de Florián quien al referirse a los principios de experiencia sostiene: “De ellos puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de la cosa”. Pero esta distancia entre el hecho y la regla admite posibilidad de confusión con los hechos notorios, los evidentes, o bien con el conocimiento privado del juez. Si los hechos son conocidos por todos, sin importar el calificativo o adscripción a un grupo, ellos no se prueban. A *contrario sensu*, los otros requieren de verificación.

No obstante, cuando cita a Stein pretende introducir una caracterización de las reglas o máximas de experiencia: “Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de Juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en la relación con nuevos casos”¹⁴⁷.

Estas afirmaciones dejan pendiente una diferencia que no parece tener, liminarmente, cierta consistencia: si los hechos, luego de analizados y comprobados adquieren una íntima virtud, absoluta y obligatoria para el juez; y las máximas de experiencia, concilian el resultado al conjuro del examen libre del juzgador, ¿cuál será la diferencia? Según sus dichos sería, que las reglas agregan pautas de opinión, y los hechos demostrados pautas de decisión.

Aclara Rosenberg que [...]

“también la reproducción de un acontecimiento tan simple como, por ejemplo, que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas”¹⁴⁸, sin embargo, “la existencia de una máxima de experiencia, de una norma jurídica, es también un hecho en el sentido lógico; pero no es un hecho en el sentido del derecho de prueba”¹⁴⁹.

Lo conveniente, a nuestro criterio, está en no confundir el juicio proposicional que puede partir del análisis de un caso cualquiera, provenga el mismo de un partícipe directo (testigo) como indirecto (perito), con las situaciones que cobran estado público y trascienden al conocimiento de la generalidad como hechos notorios, e inclusive, con la experiencia capitalizada en la vida y en el oficio, que reporta una cultura jurídica especial que se utiliza en el proceso sin necesidad de llamado o alegación de parte.

El caso de los testigos y peritos no incide en la regla de experiencia (que es un juicio de valor) porque son explicaciones agregadas sobre la contingencia de uno o varios hechos; tampoco repercuten los hechos notorios, por lo ya apuntado; en suma, la regla o máximas de experiencia son un haber del juez que sirven para valorar la prueba.

¹⁴⁶ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, tomo I, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁷ CARNELUTTI, *La prueba civil*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁴⁸ ROSENBERG, *op. cit.*, tomo III, p. 220.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 221.

En verdad, como son juicios lógicos adquieren cierta afinidad con las presunciones judiciales, de las que jurisprudencialmente se hecha mano de continuo.

156.4 ¿Cuándo la propia naturaleza del hecho exime de probarlos?

Existen otros hechos que quedan eximidos de probarse, sea porque la ley predetermina razones por las cuales estima la innecesidad; o bien, por gozar de suficiente acreditación previa en los antecedentes que lo revisten. Son ellos:

a) *Hechos cuya prueba prohíbe la ley*: seguimos a Devis Echandía cuando explica que si la ley prohíbe un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte de la prueba¹⁵⁰.

A veces, esa prohibición viene predeterminada por la ley, en cuyo caso el problema deja de estar en el aspecto de si ese tema debe o no ser objeto de prueba, porque de hecho la necesita; para afincarse en la limitación del medio y en la libertad para aportarlo.

b) *Hechos eximidos de prueba por sus antecedentes jurídicos*: si los hechos propuestos a examen son reiteración de los analizados y ponderados en una instancia judicial anterior sobre la que existe sentencia o no llegó a dictarse por cuestión de prejudicialidad, esas circunstancias no requieren de prueba.

El Código Civil y Comercial contiene algunas disposiciones de esta calidad.

El artículo 1775 sostiene que [...]

“Suspensión del dictado de la sentencia civil. Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a) si median causas de extinción de la acción penal;
- b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;
- c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

El siguiente referido a la *condena penal* establece para la sentencia penal condenatoria efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

También el artículo 1777 establece que, en la inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad pena, si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso

¹⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, tomo I, *op. cit.*, 119.

civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

c) *Hechos que no se revelan por secreto justificado*: en rigor la eximición no asienta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximente del deber de declarar por razones justificadas, como pueden ser la posibilidad de incurrir en infracción penal que involucre al deponente, la revelación de un hecho conocido a través del ejercicio profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los supremos intereses de la Nación, entre otros.

El artículo 444 del Código Procesal permite al testigo rehusar a contestar el interrogatorio en los siguientes casos: 1) si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor; 2) si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.

Basta la invocación del reparo para que el juez admita la reserva del secreto, aun cuando existe jurisprudencia en contrario, que interpreta que la existencia de secreto profesional no queda liberada exclusivamente a la opinión de quien declara, sino que incumbe al juez establecer si concurre o no en el caso.

156.5 ¿Qué son los hechos negativos? ¿Se prueban?

No hablamos en la especie de negativa de los hechos que la otra parte afirma. Esta es una cuestión vinculada a la dialéctica del proceso y, en definitiva, su respuesta debe hallarse en la carga probatoria.

En verdad, bajo el sofisma de la negativa que busca ampararse en la regla de que “quien niega no está obligado a probar su negación”, se esconde el artilugio de un hecho afirmativo. Quien dice “no pague por tal cosa”, dice en realidad un nuevo hecho, o por lo menos, de igual naturaleza constitutiva que los afirmados por el actor.

Por lo tanto, el *onus probandi* no cambia y quien provoca un hecho negativo debe demostrarlo.

157. ¿Cuál es la finalidad de la prueba?

La finalidad de la prueba es de utilidad; se quiere lograr por su intermedio un robustecimiento de las razones que afirman una pretensión. Como tal, es actividad y aquí el problema deviene en las posibilidades que siguen, a saber. Por un lado, la prueba puede adquirir aptitud suficiente para producir certeza y seguridad en las relaciones jurídicas; por otro puede conseguir que se verifiquen las verdades que se propician, y finalmente, la prueba podrá incidir en la valoración del juez estableciendo datos o grados de certidumbre.

En el primer sentido, la prueba es en sí misma una razón; una verdad intrínseca; por supuesto que no es absoluta sino lógica y proveniente de una sistemática, de allí su permanente inseparable que es la posibilidad del error. Hay cierta analogía entre lo que hace el juez con lo que realiza un historiador.

Otras veces, la prueba tiene como finalidad ejercer un procedimiento de verificación, en cuyo caso, sus objetivo depende de la eficacia con que se ejecute cada medio probatorio.

También, es cierto, que algunos medios de prueba calificados como tales por el legislador, son resistidos por la doctrina [...]

“esta, como es bastante usual, dice Barrios de Angelis, comete los errores naturales del método jurídico; sienta una hipótesis más o menos subjetiva, de lo que debería ser prueba, agrupa los datos que verifican y rechaza los que no se acomodan a ella. Así, no serían medios de prueba ni las presunciones, ni la confesión, ni los indicios...”¹⁵¹.

La tercera, quiere como fin de la prueba incidir en las aptitudes de verificación y convicción de cada medio. Por ello, suelen distinguirse etapas o grados de certidumbre (V.gr.: plena prueba., semiplena prueba, etc.) y consecuencias diferentes.

Unos creen que el para qué, se prueba tiene andamiaje exclusivamente procesal, entendiéndose así que es, al solo y único efecto de fijar los hechos del proceso. Tesis que se vincula con el sistema de apreciación de las pruebas, especialmente con el llamado de la prueba legal.

Otros ven en la finalidad, una idea de convencimiento, o reglas que influyen en el ánimo del juez provocándole certeza. Aquí, suele indicarse que la prueba es una noción ontológica, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que, por tanto, exige la identidad de este con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente¹⁵².

De lo expuesto se colige cierta relación entre la prueba y su finalidad de llevar convicción; porque obtenida ella, también se fijan hechos, de modo tal que, entre fin y resultado vuelve a existir cierto paralelismo.

Resumidas las temáticas, el problema se interpreta en esos tres roles: a) la prueba como procedimiento a actividad, cuyo destino se concreta en la etapa pura del llamado derecho probatorio; b) la prueba como medio, o conjunto de operaciones de las que se extraen actividades específicas de verificación y demostración, y c) la prueba como resultado, o consecuencia que surgen de los hechos en la convicción jurisdiccional.

Si estudiamos cada uno de los tópicos, podremos ir desentrañando aspectos que, parcializando la finalidad, puede eliminarse sin riesgo que vulnere el carácter teleológico que inspira a la prueba.

La prueba bien puede definirse como una *actividad de demostración*. De hecho así lo entiende la más calificada doctrina. Por ejemplo Couture dice que “probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”¹⁵³. Guasp, comienza su explicación citando a la prueba como actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación¹⁵⁴. Pero, derivar de la demostración la finalidad misma parece exagerado, sobre todo en los sistemas donde el principio de publicización del proceso permite al juez instruir oficiosamente la causa, aun contra las renuncias probatorias de las partes.

¹⁵¹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 231.

¹⁵² DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, tomo I, *op. cit.*, 143 y sus citas.

¹⁵³ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁴ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 344.

Supongamos que la prueba fuese definida como un *proceso de averiguación*, tal como lo presentan algunas disposiciones procesales (v.gr.: art. 415 en la parte que dice que el juez "... podrá también interrogarles de oficio –a las partes–, sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad". También, el artículo 423 que dispone que: "La confesión judicial expresa constituirá plena prueba, salvo cuando –inciso 2º– recayere sobre hechos cuya investigación prohíbe la ley"), pero el juez no averigua, porque esa no es su función, el verifica afirmaciones y comprueba los hechos presentados. En ocasiones colabora con las partes, o con una de ellas, como resulta el caso del inciso 1º del artículo 323 respecto a las diligencias preliminares preparatorias para conocer algún hecho relativo a la personalidad del demandado, que debe comprobarse como recaudo para entrarlo en juicio.

Otra posibilidad sería darle sentido de *esclarecer*, o *aclarar* a partir de la prueba. Tal es la finalidad que, presuntamente, le asigna el artículo 36 inciso 2º al decir que, son facultades ordenatorias e instructorias del juez, "ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes...". Asimismo el artículo 61, que en situación de rebeldía, permite mandar se practiquen "...las medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos..."; o el artículo 473 que autoriza a esclarecer los hechos a través de la pericia o de su perfeccionamiento por otra posterior.

El esclarecimiento de los hechos es un norte bien definido en la prueba como actividad, pero resulta difícil ubicarlo como una finalidad exclusiva del instituto porque, se aclara a partir de algo, y este algo lo aportan las partes con su material fáctico. El juez, entonces, esclarece aspectos propuestos de modo tal que su tarea es parcial, o al menos, en este sentido, insuficiente.

La prueba, por lo dicho en los párrafos precedentes es *verificación de afirmaciones*, y el objeto principal serán los hechos. Pero la finalidad es lograr convencer al juez de la razón de nuestros dichos, llevándole por medio de la prueba, alguna certeza sobre esas cuestiones. A veces, y ello depende de los sistemas de apreciación, la certidumbre es *subjetiva*, como en los esquemas de libre valoración o sana crítica; u *objetiva* o *tarifada*, como en los mecanismos que otorgan veracidad absoluta al resultado de ciertas probanzas (v.gr.: Ley de accidentes de trabajo).

El resultado será, en conclusión, las razones que el juez aporte en la sentencia respecto a la convicción que le produce cada medio, sin estar obligado a ponderar uno a uno, sino aquellos que le confieren mayor entidad de convencimiento.

CAPÍTULO XVI

PROCEDIMIENTO PROBATORIO

158. ¿Qué es la Audiencia preliminar?

El proceso por audiencias es una evolución en los modelos de enjuiciamiento que se ha presentado, especialmente en Latinoamérica, como un sistema común inspirado en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

No se trata con ello de auspiciar, únicamente, un cambio en los modos de llevar adelante un proceso, sino, y lo que es más importante, una transformación de los roles de quienes en él intervienen, donde la tradición del proceso como lucha se desplaza hacia un concepto más cooperativo.

Es decir, se modifica la concepción liberal del juicio controvertido que busca el éxito de una de las partes, para ir pensando valores de eficacia y seguridad donde no haya vencedores ni vencidos, sino, antes bien, un derecho a que los jueces desarrollen el oficio procurando lograr con sus resoluciones una justicia plena y efectiva.

Diseñar un proceso por audiencias que sea diferente y seguro para sus destinatarios parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos.

Un modelo de este tipo es el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina que lo implementa sin haber modificado el capítulo probatorio, generando así numerosos inconvenientes en reglas y principios.

Por ejemplo, se instaure la *inmediación* con amplios poderes del juez para intentar la conciliación entre las partes. Esto significa considerar a los medios alternativos para solucionar conflictos como un complemento o una nueva oportunidad para conseguir la pacificación que no se consiguió en la etapa de mediación, cuando ella es obligatoria.

Luego aparece la *concentración de las etapas de contradicción y probatorias*. Es decir que, todas las defensas o excepciones que se interpongan deberán ser resueltas en un solo acto o asignándoles “efecto diferido”; las pruebas se sustancian en pocas actuaciones y las que habitualmente se presentan por escrito, se anticipan a la audiencia permitiendo su complemento verbal cuando resulte necesario (por ejemplo, con el testimonio de peritos). Las partes han de tener posibilidades reales de intercambiar pruebas, convenir pautas de desarrollo, notificarse sin formalidades. Es decir, en pocas palabras, eliminar las ficciones reiteradas del proceso escrito, canjeando la técnica por la eficacia y rapidez.

Otra característica importante es la *disposición sobre el objeto litigioso*, de forma tal que las partes puedan resolver las cuestiones en controversia sobre la base de un modelo simple que no tenga clasificaciones inútiles como la amplitud del conocimiento. Se trata de proponer una técnica de debate que gire alrededor del foco problemático. En este aspecto, la audiencia preliminar es el centro neurálgico del procedimiento. Pero al mismo tiempo, deja de lado principios como el de congruencia (porque se podría resolver sobre lo no pedido por las partes) y el dispositivo (donde son las partes quienes resuelven el objeto y los sujetos de la relación jurídica procesal).

El proceso por audiencias se implementa con actuaciones escritas y un desarrollo oral. El esquema avanza a través de actos, antes que por etapas, de manera que a diferencia de los llamados juicios de conocimiento estructurados en secciones (*litis–contestatio*, prueba, sentencia) en las que cada una tiene que estar terminada para comenzar la siguiente (principio de preclusión); en el modelo previsto la secuencia sucede en audiencias. Vale decir, en actuaciones que se suscitan ante el juez, quien debe resolver en cada una de ellas.

Básicamente, entonces, las funciones de los operadores jurídicos se alteran. Es cierto que los comienzos de la instancia siguen iguales (con leves diferencias según las excepciones o defensas que se opongan) porque tanto la demanda como la contestación documentan por escrito la pretensión y la resistencia. Pero, trabada la *litis*, el procedimiento adopta un curso rápido y expedito si consigue que las pautas establecidas se cumplan.

Prácticamente todo el conjunto de normas y principios que se han desarrollado hasta ahora, piensan y se aplican al procedimiento escriturario. De igual modo, se explenan pensando en el principio dispositivo según el cual *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (debe el juez fallar según lo alegado y probado por las partes).

Es un encuadre rígido que establece los hechos con un criterio de posesión, donde cada parte debe verificar, confirmar o demostrar (según los criterios de política procesal que se establezcan para la prueba) los hechos que manifiesta como suyos.

Cada uno tiene su versión, su propia lectura y una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman al juez como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

En efecto, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta relación convierte al proceso es una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris-dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

Mucho menos si el análisis proviene de una sustancial modificación en el esquema procedimental federal, que ha desplazado el desarrollo tradicional de los hechos controvertidos, alegados y conducentes, para dar paso a los hechos fijados en la audiencia preliminar que inicia la etapa probatoria del actual proceso por audiencias.

No se trata, claro está, de sostener que el objeto probatorio no sean los hechos controvertidos; sino de afirmar que estos hechos pueden seleccionarse por el juez para acotarlos a los que interesan para alcanzar la verdad y poder dictar una sentencia útil y efectiva.

160. ¿Qué es la carga de la prueba?

La raíz etimológica de la palabra carga deriva de la palabra latina *onus*, que por lo general, se traduce como “peso”. De este modo queda emplazado el deber de probar lo que se afirma como sucedido y que se alega como presupuesto fáctico para aplicar una norma que favorece la posición de quien sostiene una demanda.

La idea es simple: *el que afirma debe probar*; pero el problema es inmediato ¿qué se debe probar?; y ¿qué ocurre si la prueba depende de la colaboración del demandado?, o si ella es de imposible obtención porque se ha perdido o extraviado.

En fin, la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de un hecho importante, por lo que se concluye que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos (aun los negativos) de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito la pretensión procesal.

En definitiva, la carga probatoria supone presentes estos contenidos: el que define quienes son los responsables de demostrar y verificar la verdad de las respectivas afirmaciones; y aquel que indica qué hechos son los que deben probarse.

Couture lo resume así: “Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en un sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”¹⁵⁵.

La otra cara es, que si falta la prueba, no hay confirmación del hecho y por tanto, insuficiencia de argumentos para acoger la pretensión.

Queda claro, entonces, que la noción de carga reposa como un “imperativo del propio interés”, por el cual se pueden obtener ventajas o impedir perjuicios.

160. ¿A que se denomina carga objetiva y subjetiva de la prueba?

En materia de prueba logra una notoria preponderancia, toda vez que marca la incidencia de la conducta en estos sentidos: a) cifra a las partes que alegan el compromiso de verificar sus afirmaciones, obrando de alguna manera preventivamente, al saber el interesado que su escasa o ninguna actividad será suficiente para descalificar el contenido de la pretensión; b) para el juez, puede servirle como regla o señal acerca de como debe fallar, evitando el non *liquet*, esto es, “una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hecho”¹⁵⁶.

Al primer concepto se lo denomina *carga objetiva*, porque precisa el interés del objeto a demostrar, es decir, no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo.

El otro aspecto es llamado *carga subjetiva* y se vincula con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto.

¹⁵⁵ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 241.

¹⁵⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría de la prueba judicial*, tomo I, *op. cit.*, p. 227.

Además, al estar la carga probatoria formulada sobre el *interés* no puede soslayarse la intención o voluntad para activar el ejercicio de verificación. La conducta procesal, entonces, cubre una faz de atención importante.

La carga es también una cuestión de *riesgo* que asume el mismo interesado. Si resuelve activar la verificación de los hechos que afirma se quita el “peso” de encima (en definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso); si es renuente, crea una incertidumbre que grava la creencia de sus dichos.

Por lo expuesto podemos definir a la carga de la prueba como un instituto procesal que contiene una regla de juicio, a través del cual se le indica al magistrado cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de esos hechos a fin de evitar consecuencias que les sean desfavorables.

161. ¿Qué características presenta la carga probatoria?

La noción de carga es compleja ya que por una parte es subjetiva y concreta y por otro objetiva y abstracta. Ello quiere decir que, es *subjetiva*, porque contiene una norma de conducta para las partes y señala cuáles son los hechos que conviene probar en cada proceso. Es *concreta*, en cuanto determina los hechos particulares que se han de demostrar por cada parte.

A su vez, es *objetiva* por cuanto implica una regla general cuando falta la prueba; y es *abstracta* cuando actúa como regla de juicio sin referir a casos particulares, en la medida que se tiene como una guía de actuación judicial en todos los casos.

Con estas consideraciones se puede caracterizar a la carga de la prueba de la siguiente manera:

- Es una regla general para todo tipo de proceso.
- Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad de las partes.
- No determina quién debe llevar la prueba sino quién asume el riesgo de que no se produzca.
- Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley.
- Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba u por lo tanto eventual.
- Solo se aplica por el juez a hechos alegados, controvertidos y no exentos de prueba.
- Su influencia se extiende a todo el proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir.
- Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de buena fe, lealtad y probidad que tienen las partes

La doctrina del Supremo Tribunal de la Nación sostiene que [...]

“Las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio este que ese encuentra en relación con la necesidad de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales– a la verdad jurídica

objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (CS, 20/08/96).

El artículo 377 del CPCC prevé cuál es la carga de la prueba para las partes de un proceso judicial [...]

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

162. ¿Cuáles son las teorías sobre la distribución de la carga probatoria?

Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor debía probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

Este reparto, a pesar de la apariencia equitativa, en la práctica portaba una dureza rígida y extrema. Las partes otorgaban a la verificación un ejercicio interesado, donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacia el órgano que debía captar la certeza. Colofón de esta característica era la imposibilidad de probar hechos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo manifestado por solo una de ellas, la otra quitaba toda posibilidad para demostrar y, ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo.

Conviene aclarar que el planteo se presentaba en el esquema de un procedimiento absolutamente dispositivo, que la historia, posteriormente, va tratando de atenuar al conjuro de principios que van evolucionando, pero que en líneas muy simples informan las etapas siguientes:

Primero se dijo que *la carga probatoria le corresponde al actor (onus probandi incumbit actori)*. La tesis es de cuño romano. Se basa en que el demandante debe probar la verdad de sus dichos so pena de perder el juicio. Al reposar en el actor toda la actividad de prueba, el principio se volvía contra sí por la injusticia que creaba cuando el demandado, aun negando, escondía un artilugio de hechos impositivos, extintivos o modificativos que también aquel debía verificar. Por otra parte, resultaba inaplicable en los casos de hechos beneficiados por una presunción legal, con el déficit acusado de no poder mudar el *onus probandi* o dejar al proceso con la inseguridad de no saber si el juez atendería esa presunción, o bien que había falta de prueba.

El mismo derecho romano se hizo cargo del error y motivó un nuevo principio, que consistió en sostener que *la carga de la prueba le corresponde al que afirma o al que niega*, evitando que la prueba fuera exclusiva tarea del actor, pero sin lograr demasiados cambios.

Como una proyección de esta idea se dijo que *la carga de la prueba también le corresponde al que excepciona*, sin agregar demasiado a los problemas que antes mencionamos.

Con Chiovenda se va a argumentar que el *onus probandi depende de los hechos*, a cuyos efectos se los clasificó en constitutivos, impositivos, convalidativos y

extintivos¹⁵⁷. Consecuencia natural de esta división fue la distribución de obligación probatoria entre hechos normales y extraordinarios, interpretando que los primeros estaban exentos de actividad y sí debían probarse los siguientes.

Con el paso del tiempo, la carga de la prueba pasó a ser una cuestión afinada, antes que en la obligación de probar, en la actividad necesaria para alcanzar la verdad. Por eso, tanto en Europa como en América, se comenzó a referir a la actividad de colaboración entre las partes, siendo la *carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre partes*.

En nuestro país, Morello fue uno de sus propulsores. Las ideas del maestro platense ilustran al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional. Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal. Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*. Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el juez. Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quien correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones si ellos están ya demostrados.

También, acertadamente, Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hacen rotar el deber de cooperación o colaboración¹⁵⁸.

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que solo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; de sostener que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

163. ¿Cómo interpreta el CPCCN la carga de probar?

El tema está tratado en el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La regulación destaca dos aspectos del principio: el párrafo primero adscribe a la corriente del deber de probar los hechos afirmados; no indica qué debe hacerse con los demás, aun cuando siguiendo pautas ya conocidas puede ratificarse que no necesitan de prueba las negaciones, ni los hechos admitidos, reconocidos, confesados, es decir, que hubieran perdido el carácter de controvertidos.

El segundo párrafo parece tomado de Rosenberg que es el creador de la teoría que sostiene que *la carga de la prueba consiste en verificar los presupuestos de hecho de la norma*, pero tiene una confusa redacción. Al señalar que debe probarse dicho “presupuesto” pareciera querer indicar que debe verificarse el derecho, lo que naturalmente es improcedente a tenor del principio *iura novit curia*.

Además el “deber” no se convierte en “carga” por la sola mención del precepto, pues recordemos que el carácter subjetivo de la carga, obra aquí como previsor de

¹⁵⁷ Cfr. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁸ PEYRANO, Jorge W., *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005.

resultados inconvenientes o no queridos. Si no hay prueba no habrá verificación del presupuesto de hecho que confirme el fundamento de una pretensión.

Esta interpretación sugiere tener por cierta en la norma la necesidad de que se prueben tales presupuestos que son, a su vez, los que producen los efectos jurídicos que se invocan.

Ahora bien, la disposición comentada centra sus proyecciones en dirección del actor, tanto como para que verifique los hechos afirmados, como para que pruebe el presupuesto de hecho que la norma requiere para producir una determinada consecuencia jurídica. Ello no significa apartarse de la denominada “carga objetiva”, utilizada en otros como regla o enunciado de proceder en la limitación o falta de prueba.

La relación que tiene el precepto con el artículo 386 referido a la apreciación de la prueba conforme las reglas de la “sana crítica”, puede completar el déficit, porque estas “reglas” a que alude la ley adjetiva y que no se definen en ordenamiento de fondo alguno, constituyen simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciante.

Son normas de lógica que corresponden al criterio individual de los jueces y respecto de los cuales estos son soberanos en su interpretación y aplicación.

Surge necesaria e imprescindible esta vinculación, por cuanto la *carga subjetiva* de la prueba obra irremediamente como pauta, como sanción o como imposición, pero siempre en derredor del análisis crítico del juez a la hora de sentenciar. Precisamente por esto, el *onus probandi* recién tiene dimensión tangible al tiempo de razonarse los fundamentos, los sucesos y demás obrados que hacen al fallo (*carga subjetiva*).

En tal sentido, dice Eisner que [...]

“... cuando el juez advierte que un hecho controvertido, de importancia en la causa, ha quedado sin justificar, no resultando que haya ocurrido ni que haya dejado de ocurrir, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre la distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valer de sustento a la misma y al derecho invocado, que lo exige para conceder sus efectos jurídicos”¹⁵⁹.

164. ¿Qué es el principio de colaboración en la prueba?

Es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos.

El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Por ejemplo, el artículo 710 del Código Civil y Comercial establece que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

La iniciativa se tomó, principalmente, en los procesos de responsabilidad profesional, y para ello se ha dicho que [...]

¹⁵⁹ EISNER, Isidoro, *Nuevos Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1991, p. 178.

“En materia de responsabilidad médica y como consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el médico es de actividad incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquel. Pero las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico determinan que deba conferirse a la prueba de presunciones un elevado valor; por tanto evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa. Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad” (CNCiv., Sala D, 28/02/1996, La Ley, 1997-C-224).

165. ¿Es prueba la conducta de las partes?

La conducta o comportamiento procesal de las partes puede ser calificada por el juez. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresamente determina en el tercer párrafo del inciso quinto del artículo 163, que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

Siguiendo esta línea, que trabaja en la valoración de la prueba y al tiempo de dictar sentencia, se pueden considerar diversas manifestaciones (hechos y actitudes) que cobran relevancia para formar la convicción del juez, como las actitudes omisivas, contradictorias, falaces u obstruccionistas. Ello así porque si bien no se exige que una de las partes tenga que menoscabar su derecho a favor de la contraparte, sí existe un deber de colaboración a los fines de esclarecer la verdad de cómo sucedieron los hechos. Lo mismo si la parte tiende a obstaculizar la pretensión de la contraparte más que a defender su posición en el proceso.

Como ocurre en las presunciones la conducta tiene un valor indiciario que sirve como principio de prueba, pero nunca como único fundamento.

También, la conducta de las partes será considerada por el juez a los fines de declarar la temeridad y malicia de ellas, y en su caso, imponer una multa.

166. ¿Qué significa valorar la prueba?

Se entiende por apreciación (darle precio) o valoración (cuanto vale la prueba) el momento preciso en que el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, explicando en los considerandos de la sentencia el grado de influencia que ellas le han reportado para resolver la causa.

Es decir, las aprecia en el momento de sentenciar, pero ello no excluye que pueda hacerlo durante la producción de la misma, pues a medida que son buscados los elementos de prueba van siendo fiscalizados y considerados para efectuar una selección y así eliminar las no pertinentes.

El juez no tiene obligación de ocuparse de todas las pruebas, sino de señalar cual de ellas le significa más que otras; por eso, realiza un orden de selección y calificación donde interactúan distintas contingencias que van influenciar la posibilidad de análisis, pero toda la prueba colectada en autos debe ser apreciada en su conjunto por el principio de unidad de la prueba, atento que en la generalidad de los casos se llega a la convicción por medio de una evaluación de la totalidad de los medios probatorios y no de la consideración aislada de ellos.

Puede suceder que el juez se encuentre desorientado al tener que ponderar el valor de la prueba frente a los atributos de otras normas que pueden ser de tipo sustancial o procesal, que le indican como resolver su suerte.

Para resolver el dilema se han planteado dos posiciones. Un sector considera que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal sino material, y en consecuencia, fijan una suerte de derecho de las partes que es anterior al proceso. La idea se apoya en la necesidad de contar con una prueba preconstituida y para darle eficiencia *a priori* a ciertos negocios jurídicos. Es una concepción netamente privatista del proceso que mira el problema desde el punto de vista particular y olvida que la prueba es tanto una actividad de las partes como un instrumento de convicción del juez y que el principio de estabilidad de las convenciones no se altera por el hecho de que las leyes procesales regulen la eficiencia de la prueba.

Dice Chiovenda [...]

“La eficiencia de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la norma, de manera que si las leyes civiles marcan que ciertas reglas de derecho, para ser válidas deben tener determinada forma (*ad solemnitatem*) o para ser apreciadas requieren de otra condición (*ad probationem*) el sentenciante estaría privado de actuar por la inoficiosidad que la norma de fondo le indica”¹⁶⁰.

De este modo, la regulación sustancial de la forma y prueba de ciertos actos, le quitaría al juez la libertad de apreciación, sin que ello afecte sus potestades dado que se establece por razones de política jurídica.

Couture manifiesta que cuando por razones de política jurídica el legislador instituye determinado medio de prueba o excluye otro, lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales inherentes a la naturaleza del juicio, esto se debe a que la prueba es una actividad inherente a las partes, que se utiliza para crear una convicción en el juez y para darle eficiencia a la prueba ⁽¹⁶¹⁾.

Otros, en cambio, apuntan al grado de convencimiento que las pruebas aportan como medios de obtención de la verdad; y si ellas deben seguir un estándar para darle validez, perdería esencia y sentido. Por ejemplo, los nuevos sistemas de contratación (v.gr.: banca electrónica; tarjeta de crédito; etc.) no se rigen por las formas anquilosadas del siglo XIX, y nadie duda de su validez implícita, el hecho concreto de la operación no tenga firma ni se emita con doble ejemplar.

167. ¿Qué sistemas se conocen de apreciación de la prueba?

En la sentencia el juez puede tener libertad de selección y valoración de cada medio, en cuyo caso el sistema adscribe al denominado de la *libre apreciación*, o puede estar sujeto a normas previamente determinadas, que le objetivan los parámetros de atención, entonces estaríamos hablando del *sistema de prueba legal*, o tarifada, o tasada.

Ambos mecanismos se enfrentan con realidades distintas, mientras que en la libertad de valoración el juez ejercita plenamente la función jurisdiccional obrando con lógica prudencia, en la restante no habría actividad alguna más allá de la formal tarea de encuadre; en los hechos habría prescindencia absoluta de apreciación o valoración, porque los estándares ya estarían fijados objetivamente.

¹⁶⁰ CHIOVENDA, *Instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶¹ COUTURE, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 178.

Modernamente la doctrina refiere a un tercer sistema mixto llamado reglas de la sana crítica, que aparece consagrado, juntamente con la prueba legal, en el ordenamiento procesal nacional. Reza el artículo 386 del CPCCN: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formaran su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

a) Sistema de la Prueba Legal

Este sistema supone otorgar por vía legislativa un valor determinado a cada medio de prueba, o bien solamente para algunos en especial, es decir que el sistema legal es el que señala al juez el valor que debe acordar a cada medio probatorio, es un valor anticipado sin que importe el grado de convencimiento que obtenga en el caso concreto al juzgar.

Por ello, al tiempo de emitir un pronunciamiento debe analizar el merito de los elementos incorporados al proceso asignándole la eficiencia que ya viene establecida; si ella fuera inexistente, no habría posibilidad de sentenciar por lo ponderado y tendría que rechazar la pretensión. En este mecanismo no existe valoración toda vez que ya está anticipada la guía de consideración. Obviamente tampoco se obtiene convicción porque el juez solo confronta hechos con pruebas legales y si el ajuste existe, descarga la utilidad como medio por el valor previamente asignado.

En ejemplo de este sistema se obtiene de la Ley de Riesgos de Trabajo que para otorgar derecho indemnizatorio, basta con verificar que el percance se produce por el hecho o en ocasión del trabajo, sin importar cómo sucedió o que grado de culpa tiene el afectado.

b) Sistema de la prueba de libre apreciación

En este sistema, el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que lo predeterminen; la eficiencia la consigna de su pleno raciocinio sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas la pruebas producidas sino solamente de las esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Es un mecanismo totalmente distinto al de la prueba legal, que deposita en el juez la confianza suficiente para que otorgue a cada prueba un valor persuasivo. Se logra intima convicción, es un mecanismo de prueba razonada o apreciada en conciencia, sería la unión de la lógica y la experiencia sin olvidar las abstracciones que los filósofos llaman de higiene mental tendientes a asegurar el mas certero razonamiento.

Según Couture, el razonamiento del juez no se apoya necesariamente en la prueba que se exhibe en el proceso, ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes, el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad, con la prueba en autos, fuera de la prueba en autos y aun contra la prueba en autos¹⁶². La valoración de la prueba es una tarea que le compete al juez y que realiza en la soledad de su conciencia, después de que todos los medios probatorios han sido producidos para llegar al convencimiento, entendido este como un proceso mental a través del cual asimila estímulos producidos por los factores externos y que resulta de este proceso la

¹⁶² *Ibidem*.

formación de una convicción racional personal creada libremente sobre la existencia o inexistencia de hechos reales.

168. ¿Qué son las reglas de la sana crítica?

El amplio margen de libertad que tienen los jueces en el sistema de la libre apreciación, encuentra un límite con las reglas de la sana crítica.

El modelo tiene origen en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855; el artículo 317 reglaba: “Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. El contenido del precepto parece tomado del sistema de interpretación basado en la crítica racional (o de la sana filosofía, como apunta Caravantes), aun cuando la jurisprudencia posterior varía el enfoque para expresar en la sana crítica juicios de lógica pura, o reglas de la simple observación y experiencia, o de la lógica aplicada al proceso, o del buen sentido de intelección, o coincidencia con el modo correcto del entendimiento humano, otras veces se confía como lectura de la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces, etcétera.

La sana crítica admite modalidades según el proceso donde se aplique, o mejor dicho, respecto de la estructura donde actúa.

El resultado de la prueba no se mide por la mayor o menor cantidad que adquiere el proceso, sino por el grado de convicción que logran en la conciencia del juzgador.

A veces, se imponen o establecen modalidades que dependen del tipo de proceso. Es la hora de atender si aquella libertad de valoración que tiene el juez es absoluta o encuentra modalidades que influyen sobre sus deducciones o percepciones.

Es del caso diferenciar los procesos orales de los escritos, y aun aquellos que reconocen la actuación de jurados populares o legos. Cada uno de estos trámites sugiere la conveniencia en considerar la forma como se conoce la actividad probatoria, y la forma por la cual podrá darse intelección a los persuasivos que agrega cada uno de esos medios.

La apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional, son expresiones distintas de una misma modalidad, pero con la característica de respetar en sus conclusiones la forma como se da lectura a la etapa y a los medios o elementos de prueba.

Estas particularidades de la libertad de valoración, conciliadas con las reglas de la sana crítica, muestran perfiles distintivos para el tipo de procedimiento donde se encausen.

a) La íntima convicción

La íntima convicción supone un grado de convencimiento tal que impide cualquier vestigio de duda, por eso, es natural pensar en tal mecanismo en los procesos penales.

En los otros, la duda persiste sobre qué tipo de persuasión cabe: puede ser racional, como lo llama cierta parte de la doctrina; en cuyo supuesto queda entendido que la justicia emitida es fundada en principios incontestables que afirman su coincidencia con el debido proceso. O es, intuitiva, porque el análisis de los medios, aun

cuando se recibe de manera inmediata y directa, no deja constancias escritas obligando a una rápida decisión (v.gr.: veredicto y sentencia).

La íntima convicción expresa una modalidad de la misma libertad de apreciación, pero donde la principal asistencia está en el convencimiento de conciencia. El ejemplo típico está en los procesos penales, como dijimos, y en la captación que hacen los jurados populares, que sin estar condicionados por formación jurídica previa, desarrollan una actividad con predominante sentido moral. La mínima duda admite resolver en sentido contrario, aunque hubiese principios de prueba o semiplena prueba, en las condiciones que tuvimos oportunidad de aclarar.

b) La apreciación en conciencia

Este es un caso particular, común en la justicia de desarrollo oral, donde no quedan constancias escritas de los actos de prueba.

Se dice que “en conciencia”, significa, conforme a la conciencia, esto es, según el conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar; o sea que se invoca un sentimiento noble que se ejercita para hacer el bien y evitar el mal, que es el primer principio de moral.

Pero bajo este prisma habría poca o ninguna diferencia con la íntima convicción, debiendo entonces, para captar sus distancias, advertir sobre la naturaleza del procedimiento en el que se articulan.

En el proceso común, ambos contendientes disponen de análogos medios de prueba que son valorados al concierto de los principios libertarios anunciados. En cambio, en los procesos orales, la prueba no deja huellas de inmediato retorno; vale decir que sirven, en la medida de su inmediata captación y entendimiento.

En los procesos penales, es de tal entidad la seguridad que se exige para condenar o absolver, que solo la íntima convicción asegura el mínimo respeto al debido proceso. Mientras que en los procesos sociales civiles (laborales, seguridad previsional, administrativos, etc.), promedia una cuestión de interés público que utiliza al proceso como remedio a la diferencia de medios y posibilidades.

Pero con ello estamos lejos de tolerar en un juez laboral la permisón de emitir sentencias basadas en la pura equidad sin fundamentos jurídicos. La apreciación en conciencia tiene presente el lugar donde se instala, pero no admite devaríos de conducta, porque cada medio de prueba se debe analizar en el concierto de la convicción que produzca, otorgar un prudente equilibrio crítico que enseñe en el veredicto las pruebas concretas en que basa sus conclusiones de hecho.

169. ¿Cuál es el sistema que rige en el CPCCN?

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece en el artículo 386 que salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica, por lo que el sistema adoptado puede ser considerado una combinación de los sistemas del de prueba tasada y el de sana crítica.

En efecto, si alguna norma dentro del ordenamiento jurídico le impide al juez valorar, pues apriorísticamente impone una prueba como tasada –v.gr.: la confesión expresa, artículo 423 del CPCCN, o en el caso de que en el momento de contestar la

demanda el demandado no desconozca los documentos que se le atribuyen acompañados en la demanda, primera parte del inciso primero del artículo 356 del CPCCN, o en el caso de que sea acompañado un instrumento público, cuyo valor probatorio como prueba legal surge del mismo Código Civil y Comercial, el juez deberá así considerarla. De lo contrario, apreciará conforme la sana crítica.

170. ¿Qué son los medios de prueba?

Son los instrumentos procesales que nos sirven para recrear los acontecimientos haciendo que las fuentes de prueba exterioricen el conocimiento registrado, respecto de los hechos.

La elección de los medios de prueba es facultad privativa de los litigantes salvo cuando la ley prescribe uno determinado.

El medio de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente, de la cual, a su turno, el juez debe descubrir la verdad (o no), de los hechos que configuran el objeto probatorio.

Según Carnelutti es la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar. Son fuentes de prueba, de acuerdo con el concepto precedentemente enunciado, las circunstancias o características de la cosa reconocida, el hecho receptado por un registro ya se trate de un objeto o de la mente humana. Es el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad¹⁶³.

En tal aspecto, todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba, por ejemplo, el documento es la fuente, y su aportación en el proceso es el medio.

La fuente preexiste al proceso, pero de nada serviría si no fuera incorporada al litigio mediante el servicio que reporta el medio. En consecuencia, para evitar confusiones se pretende lograr esclarecimientos a partir de una clasificación del grado probable de convencimiento que la prueba alcance. Igual conclusión se pretende al ordenar los medios de prueba de acuerdo con su estructura.

En resumen, podemos establecer que los medios de prueba son los instrumentos con que las partes cuentan para proporcionar los datos demostrativos (testigos, peritos, confesión, los documentos, los informes).

171. ¿A qué se denomina clases y grados de prueba?

La prueba puede ser atendida desde su finalidad o contenido, por el objeto y por el destino que llevan.

a) *Prueba directa e indirecta*: de acuerdo como se recibe cada medio se establece el modo de percepción. Por ejemplo, si el hecho se percibe en forma directa e inmediata (v.gr.: reconocimiento judicial), o bien si lo es de manera indirecta y mediata (v.gr.: testigos, indicios).

También se habla en esta división en el primer sentido cuando la prueba tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las verdades en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar directamente

¹⁶³ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

dichas afirmaciones. La segunda, a su vez, es útil para extraer nuevas afirmaciones que permitirán fijar por deducción los hechos controvertidos

La prueba indirecta puede ser histórica o crítica, según requiera de una simple comprobación con los antecedentes fácticos que le reportan una condición determinada, o bien, sean complemento de una serie de deducciones basadas en conjeturas que, enlazadas sucesivamente por la actividad desenvuelta, cubren la necesidad de prueba por acumulación de verificaciones.

b) *Prueba plena, semiplena, principio de prueba*: esta discriminación es habitual contenido del denominado resultado de la prueba, es decir, la medición en términos absolutos del grado de convicción alcanzado para sentenciar. Cuando no existen dudas sobre la verdad ocurrida se habla de plena prueba, para ir disminuyendo su importancia hacia la semiplena prueba (mera justificación) que tiene su correlato en la falta de prueba, o en el principio de prueba según el estado que produzca esa situación intermedia.

c) *Pruebas constituidas en el proceso o anteriores (preconstituidas)*: según la manera como resulta el ofrecimiento, la prueba puede ser previamente formada, por ser anterior al proceso y haberse logrado en ocasión del hecho mismo en debate (v.gr.: prueba documental); o bien, ser causa del litigio, en cuyo caso su origen y constitución es producto del interés de las partes y de la orden judicial de proveimiento (v.gr.: prueba pericial). Se denominan también pruebas circunstanciales.

d) *Pruebas principales, contrarias y contraprueba*: se llaman principales a las demostraciones que tienen incidencia directa con la pretensión y que resultan conducentes para verificar los hechos afirmados; contraprueba será la actividad probatoria del oponente encaminada a desvirtuar la solidez de la anterior. En cambio, prueba en contrario se denomina al ejercicio que procura demostrar la inoperancia de una presunción legal o judicial.

172. ¿Cómo se clasifican los medios de prueba?

Los medios de prueba pueden estar enumerados en los ordenamientos procesales mediante un *numerus clausus*, o tolerar la ampliación a otros, siempre que no vulneren el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Va de suyo que la clasificación depende en gran medida del sistema de valoración que el legislador establezca, porque en un mecanismo de prueba legal o tarifada, tiene un valor anticipado incommovible, de suerte que resulta innecesario abundar en demostraciones. Otros admiten el *numerus apertus*, estableciendo medios legislados, y no legislados donde comparten objetivos los métodos tradicionales con los que la ciencia y la técnica agregan con su avance.

Según el Código procesal civil y comercial de la Nación [...]

“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez” (art. 378).

Para dilucidar si una prueba es o no admisible debe acudirse a la pertinencia del medio, o sea verificar si la de que se trata demuestra la existencia de relación entre el

hecho por probar y el litigio. Una vez establecido, debe ubicarse la formalidad del trámite, a cuyo fin, resulta necesario conocer a cada medio en sus definidas particularidades.

Las reglas aplicable en esta norma consagra la libertad de los medios de prueba, estableciendo al lado de los medios legales, los judiciales (o sea los que disponga el juez), con el único límite de que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Este sistema abierto adoptado por nuestro código, permite aportar una solución a los supuestos de medios combinados o compuestos, actuando con unidad en una prueba y también permite la admisión de sistemas de demostración científicos, distintos de los que generalmente la ley tiene para los documentales limitados particularmente a los instrumentales.

173. ¿Cuáles son los medios de pruebas legislados?

Genéricamente las pruebas conocidas y legisladas son: *a) Confesión en juicio; b) Documental; c) Informativa; d) Pericial; e) Testimonial; f) Reconocimiento judicial y, g) Presunciones e indicios.*

Vale aclarar que solo se mencionan a título indicativo, sin establecer si cada uno de ellos es un verdadero medio de prueba, porque, tal como sucede con las presunciones, en realidad, constituyen un proceso de valoración, un resultado de las máximas de experiencia. Lo mismo se puede decir de la pericia, la cual expresa un dictamen sin otro valor que no sea el que porta la ciencia que traduce.

El progreso de los medios técnicos y científicos permiten colaborar con el proceso a través de nuevos elementos de prueba que, por su precisión y eficacia, consiguen determinar con cierta seguridad los resultados que alcanzan.

Estas se denominan pruebas científicas, y han encontrado en la práctica una muy buena recepción.

En la clasificación de las pruebas tuvimos oportunidad de observar como ingresan cada uno de los medios al proceso, y la incidencia que ellos generan, sea en razón del tiempo, o por la percepción directa o indirecta del elemento, o bien, al examen de las personas o cosas que aportan el nuevo conocimiento.

La primera consecuencia que contrae la entrada de estas constataciones sobre hechos pasados, es que son, asimismo, hechos reafirmativos (confirmatorios) o negatorios de un relato inserto en los escritos constitutivos. Todos ellos ingresan documentadamente al proceso, ya sea porque se ofrecen en un instrumento público, privado, documento o actuación, o porque se trate de actividades escritas tomadas del testimonio prestadas en las declaraciones de testigos, o informes periciales, o relevo de los sucesos tomados del reconocimiento judicial.

En cuanto a su repercusión en el ánimo del juzgador, las pruebas se alcanzan por percepción directa (caso del reconocimiento judicial), por representación (sea de cosas como los documentos, o de personas sin interés en el pleito: testigos y peritos, o interesadas por su condición de partes: confesión judicial) o bien, por deducción del juez (presunciones e indicios, conducta procesal de las partes), o dictámenes de terceros (peritos, informes científicos).

Simplificando, se puede decir que solo hay dos caminos para alcanzar la convicción: uno directo a través de los medios de indudable acierto y evidencia para mostrar el hecho tal como se presenta; y otro indirecto, donde se requiere de una actividad deductiva por la cual la certidumbre se adquiere mediatizando el medio con la lógica e inteligencia que aplica quien la interpreta.

La actividad probatoria resume en los medios de prueba los elementos que el interesado tiene para alcanzar la verdad. Ellos provienen de las partes a través de la confesión, de terceros en la prueba de testigos, de las representaciones que contienen los documentos y los informes, de la percepción directa que se recibe en un reconocimiento judicial, de los conocimientos especializados que aporta un auxiliar de la justicia como es el perito, o de otras situaciones que pueden deducir presunciones e indicios.

Pero atendido cada medio de prueba se constata que muchos de ellos no tienen carácter instrumental, porque no hay mediatización entre el juez y el hecho. Un reconocimiento judicial (inspección ocular) otorga una visión directa de las cosas, distinta a lo que muestra la prueba de testigos donde la percepción de la realidad se obtiene de una versión que, justamente, mediatiza el hecho.

Algo similar sucede con la prueba de peritos porque si el objeto de la prueba es la cosa y no lo que se afirma respecto de ella, la pericia carecería de matiz probatorio. Como aquellos aportan a la causa un conocimiento que el juez no posee, la utilidad es para formar convicción, pero sin tener vínculo con los hechos pasados motivo de la controversia. El perito nada sabe de lo anterior, es cierto; si algo supiera sería testigo, de modo tal que los ajustes deben hacerse sobre la representación que tiene, procesalmente hablando. Entonces, la pericia obra como medio de prueba al abordar el conocimiento sobre los hechos y emitir el dictamen que se le requiere, y es fuente de prueba respecto a la cosa motivo de experticia.

Las presunciones son cuestionadas como medios de prueba porque no provienen de las partes, de modo tal que no enfatizan actividad alguna de estas, recayendo en la volición del juez todo el mecanismo que admite su presencia en el proceso. Inclusive, se dan en un momento posterior a la etapa probatoria, o al menos en el tramo final de la evaluación, donde quien dicta sentencia las asume como máximas de experiencia o por la lógica estricta que de ellas proviene.

También la prueba de informes demoró largos años en asumirse como medio de prueba, pues podía ser fungible con otros medios, como la documental, la testimonial o la pericial.

De todos modos, la enumeración de los medios hace a la dogmática de la prueba, y no al pragmatismo con que se los analice, no ha de olvidarse que los medios de prueba podrán considerarse desde dos puntos de vista. Por uno se destaca la actividad del juez o de las partes en ejercicio activo de conocimientos al primero; por otro pueden ser los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento con lo cual se supera el problema.

CAPÍTULO XVII

LOS MEDIOS DE PRUEBA

▪ Prueba documental

174. ¿Qué es un documento?

Por documento se entiende a todas las representaciones materiales que expresan una manifestación del pensamiento.

Son considerados así a los que son conformados con signos de escritura (un contrato, una carta documento) como otros que no constan de tales signos, como las fotografías, radiografías, planos, cintas de audio o de video, films cinematográficos, etcétera.

En nuestro ordenamiento jurídico se trazan diferencias con los “instrumentos” que refiere el Código Civil y Comercial cuando reglamenta en los *públicos y privados* todo lo concerniente a forma, contenido y fuerza probatoria (arts. 284 a 319); y el Código Procesal que solamente analiza la situación de “documentos” que se deben exhibir en juicio, a la forma de autenticar los documentos privados, y al trámite para su impugnación.

Por eso, la incorporación de la prueba documental se remite a normas particulares, y el estudio de documentos particulares tiene expresiones distintas según la norma aplicable en cada supuesto.

Por ejemplo, cuando se trata de *correspondencia particular*, el Código Civil y Comercial dispone en el artículo 318 que [...]

“La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial”.

Además, cuadra observar que el artículo 319 del mismo ordenamiento, cuando se refiere al valor probatorio dice [...]

“El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

175. ¿Qué es un instrumento público y qué un instrumento privado?

Los instrumentos públicos emanan de un funcionario público, en quien se ha depositado la fe pública, con las formalidades y solemnidades establecidas en el ordenamiento legal vigente y dentro de los límites de su competencia tanto material como territorial.

Ellos gozan por sí mismos de valor probatorio, y de entera fe produciendo efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se

hayan otorgado (art. 293 Código Civil y Comercial). Pero, carecen de validez cuando tengan enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas (art. 294 del mismo ordenamiento).

El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes. Los instrumentos privados no gozan de los requisitos mencionados anteriormente y emanan de las partes o de terceros. Requieren del reconocimiento judicial, sea expreso o tácito de la parte a quien se atribuye a fin de tener valor probatorio, sin perjuicio de que a pesar de ser desconocidos, el juez podrá valorar su autenticidad como prueba indiciaria, conforme a la sana crítica.

176. ¿Qué es la redargución o querrela de falsedad?

La redargución de falsedad es el medio o instrumento con que las partes cuentan a fin de que sea declarado inválido un documento público, por no ser auténtico.

Es un trámite estrictamente procesal que se diferencia de la eficacia probatoria dispuesta en el artículo 296 del Código Civil y Comercial según el cual *el instrumento público hace plena fe*:

a) En cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;

b) En cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Por eso, los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia (art. 297, igual ordenamiento).

La falsedad que se plantea puede tener distintos motivos. O se ataca la autoría del instrumento o las fechas y/o lugares que indica; o bien, se fundamenta en el contenido. En otros términos, es la división clásica entre la falsedad instrumental y la falsedad ideológica.

Mientras el primero se representa por la adulteración del documento; el segundo se relaciona con la falsedad absoluta al no tratarse de un instrumento auténtico.

La diferencia que se plantea entre la pretensión que orienta el Código Civil, y la promoción de incidentes dentro de un proceso iniciado, plantea algunos inconvenientes cuando se trata de interpretar el alcance de cada uno.

Obsérvese que, a pesar de estar ubicado el artículo 395 en la sección que corresponde a la prueba documental, la disposición tiene alcances generales para todos los documentos.

Por eso, se ha dicho que, la redargución de falsedad requiere la impugnación previa, que debería ser efectuada al contestar el traslado conferido de la documentación acompañada o cuando se lo exhibe para su reconocimiento, pues esas oportunidades son las más apropiadas para asegurar el derecho de defensa, y es a partir de entonces que corre el plazo previsto en el artículo 395 del Código Procesal (CS, 1998/05/07,

“Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis”, La Ley, 1998-E, 56).

Esto resulta de interpretar que, por el lugar del código donde la institución se regula, es evidente que dicha norma se aplica exclusivamente al juicio ordinario o sumarísimo, es decir, a procesos de conocimiento contradictorios, que cuentan con mayor posibilidad de debate y prueba, que no tienen las ejecuciones, en las que en razón de la compulsión del título se restringe el ámbito cognoscitivo.

Quien postula la declaración de falsedad de un instrumento público puede interponer una pretensión autónoma o el incidente ya indicado.

El procedimiento se desenvuelve en dos fases: primero se impugna el documento, y después se formaliza el incidente que se debe deducir dentro de los diez días, con el aporte de pruebas, bajo apercibimiento de caducidad.

Por otra parte, hay que partir de la base de que un instrumento público hace plena fe, tanto entre partes como respecto de terceros, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia (anterior art. 993, Código Civil, actual art. 296, inc. A, Código Civil y Comercial), de manera que para destruir su valor probatorio no basta la promoción de querrela o redargución de falsedad.

Es decir, la impugnación debe efectuarse necesariamente en ocasión de tener que pronunciarse la parte con respecto a la petición de la contraria.

La falta de prueba admite el rechazo *in limine* de incidentes que estatuye el artículo 179 del Código Procesal, que se aplica al tema específico de la redargución de falsedad de instrumentos públicos.

El incidente de redargución de falsedad no suspende la prosecución del proceso principal, sino el pronunciamiento de la sentencia, pues en esta debe resolverse la cuestión junto con las demás articulaciones. Además, requiere inexcusablemente la intervención –en carácter de litisconsorte pasivo necesario– del oficial público autorizante.

Es una regla del debido proceso que se presenta por el alcance y efectos de la cosa juzgada.

177. ¿Están obligadas las partes y los terceros a exhibir documentos en su poder?

Cuando se ofrece prueba documental que se encuentra en poder de una de las partes o de terceros, y siempre que se haya considerado prueba admisible y esencial (conducente), es obligación exhibirla o indicar el resguardo de sus originales.

Esta orden judicial se concreta sin necesidad que las partes lo pidan, y no tiene sustanciación.

Como se trata de medios de verificación que se comprenden con la amplitud como se interpreta la prueba documental, no es posible interpretar por quien está obligado a su entrega, a que exista una causa de oposición basado en que nadie está obligado a probar contra sí mismo (art. 388, CPCCN).

Cuando el documento que se ofrece como prueba está en poder de la contraparte, el juez puede intimarlo para que lo presente en juicio y acredite su existencia.

No se trata de la simple exhibición, porque el instrumento se debe agregar al pleito, salvo que existan causas suficientemente motivadas para oponerse a su incorporación.

Ahora bien, si argumenta una excusa para agregar el documento requerido, y se considera improcedente, no libera de responsabilidad a la parte, en la medida que es una carga que tiene en la colaboración probatoria. Esa oposición supone, además de la existencia del documento, una presunción en su contra.

De todos modos, a veces esta consecuencia beneficiosa para quien la obtiene, no es tal cuando los documentos son imprescindibles para resolver la causa, en cuyo caso, el juez puede intimar su presentación y ordenar simultáneamente el secuestro y allanamiento de lugares en pos de localizarlos.

Se dice así que, la negativa del demandado ante la intimación cursada en los términos del artículo 388 no puede invalidar la exigencia prevista en el artículo 387, cuando la documentación requerida resulta de indudable importancia para la solución del litigio y su existencia es manifiestamente verosímil. En tal caso, debe regir la presunción establecida en el citado artículo 388 (CNCom., Sala C, 1995/05/26, “Bellini, Gabriel y otro c. Lee, José L.”, La Ley, 1995-E, 291).

Esta es una facultad emergente del artículo 36, inciso 4º ap. c), del CPCCN.

Se afirma que la presunción derivada de la falta de presentación de documentación contable en los términos del artículo 388 del Código Procesal es relativa, por cuanto es necesario que los dichos del deudor sean respaldados de alguna manera por otros medios de prueba (CNCom., Sala E, 2000/02/09, “Walas, Ricardo A. s/ inc. de rev. por Caswell Corp.”, La Ley, , 2000-D, 857 [42.829-S] - DJ, 2000-3-74).

El tercero se puede oponer a la entrega de la documentación cuando ella es de su propiedad exclusiva, o cuando la exhibición le pueda provocar un perjuicio cierto y concreto.

Es evidente que ante esta situación el Código no encuentra respuestas específicas, porque si bien es cierto el artículo 36, inciso 4º, ap. c) del CPCCN, faculta al juez a requerir documentos en poder de terceros, cuando estos no revisten la calidad de parte, no se los puede más que intimar formalmente, pues no hay sanciones consecuentes.

En los hechos, la intimación judicial puede motivar desobediencia como figura penal, pero en materia civil, la oposición no tiene consecuencias aunque admite la imposición de astreintes (medidas conminatorias) en los términos del artículo 37 párrafo segundo del código de rito.

Prueba de informes

178. ¿Qué es la prueba de informes?

Por medio de la prueba de informes se incorporan al proceso y por escrito, determinados datos que se encuentren en registros, archivos o documentación del informante a los fines de acreditar hechos concretos, individualizados y controvertidos en el proceso. Los informes pueden requerirse a entidades públicas o privadas.

No es admisible la prueba informativa si a través de la misma se pretende sustituir un medio de prueba por otro. Ello por el principio de especificidad u originalidad de la prueba, por el cual el medio ofrecido debe ser el más inmediato por el que se pretende representar los hechos alegados y controvertidos. Así, por ejemplo, no sería admisible el ofrecimiento de prueba de informes cuando se pretende por medio de la misma conocer algún dato que provenga del conocimiento personal del informante; en tal caso corresponderá la prueba testimonial. Esto reafirma la autonomía de la prueba de informes.

Asimismo, el código procesal establece que a través de este medio de prueba se podrá requerir a las entidades públicas la remisión de expedientes, testimonios o certificados relacionados con el juicio. En rigor de verdad, no estamos en este supuesto ante una prueba informativa, sino que lo que se logra en este caso en la incorporación de prueba instrumental. Parte de la doctrina considera que en este supuesto estamos en presencia de prueba informativa impropia.

179. ¿De qué manera se requiere el informe?

El informe se solicita a través de uno de los medios de comunicación, en este caso un oficio, el que será diligenciado por la parte interesada. Los oficios son firmados y sellados por los letrados patrocinantes con transcripción de la resolución judicial que los ordenan.

Sin perjuicio de lo dicho, en ciertos casos, y considerando a quién estén dirigidos, los oficios deberán ser firmados por el secretario del juzgado o por el juez.

180. ¿Cuál es el plazo para la contestación del informe?

Tanto las entidades públicas como privadas deben contestar los informes en el plazo de diez días hábiles, salvo que el juez expresamente hubiese ordenado otro plazo en la resolución pertinente. El juez podrá aplicar sanciones conminatorias en caso de retraso injustificado en la contestación de los informes.

Las oficinas públicas o privadas no podrán determinar otros recaudos más que los establecidos por ley y están obligadas a recibir los oficios que le sean presentados.

Se establece como causal de caducidad de la prueba informativa, el supuesto de que el informante no conteste el informe en el plazo establecido, la parte interesada deberá requerir la reiteración de la prueba dentro de los cinco días posteriores al vencimiento de tal plazo. Si así no lo hiciera, se producirá la caducidad de la prueba informativa solicitada.

181. ¿Puede impugnarse el informe por falsedad?

El informe puede impugnarse por falso por cualquiera de las partes dentro de los cinco días de notificadas de la resolución judicial que ordena la agregación del mismo. En este caso corresponde que el juez ordene la exhibición de la fuente en que se funda la contestación a los fines de corroborar su autenticidad o falsedad.

Pruebas testimoniales

182. ¿Qué significa la declaración a través de testimonio?

El testimonio es un acto procesal mediante el cual una persona informa al juez lo que sabe sobre los hechos que en el litigio que presentan. Es una manifestación voluntaria y consciente de una persona. Para quien la recibe (en forma oral o escrita), da la idea de otro hecho, el que constituye su objeto. Por eso, siempre es una declaración representativa, o un medio de representación personal o subjetiva.

Cuando la declaración la presta la parte a instancia o pedido de la otra, el acto suele interesar al medio de prueba conocido como *prueba confesional*, que se instrumenta con la “absolución de posiciones” (es decir, la fuente es la declaración y el medio la absolución). Mientras que si las exposiciones verbales son ajenas a las partes, el medio es la prueba de testigos

De todos modos, la confesión es una modalidad de la prueba testimonial porque refiere a hechos que resultan propios sin advertir sobre las consecuencias que de esa declaración resultan.

Cuando ella se presta ante juez competente, tiene la característica de ser una declaración de parte que relata con sus afirmaciones una versión sobre los hechos pasados, que le causan perjuicio.

Por tanto, la confesión no es más que la declaración relativa a la existencia de un hecho emitido con el fin de procurar un medio de prueba de esta existencia; de manera que teniendo esta fisonomía, no puede aplicarse mas que a hechos litigiosos que benefician o perjudican por su propia indivisibilidad.

Es decir, se confiesa para obtener un efecto previsto, pero no se puede aprovechar la declaración en lo que es favorable y desecharlo en lo que perjudica.

El artículo 404 del CPCCN, condiciona el ámbito de la confesión a los aspectos concernientes a la cuestión que se ventila, destacando así, el marco de aplicación. Pero no tiene en cuenta que la prueba es indivisible y que los hechos pueden ser distintos, o ser unos consecuencias de otros sin estar todos involucrados en la “cuestión judicial”.

Algunos sostienen que para que exista prueba de confesión, propiamente dicha, debe existir en quien declara, voluntad o *animus confitendi*, entendido como la intención de renunciar al derecho material que se genera del hecho sobre que versa.

En cambio, otro sector estima que resultando un medio de prueba, la renuncia a probar un hecho distinto al que sostiene la otra parte, supone reconocer voluntariamente la versión que da su contraparte.

Sin embargo, es esta una división difícil de interpretar, porque ineludiblemente hay que encontrar en la manifestación de voluntad un sentido previsto, y no siempre es fácil deducir que alguien confiese para beneficiar a otro sin haber pensado en esa consecuencia.

Por eso, suele clasificarse la confesión en: *espontánea*, que resulta cuando se declara voluntariamente; y *provocada*, que es producto de la actividad judicial lograda en tal sentido.

183. ¿Cómo se clasifica la prueba obtenida del testimonio?

El testimonio llega al proceso a través de la parte o de los testigos, inclusive lo pueden brindar también expertos, como peritos o expertos. Por eso, dependiendo de cada medio, la prueba se clasifica como:

a) *Indirecta*: el juez llega al conocimiento del hecho a probar de manera mediata, por el testimonio del cual lo induce.

b) *Histórica*: porque con ella se reconstruye o reproducen hechos pasado o que todavía subsisten pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio y representa una experiencia del sujeto que declara.

Prueba confesional

184. ¿Qué es la confesión?

Por lo general se denomina confesión a la declaración realizada por cualquiera de las partes respecto de la verdad de hechos, pasados, personales o del conocimiento de quien confiesa, que le son desfavorables a él y favorables a la contraria.

185. ¿Qué es la absolución de posiciones?

La citación para absolver posiciones es el nombre técnico como se practica la confesión judicial.

La misión del medio de prueba presente consiste en perseguir que se reconozca o admita como cierta la versión que una parte le atribuye a la otra, logrando así el cumplimiento de la máxima “a confesión de parte relevo de prueba”.

No obstante, la prueba superior que importa considerar a la confesión como la *probatio probatissima* está en franco retroceso y ha desvalorizado el alcance que tuvo en sus orígenes, cuando fue considerado en el marco de un proceso menos técnico pero mucho más severo con las actitudes morales.

Obsérvese que, actualmente, se argumenta que en modo alguno puede hacerse prevalecer la ficción sobre la realidad, en particular respecto a la confesión ficta, pues a diferencia de lo que ocurre con la confesión judicial expresa que constituye plena prueba, autoriza a formular un juicio de valor adecuado a la ponderación conjunta de la prueba, como unidad integrada (CNCiv., Sala A, 1998/04/12, ED, 185–590).

Inclusive, se afirma que si bien la confesión puede entenderse como la *probatio probatissima*, no es suficiente la sola manifestación de adulterio por uno de los cónyuges en un juicio de divorcio, dado que se hallan en juego los grandes intereses de la institución familiar (CNCiv., Sala K, 1996/08/30, “P., F. c. R. M., M. F.”, La Ley, 1997-B, 425).

Además, la confesión prestada en juicio tiene una práctica demasiado ritualista que permite eludir con facilidad el reconocimiento de la verdad que se pretende por el oponente (ponente). En los hechos, basta con declarar a todo que no es cierto (negativas del absolvente), porque no hay sanción alguna para quien vulnera la promesa o juramento de decir verdad.

186. ¿Quiénes pueden confesar?

Solo las partes son sujetos de este medio probatorio. Además de reunir la calidad de tal, deben tener capacidad procesal o aptitud legal para el ejercicio del derecho de que se trate.

Por ello también pueden ser convocados a absolver posiciones los litisconsortes y los terceros intervinientes.

Los representantes legales de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente en ese carácter, las personas menores de edad carecen de capacidad para confesar, por ello lo deberán hacer a través de sus representantes legales –padres o tutores–. Cabe resaltar que los menores adultos podrían realizar ser sujetos de dicha prueba en la medida que sean autorizados por sus padres o tutores. Los curadores de los dementes o sordomudos que no se dan a entender por escrito.

Los apoderados, por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigentes el mandato y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el juicio, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria lo consienta.

Los representantes legales de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas que tuvieren facultad para obligarlas. Pero estas personas, se encuentran facultadas por el artículo 406 CPCCN a oponerse a los cinco días de notificada la audiencia, a que absuelva posiciones el representante legal elegido por le ponente en los siguientes casos:

- 1) Si alegare que ese representante no intervino o no tuvo conocimiento directo de los hechos.
- 2) Indicare, el nombre del representante legal que absolverá posiciones.
- 3) Dejare constancia que dicho representante ha quedado notificado de la audiencia, por lo que será firmada por este.

El Estado Nacional, las Provincias, las Municipalidades o una Repartición nacional, o sus entres autárquicos sujetos a un régimen general o especial u organismos descentralizados del Estado Nacional se les requerirá su testimonio a través de oficio al funcionario que se encuentre facultado para su representación (art. 407, CPCCN).

187. ¿En que etapa del proceso se ofrece este medio de prueba?

El ofrecimiento de la prueba confesional se debe realizar junto con la interposición de la demanda, su contestación y/o reconvención, según lo previsto por el artículo 333 del CPCCN –esto así actualmente en el orden nacional, y conforme a la reforma introducida por la ley 25.488–. En la generalidad, en el resto del los ordenamientos jurídicos esta prueba se ofrece en un momento posterior a la interposición de la demanda, en oportunidad de abrirse la causa a prueba.

Es el único medio probatorio que se produce durante la audiencia preliminar contemplado en el artículo 360 CPCCN., donde la presencia del juez es indelegable.

188. ¿Cómo se notifica la audiencia a la cual deberán asistir las partes para absolver posiciones?

Con relación a la citación se debe estar a lo dispuesto por el artículo 409 del CPCCN que no es otra que en domicilio constituido si actúa por propio derecho y al domicilio real si actúa con representante legal.

La notificación se practica por cédula, con una antelación no menor de tres días. También se puede recurrir a otros medios de comunicación como el acta notarial, carta documento con aviso de entrega y telegrama con copia certificada.

Todas las partes que se encuentren en un radio de 300 km. del Juzgado deben comparecer a la sede del Tribunal a prestar declaración confesional; caso contrario, pueden hacerlo ante el juzgado de su domicilio (art. 420 del CPCCN).

189. ¿Cómo se redacta el pliego de posiciones?

El pliego de posiciones es la manifestación escrita de las posiciones que la parte ponente exige que el absolvente reconozca como cierto. Sin embargo su agregación no es contemporánea con el ofrecimiento de la prueba sino hasta media hora antes de la celebración de la audiencia.

Este pliego consagra, a nuestro entender, una de las proyecciones más elocuentes del ritualismo estéril e inútil que tiene nuestro código. Basta observar el cumplimiento de la prueba para ver la inficuosidad que importa, donde parece importar, únicamente, la zancadilla al contrario para que confiese por error aquello que es producto de un “es cierto” involuntario, antes que una meditación razonada de lo que se está diciendo.

Inclusive, el mismo sistema reconoce la precariedad de la prueba cuando relativiza la confesión provocada sometiéndola a las demás circunstancias de la causa y otras pruebas producidas (art. 417).

¿Qué sentido tiene acompañar un pliego de posiciones en un proceso que se pretende oral? ¿Para qué agregar documentación a la audiencia cuando todo se puede cumplir en presencia del juez, con medios técnicos más precisos y eficaces que el relevamiento por escrito que supone el acta judicial?

Obsérvese la inconsistencia de esta prueba, cuando la eficacia probatoria depende más del formalismo que de la voluntad espontáneamente declarada.

Por eso, se afirma que, no presentado el pliego de absolución de posiciones, la incomparecencia del demandado a la audiencia no produce su confesión ficta, pues no corresponde, en ausencia de pliego, tener por reconocidos los hechos aducidos en la demanda (CNCiv., Sala B, 1997/11/18, “F., B. G. D. c. F., M. E.”, La Ley, 1998-C, 47).

En nuestra opinión, la prueba de confesión debiera sustanciarse totalmente en forma oral, con la presencia del juez dirigiendo y controlando, y sin necesidad de tener escritos donde asentar preguntas o respuestas (cfr. art. 125, inc 5° y 6°, CPCCN).

Pero la opinión precedente resulta en la actualidad, absolutamente inconsistente. Primero, porque la ley adjetiva no obliga al ponente a concurrir a la audiencia fijada para recibir la confesión de su contraria, bastando con que agregue oportunamente el pliego de posiciones.

En segundo lugar, porque continúa exigiéndose que el pliego se presente con media hora de anticipación a la fijada para la audiencia, con el fin de evitar la sustitución del mismo cuando se advierte la incomparecencia del absolvente.

Hoy día, si el absolvente fue debidamente citado a la audiencia de posiciones, habiéndose dejado oportunamente el pliego respectivo, la circunstancia de que no se haya labrado acta con la constancia de la incomparecencia del citado no impide el cumplimiento del apercibimiento decretado en el artículo 417 *in fine*.

La media hora de anticipación con que deben entregarse el pliego de posiciones en secretaría debe computarse desde la hora fijada y no cuando se llamó efectivamente a la audiencia.

En tercer lugar, porque es improcedente la formulación de posiciones a viva voz, teniéndose especialmente en cuenta que la norma vigente, sustituyó expresamente la costumbre anterior que no contenía la exigencia de la previa presentación del pliego, procurando evitar la preparación de dos pliegos distintos, uno para el caso de que compareciera el absolvente y otro para el supuesto de que no lo haga.

Es tan grande el ritualismo procesal de esta materia que, si el pliego de posiciones se encuentra intercalado en el expediente sin foliatura, se considera que no integra el mismo, y en tales condiciones se ha dicho que debe prescindirse de esa prueba, a menos que se demore la causa hasta que una investigación sanee el vicio formal (CNCom., Sala D, 1984/04/09, “Diner’s Club Argentina S. A. c. Klein, Edgardo A.”, La Ley, 1984-D, 138 - DJ 984-6-199).

Finalmente, el sobre y el escrito que lo acompaña deben tener inserto el cargo respectivo, de modo tal que cuando el pliego se deja en secretaría después de la media hora que establece el art. 410, no corresponde hacer efectivo al apercibimiento del artículo 417 (CNCiv., Sala F, 1978/12/19, “Libertad Cía. de seguros c. Microómnibus Ciudad de Buenos Aires –Línea 59– y otro”, La Ley, 1980-A, 648 [35.455-S]).

El ritualismo confunde, como sucede con las condiciones para redactar las preguntas que se deben hacer a los testigos. En la absolución de posiciones, el pliego debe comenzar señalando que ellas se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad (*Para que jure y diga como cierto que...*).

La claridad y precisión significa que la pregunta debe ser directa y sin subterfugios, de manera que el absolvente sepa que se trata de un hecho personal sobre el cual debe saber lo ocurrido, y que el ponente está reconociendo como tal al formular la posición.

Este es un precepto imperativo del cual emerge la carga de poner posiciones de modo coherente con la propia volición jurídica y de aceptar el efecto de lo afirmado en ellas, pero su asimilación con la confesión solo procede cuando se trata de una posición cuyo significado no deje lugar a dudas, y no, como en el caso, en que la posición cuestionada es equívoca y máxime al tratar sobre el tema medular del pleito (CNCom., Sala B, 1999/03/16, “Ferrea, Horacio O. North – American Division Inc.– c. Polanco, Jorge”, La Ley, 2000–C, 927 [42.764–S]).

Ese hecho planteado debe estar vinculado con la cuestión sometida a litigio, y ser controvertido, porque de otro modo, es un hecho que no necesita de prueba por no estar afirmado, o en caso contrario, por encontrarse consentido.

No obstante, es común admitir afirmaciones no controvertidas pero conducentes hacia una finalidad probatoria, porque a pesar de la sacramentalidad con que la prueba

actúa, no se pierde de vista que la actuación personal del absolvente puede llevar a posibles esclarecimientos.

Se debe redactar en forma afirmativa, porque la pregunta supone al mismo tiempo, el reconocimiento que hace el ponente sobre el mismo hecho.

Finalmente, el pliego debe llevar la firma de la parte que propone la prueba y de su letrado patrocinante, siendo una nulidad relativa cuando falta una de ellas, o se corrige en la audiencia.

El pliego de posiciones puede ser modificado o ampliado en el momento del examen, e inclusive podrá el juez ordenar las posiciones propuestas, aclarar su sentido y eliminar las que consideren superfluas, o estime que son manifiestamente inútiles.

Cuando se presenta el pliego de posiciones no hay mínimo ni máximo de posiciones a formular, admitiéndose ampliaciones y aclaraciones sucesivas a la audiencia; pero lo que no puede hacerse es extender irrazonablemente el cuestionario llevando las posiciones a una práctica abusiva del proceso. De darse esta situación, la prudencia del juez consiste en dirigir la audiencia llevándola hacia la persecución de la verdad, y tornando en algún momento de la misma, de un acto de inquisición en un interrogatorio cruzado tal como lo permite el artículo 415 del ritual.

190. ¿Cuales son las consecuencias de no concurrir a la audiencia?

Según lo previsto por el artículo 417 del CPCCN si la parte que estuviere correctamente citada a absolver posiciones, no compareciere dentro de la media hora de fijada la audiencia del artículo 360 o en caso de haber comparecido se negare a responder o respondiere con evasivas, el juez al sentenciar lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas.

Aún cuando no se hubiere labrado acta, y encontrándose acompañado el pliego de posiciones y el absolvente se encontrare notificado, se puede proceder de la manera prevista en el párrafo primero.

En caso de que el absolvente no pudiese concurrir a la audiencia señalada deberá justificar su inasistencia con la suficiente antelación mediante un certificado médico en el que deberá consignar el diagnóstico, pronóstico, lugar donde se encuentra y fecha tentativa en virtud de la cual el absolvente podrá comparecer al juzgado a prestar la declaración requerida (art. 419 del CPCCN). Sea el juez o cualquier miembro del tribunal podrá concurrir a tomarle la confesión correspondiente, en presencia de la parte contraria si asistiere, o de su apoderado (art. 418 del CPCCN).

Si el absolvente tuviera que ausentarse de la República deberá poner en conocimiento al Tribunal, a fin de que designe otra audiencia anticipada en la medida que le fuera posible.

191. ¿Cuál es la fuerza probatoria de la confesión judicial expresa?

La confesión expresa importa la admisión o el reconocimiento de hechos, que evitan a partir de esa actitud la necesidad de ser probados. La máxima “a confesión de parte, relevo de prueba” se hace presente y obliga al juez en toda la extensión que ocupa los efectos de esa manifestación voluntaria. Por eso también, suele decirse que la confesión limita las potestades judiciales para encontrar la verdad.

La confesión expresa es una declaración personal de la parte que, sin vicios en el consentimiento, aporta con su exposición una prueba desfavorable para él y que beneficia al oponente.

De este modo, lo libera de la obligación de demostrar la verdad de sus afirmaciones cuando ellas queden correspondidas con el *animus confitendi*.

Se interpreta que la confesión expresa constituye la *probatio probatissima*, en razón de producir el efecto de plena prueba que no necesita de complementos.

Sin embargo, el alcance de la confesión expresa encuentra limitaciones que anidan en las potestades del juez para analizar la prueba en su conjunto y resolver cuando puede tener plenitud probatoria.

El *inciso 1º* del artículo 423, CPCCN, elimina la posibilidad de reconocer hechos que sean prohibidos por ley y constituyan el objeto del proceso; o que importen en sus consecuencias la afectación de derechos irrenunciables o intransigibles.

Esta prohibición alcanza a los dichos de la contestación de la demanda, en los cuales, aun cuando medie un sometimiento expreso, la admisión o el reconocimiento emergente únicamente alcanza a los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiera.

El *inciso 2º*, con similar alcance, prohíbe confesar hechos que la ley impide que sean investigados, porque violentan principios superiores de orden público y moralidad. Por ejemplo, la admisión de no ser padre del hijo habido dentro de los trescientos días siguientes al matrimonio.

El *inciso 3º*, por su parte, confronta el valor probatorio de la confesión con la prueba fehaciente que se ha producido en la causa y sean de fecha anterior al hecho que se reconoce o admite.

192. ¿Qué alcance tiene la confesión?

El artículo 424, CPCCN, pretende resolver el clásico inconveniente que tiene el alcance de la confesión con relación a los hechos que se involucran. En otros términos, la divisibilidad de la confesión depende de las mismas circunstancias, porque por vía de principio, es indivisible.

Ello equivale a sostener que, aun cuando el acto se interpreta en favor de quien lo hace, no se puede aprovechar fragmentariamente tomando lo que es útil y descartando lo desfavorable.

El Código Procesal asume la cuestión sobre la base del reconocimiento y la admisión, es decir, aplicando el principio general de la indivisibilidad. Esto se acentúa cuando la aceptación del hecho es pura y simple; pero le asigna carácter divisible cuando la acción, además de confesar, introduce aclaraciones que modifican el hecho o pretenden innovar sobre el mismo.

Con este encuadre, quien confiesa la producción del hecho constitutivo de la relación procesal, sin hacer adiciones a lo argumentado por su oponente, y aceptando las cosas tal como se presentan (como si fuera una suerte de allanamiento total e incondicionado), hace indivisible el acto.

Por ejemplo: a la posición que dice “jure como cierto que embistió con su vehículo al peatón, actor de autos”, si se contesta: “es cierto”, el hecho queda reconocido y limita la producción probatoria.

Si la respuesta fuera: “es cierto..., pero el actor cruzó sin esperar la luz de avance peatonal”, se introducen cuestiones que modifican el hecho debiendo probar quien lo afirma. En este caso, la confesión es compleja.

En ambas se observa con claridad cuando la confesión es divisible y cuando no lo es. La diferencia está en la discrecionalidad judicial que habilita el artículo 424, la que por su amplitud genera confusiones que solamente se resuelven individualmente.

Por tanto, si bien es cierto que la confesión es indivisible, también lo es que este principio sufre diversas excepciones según el contenido de la confesión de que se trate.

En este sentido, la confesión compleja es siempre divisible, de manera tal que sobre el confesante pesa la carga de probar los hechos añadidos al principal.

En este caso, el principio de la indivisibilidad excluye las declaraciones que sin configurar hechos impeditivos, modificativos o extintivos, prácticamente constituyen la proposición de pretensiones que se deducen por el confesante frente a la parte interesada en que se produzca la confesión¹⁶⁴.

193. ¿Qué es la confesión extrajudicial?

Se denomina confesión extrajudicial, aquella que se presta fuera del proceso y se encuentra sometida a los mismos requisitos de la confesión judicial respecto de los sujetos y el objeto, obliga en el proceso siempre que esté acreditada por los medios de prueba establecido por la ley.

No será admitida la prueba testimonial si no hubiera principio de prueba por escrito y aquella confesión realizada fuera del proceso frente a un tercero solo constituye fuente de presunción simple

Prueba testimonial

194. ¿Qué es la declaración testimonial?

El testimonio es suministrado mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre estos.

Por ello reviste las siguientes características:

– Debe ser una *declaración personal*: no se puede rendir un testimonio por conducto de un mandatario o apoderado, ni de un representante legal o convencional. Cuando el padre o el gerente o el funcionario que personaliza una entidad pública, declara sobre hechos del hijo, sociedad o entidad, el testimonio es de aquellos y no de estos. Se puede rendir testimonio sobre hechos de otras personas y es lo que generalmente sucede; pero no a nombre de otra persona.

¹⁶⁴ PARRA QUIJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial - La confesión*, tomo II, *op. cit.*, p. 163.

– Es una *declaración de tercero*: o sea el testimonio es un acto de una persona que no es parte en el proceso en que va a ser considerado como prueba, sea que tenga o no interés personal en el litigio. Lo que exponga puede beneficiarlo pero ello tendrá importancia para determinar la eficacia del testimonio sin impedir que exista.

– Constituye un *acto procesal*: para que una declaración testimonial tenga esa calidad es indispensable que ocurra en un proceso o en una diligencia procesal previa, hecha ante un juez o funcionario, inclusive en procesos sustanciados ante la policía y en algunos de tipo administrativo, en ejercicio de sus funciones y con fines procesales.

– Es necesario que la declaración *verse sobre hechos*.

– Los hechos sobre que verse deben haber *ocurrido antes de la declaración*. Es decir, han de ser pasados y observados ante su presencia.

– Debe tratarse de una *declaración representativa*: si nada se representa con las palabras que pronuncie el testigo, no existirá ni siquiera una declaración en sentido general y amplio y mucho menos un testimonio.

– Tiene *significación probatoria*: si el testimonio es un acto representativo de un hecho, realizado con fines procesales y dirigido a un juez o funcionario investigador, necesariamente tiene una significación probatoria, en el sentido de que es un medio de prueba por el cual se procura llevarle al juez el convencimiento sobre ese hecho, aunque en ocasiones, debido a deficiencias intrínsecas o extrínsecas, llegue a carecer de valor o de eficacia probatoria

195. ¿Quién es testigo?

El vocablo testigo deriva de la palabra latina *testis* que designa a la persona que da fe o de testando que quiere decir narrar o referir.

Quienes son llamados a rendir testimonio en un proceso en que no son partes, principales ni secundarios o transitorios en el momento de hacerlo, se llaman testigos.

La calidad procesal de testigo se adquiere desde el momento en que el juez dicta la providencia que ordena la recepción del testimonio sea oficiosamente o a solicitud de parte.

Una vez rendida la declaración, no puede renunciarse a la prueba y por tanto la calidad de testigo no se pierde por voluntad de las partes que lo ofrecieron, sino cuando se declare la nulidad de la diligencia de recepción del testimonio y de la providencia que la decretó, desaparece como consecuencia la calidad de testigo, que podrá readquirirse si se repite la providencia que dispone la prueba.

Una vez que el juez admite un testigo, su declaración puede beneficiar a cualquiera de las partes, lo mismo a quien lo haya solicitado como su adversario (ello por el principio de adquisición).

196. ¿Quiénes no pueden ser testigos?

Hay que trazar una diferencia entre quienes nunca pueden ser testigos, y quienes pueden serlo aunque tienen causas que pongan en duda la imparcialidad de su declaración.

Del primer grupo son: las *personas jurídicas*, por carecer de aptitud para percibir hechos. Las *partes*, ya que ellas prestan testimonio mediante la absolución de posiciones. Los *integrantes* del órgano judicial interviniente en el proceso en el cual la prueba se produce, tanto juez o jueces como auxiliares¹⁶⁵. Los *menores de 14 años de edad*.

Además están los expresamente excluidos por el código (v.gr.: art. 427 CPCCN); los parientes por consanguinidad o afinidad en línea directa de las partes, el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas.

Finalmente, los testigos que hayan intervenido en calidad de tales en un instrumento público (art. 295, Código Civil y Comercial).

Una cuestión que ha dado lugar a controversia, y se han adoptado posiciones diferentes, es la de considerar si, a pesar de estar excluidos por el artículo 427 del CPCCN, se produce la declaración del testigo ¿tiene validez la incorporación de tal prueba siendo que el ordenamiento expresamente la excluye? Es decir, estamos en presencia de incorporación de prueba ilícita.

Una posición sostiene –considerando que la finalidad de la norma al excluir a tales personas como testigo es la de no quebrar la armonía familiar y evitar la presión que podría pesar sobre el declarante– que como la finalidad de la norma ya ha sido desvirtuada, no hay obstáculos en incorporar definitivamente el testimonio y valorarlo. Otra postura considera que al admitir la incorporación de una prueba ilícita ofrecida y producida por una de las partes, se estaría violando el principio de igualdad y de defensa en juicio, pues el litigante que actuó respetando las normas, puede encontrarse en una situación de inferioridad: él también podría haber producido una prueba ilícita si sabía que la misma iba a considerarse válida y ser valorada, encontrándose de ese modo en una situación más ventajosa, pudiendo corroborar por medio de esa prueba los hechos articulados.

Consideración aparte merece la posibilidad de declaración como testigo del litisconsorte.

El litisconsorte no es un tercero ajeno al proceso pues es parte. Sin embargo se admite su declaración como testigo, solicitada por otro litisconsorte, considerando que en determinados casos puede darse la característica de “ajeno” al proceso, ello así cuando deba declarar respecto de hechos propios de ese litisconsorte, en contraposición a los hechos comunes de los otros litisconsortes.

197. ¿Sobre qué tipo de hechos declaran los testigos?

Los testigos pueden declarar sobre cualquier clase de hechos, con las limitaciones que en materia de admisibilidad y pertinencia rigen con relación a la prueba en general. Los hechos que hayan percibido, no solamente a través de su percepción sensible sino que comprende además las circunstancias que aquel ha deducido de sus percepciones.

No es exigencia que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara. Resulta admisible la declaración prestada acerca de aquellos donde el testigo haya

¹⁶⁵ ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso Civil. Teoría y Práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1998.

actuado personalmente, sin que pueda acarrearle efectos jurídicos perjudiciales en el proceso en el cual tuvo lugar.

Tampoco es indispensable que el testigo carezca de interés en los hechos sobre los cuales depone, sin perjuicio, naturalmente de la incidencia que esa circunstancia puede tener en la valoración de la prueba.

También puede versar sobre hechos que fueron oídos por el relato de otras personas (testimonio de segundo grado).

En cuanto al llamado testimonio técnico, se trata del testigo que relata hechos que ha percibido con independencia del proceso, y que, además conoce en razón de contar con conocimientos especializados, científicos o técnicos.

198. ¿Cuándo declaran los testigos?

La nueva redacción del artículo 333 CPCCN –conforme a la reforma introducida por la ley 25.488– establece que con la demanda, reconvención y sus respectivas contestaciones, se deberá acompañar la prueba documental y proponer toda la demás prueba de la que intenten valerse, lo que no condice con el título del artículo (que solo enuncia la prueba documental y la confesional). En el resto de los ordenamientos jurídicos esta prueba se ofrece en un momento posterior a la interposición de la demanda, en oportunidad de abrirse la causa a prueba.

En ese acto se debe proceder a determinar los testigos que van a declarar en el proceso. La identificación de los testigos tiene por objeto, además de ser factible su comparecencia, acordar a la contraria la posibilidad de oponerse a su citación en el supuesto de tratarse de testigos excluidos o cuya declaración no proceda por disposición legal, así como la de ejercer, en el acto de la audiencia respectiva la facultad de repreguntarlos o impugnarlos.

Los errores al designar los datos deben ser de tal magnitud que altere la facultad de control que incumbe a la contraria.

Con la reforma mencionada en el sistema procesal se introdujo el requisito de indicar los extremos que se quieren probar. La manifestación se debe acotar a la mención del hecho sobre el que va a referir el testigo.

Esta innovación puede llegar a prestarse a sospechas sobre la imparcialidad y objetividad del testigo cuando se anuncie sobre que cuestión declarará.

No obstante la mención que el código pide, no exige más que saber la calidad de los testigos (presencial, de concepto, técnico, etc.). Tampoco está simple indicación puede condicionar el testimonio del testigo porque de otro modo se elimina la posibilidad de encontrar la verdad de los hechos cuando al testigo se lo limita a declarar sobre aquello para lo que fue propuesto y no para otras cuestiones de las que pueda saber y aclarar a través de su declaración.

Si la explicación fuera dicha respecto a lo que declararía el testigo, se pondría en evidencia su falta de imparcialidad, y la preparación previa que tendría por la parte que lo propone. Circunstancia que pone de relieve la necesidad de comenzar a implementar una categorización de testigos:

Testigos simples: serán los que se refieran a los hechos observados directamente.

Testigos calificados: serán los que puedan emitir juicios de hecho con base técnica, razón por la cual sus declaraciones tendría un peso mayor que las del testigo común.

La indicación de los extremos que se quieren probar lleva a las partes a tener que clasificar sus testigos en orden al objeto de la prueba y a la importancia que a cada uno se asigne.

199. ¿Cuántos testigos puede ofrecer cada parte?

En el código de rito nacional los testigos no podrán exceder de ocho (8) por cada parte. Si se hubiese ofrecido un número mayor, se citará a los primeros ocho (8) y luego de examinados, el juez de oficio o a petición de parte, podrá disponer la recepción de otros testimonio entre los propuestos, si fueren estrictamente necesario.

“En nuestro ordenamiento procesal los testigos no se cuentan sino que se pesan lo que implica que si bien el testigo único debe ser examinado con mayor rigor, cuando sus dichos no aparecen refutados por otras pruebas cabe asignarles eficacia probatoria” (CNCiv. Sala H, 22/10/96, *López Gerardo y otro c/ Gallardo, Miguel A.*, DJ, 1997–1, 603).

200. ¿Cuáles son los deberes del testigo?

Tres son los deberes de los testigos: comparecer al juzgado, declarar y decir la verdad.

El deber de comparecer a prestar declaración supone que toda persona propuesta como testigo tiene el deber de acudir personalmente a la sede del órgano judicial el día y hora designados para que tenga lugar la declaración, trayendo aparejada, el incumplimiento voluntario de ese deber, la imposición de sanciones de orden procesal e incluso penal.

Existe un deber para con el Estado de rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga de los hechos que interesen a cualquier proceso, sin que haya razones valederas para limitarlo al penal.

Se trata de un verdadero deber jurídico y no de una carga procesal, porque no es un acto en interés propio. Además promedia coercibilidad para su cumplimiento mediante sanciones económicas, y que admiten emplear la fuerza pública para obtener la comparecencia del testigo (art. 431 del CPCCN).

El testigo puede justificar su incomparecencia a la primera audiencia en cualquier momento anterior a la fecha de la segunda, aunque a fin de no exponerse a la efectividad del apremio personal que prevé la norma referida, debe hacerlo con suficiente antelación a esa fecha.

No obstante hay excepciones al deber de comparecer:

1) *Por la naturaleza o jerarquía del cargo*; el artículo 455 del CPCCN exceptúa de comparecer a los funcionarios que determine la reglamentación de la CSJN, pero no los priva de declarar y decir verdad debiéndose manifestar por escrito. La CSJN a través de la acordada del 20/12/67, menciona al presidente y vicepresidente de la Nación, gobernadores, ministros y secretarios del poder ejecutivo, etcétera.

La parte interesada en la declaración de estos testigos, deberá acompañar el interrogatorio correspondiente. Junto con el ofrecimiento para que quede a disposición de la parte contraria, para que incluya las preguntas que correspondan u observe las que considere impertinentes

2) *Imposibilidad física*, establecida en el artículo 436 del CPCCN. Todas estas razones deben alegarse y probarse con anticipación suficiente a la fecha de la audiencia. Cuando se trata de enfermedad o impedimento físico corresponde la presentación de un certificado médico en el que conste fecha lugar donde se encuentra el enfermo y el tiempo que durará el impedimento. En su caso el testimonio se recibirá en la casa del testigo o donde este se encuentre a raíz del impedimento. Ambas partes pueden concurrir acto y ejercer en el las facultades que les incumben en las audiencias, ya que es facultativo pero aconsejable para respetar el principio de bilateralidad y contradicción, la práctica es extraordinaria y contingente y muestra en su práctica ser letra muerta del código.

Un problema conexo es *el deber de declarar y de decir verdad*: el artículo 243 del Código Penal sanciona el incumplimiento del mencionado deber en tanto dispone que será reprimido con prisión de quince (15) días a un (1) mes el que siendo legalmente citado como testigo se abstuviese de prestar declaración o exposición respectiva.

El testigo tiene el deber de contestar en forma expresa y no evasiva, con veracidad. No obstante el deber de declarar admite excepciones: a) Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor (en el sentido de autoincriminarse). Como se encuentra en juego el propio interés del testigo se admite y justifica la excepción; b) Si no pudiese responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial. En esta hipótesis la negativa se funda en la necesidad de amparar intereses de las partes o de terceros.

Fundado en el artículo 156 del Código Penal, el secreto es un conocimiento reservado a un grupo más o menos numeroso de personas, de las cuales no debe salir. El secreto profesional es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad y como consecuencia del ejercicio de esta y llegan a dicho conocimiento exclusivamente en virtud de esa función. Es una cuestión de conciencia aún en los casos en que libera al testigo del mismo puede negarse a declarar.

El código referido permite revelar el secreto en razón de: a) La defensa personal del profesional cuando es objeto de acusaciones por parte de quien le confió el secreto. Puede declarar lo que sea estrictamente indispensable para su defensa. b) Cuando la revelación del secreto pueda impedir la consumación de un delito, y c) si existe una norma legal que obliga a denunciar el hecho.

La parte no puede impedir que el testigo no declare alegando que conoce el hecho en virtud del secreto profesional. Ello será incorporado al proceso y debe ser evaluado por el juez por las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, si en su declaración el testigo es falaz, incurre en falso testimonio, puede el juez remitir las actuaciones pertinentes al juez competente.

201. ¿Cómo se presta declaración?

El testigo declara en audiencia en la sede del juzgado. Para ello se fijan dos audiencias; en el caso de que el testigo no pueda concurrir a la primera con causa

justificada, debe concurrir a la segunda, bajo apercibimiento de ser traído por la fuerza pública.

La citación se efectúa por cédula, que se debe diligenciar con tres días de antelación al menos, el que puede ser abreviado en caso de urgencia.

La comunicación de la audiencia se concreta por cédula –u otro medio igualmente fehaciente– haciéndole conocer ambas audiencias y con el apercibimiento de que si no concurre a la primera se lo hará comparecer a la segunda con el auxilio de la fuerza pública. Asimismo, la parte interesada en que el testigo comparezca, puede asumir la carga de hacer concurrir al testigo.

Existe la posibilidad de que los testigos domiciliados en extraña jurisdicción, a determinada distancia de la sede del juzgado (más de 70 km.), declaren ante el juez de su domicilio, debiendo cumplir la parte que lo ofreciere –además de las cargas ya referidas– con otras dos: acompañar el interrogatorio y mencionar las personas autorizadas (abogados o procuradores matriculados en la extraña jurisdicción) para tramitar el oficio ante el juez del domicilio del testigo.

202. ¿Qué es el interrogatorio?

Es el conjunto de preguntas formuladas por la parte que propone la prueba testimonial y a cuyo tenor del cual son examinados los testigos. Puede acompañarse con el ofrecimiento de prueba en sobre cerrado o abierto o formularse al momento de la audiencia a viva voz.

En la oportunidad de la audiencia, el testigo deberá responder un cuestionario preliminar –al que se lo conoce con el nombre de generales de la ley–, cuyo objetivo es por un lado individualizarlo y por el otro poder determinar el grado de imparcialidad que puede tener el testigo. En caso de encontrarse comprendido en alguna de las causales, no por ello se desecha la declaración sino que, siguiendo las reglas de la sana crítica el juez puede concluir que existen sospechas de parcialidad y esto incidirá en la valoración de la declaración. La parte puede evaluar dicha idoneidad cinco días después de haberse prestado la declaración.

Las preguntas deben formularse en forma interrogativa o indagatoria en forma tal que de su contenido no se pueda inferir su respuesta y pueden versar sobre hechos personales como de terceros.

Cada pregunta no puede contener más de un hecho, además debe ser clara y concreta. La claridad se vincula con la necesidad de evitar confusiones en el testigo sobre aquello que debe revelar y la mención de concreta, se vincula con la eliminación de subterfugios o segundas intenciones.

La parte puede reservar el interrogatorio a tenor del que declararán los testigos hasta el momento de la audiencia.

Se permite a la parte contraria a realizar repreguntas cuya pertinencia será evaluada por el tribunal.

Este interrogatorio debe ser contestado por el testigo sin poder leer notas o apuntes a menos que por la índole de las preguntas se le autorizara. En cada respuesta deberá dar razón de sus dichos, y si lo hiciere el juez se lo exigirá. Esta es un herramienta más que tiene el juez para valorar la prueba al momento de sentencia, y podrá evaluar la pertinencia de la declaración testimonial.

En ningún momento las partes podrán interrumpir la declaración de los testigo bajo pena de aplicar una multa, la que podrá duplicarse en caso de que incurriera en una nueva interrupción.

203. ¿Se puede perder la prueba testimonial?

En distintas normas el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación previó este instituto a través del cual se la puede tener por desistida de la prueba testimonial a una de las partes si se verifican las circunstancias determinadas por la ley.

El artículo 432 del CPCCN dispone tres situaciones de las mencionadas precedentemente:

1) Cuando la parte no hubiera activado la citación del testigo y por esta circunstancia, este no hubiera comparecido.

2) Cuando el testigo no compareció a la primera audiencia, y no se hubiera activado los medios necesarios para llevar a cabo la segunda audiencia.

3) Cuando no se llevaren a cabo ni la primera ni la segunda audiencia designada por el magistrado y la parte dentro del quinto día no solicitare una nueva.

Asimismo, el artículo 437 del CPCCN resuelve otra circunstancia por la que se puede tener por desistida a una parte de la prueba testimonial, y se trata cuando la parte que ofreció el testigo no compareciere a la audiencia y no hubiera dejado el interrogatorio correspondiente.

El último caso se da con aquellos testigos domiciliados fuera de la jurisdicción, que obliga a mantener informado al juez de la causa sobre su diligenciamiento. En tal caso el magistrado competente le dará un plazo a la parte que los ofreció para que informe sobre el Juzgado en que tramita el exhorto y la fecha en que se llevará a cabo la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido (art. 454, CPCCN).

Prueba pericial

204. ¿Cuándo procede la prueba pericial?

La prueba pericial procede cuando para apreciar los hechos controvertidos, se requiere, conocimientos previos y científicos que el juez no tiene el deber de conocer, los que podrán ser sobre alguna ciencia, arte, profesión, industria o actividad especializada.

En la práctica se convierte en una técnica especializada para el reconocimiento de hechos controvertidos que necesitan de una apreciación profesional, que el juez no tiene.

El perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales, lo cual hace razonable la aceptación de sus conclusiones aun respecto de los ítems en los que expresa su opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio que el perito ha tenido en cuenta pese a que no los haya expuesto con total

amplitud. (CNCiv., Sala D, 2000/02/21, “Laborde, Pedro R. c. Maffoni, Raimundo J.”, La Ley, [2002-A, 344]).

La prueba pericial puede ser *voluntaria* o *necesaria*, según que las partes recurran a ella espontáneamente o esté impuesta por la ley.

En principio, estará a cargo de un perito único designado de oficio por el juez, salvo que hubiera acuerdo de partes en la elección del experto, sin perjuicio de los consultores técnicos que se designen.

205. ¿Quiénes pueden ser peritos?

Los peritos son llamados a informar al juez acerca de las consecuencias, que objetivamente, de acuerdo con su saber y experiencia técnica, deben extraerse de los hechos sometidos a su observación.

De ahí que el código prevea, como requisito en caso de que la profesión estuviese reglamentada, tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales se ha de expedir.

Sin embargo, no se excluye la posibilidad de designar a un experto o idóneo, cuando no hubiere en el lugar del proceso perito con título suficiente. De la misma manera, cabe la designación de una corporación académica o institución cultural.

206. ¿Quién realiza la pericia?

La pericia –dictamen pericial– es realizada por peritos, auxiliares del juez y expertos sobre el tema a examinar (consultores técnicos), quienes contribuyen con su saber y ciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos específicos. El perito debe ser imparcial. Por lo demás, es requisito, en el caso de que la profesión esté reglamentada, tener título habilitante de la ciencia, arte, industria profesión a que se refieran las cuestiones acerca de las cuales deban expedirse.

En supuesto de que no haya acuerdo entre las partes sobre el perito que realizará la pericia, el mismo será desinsaculado de oficio por el juez a través de una lista de profesionales inscriptos en la Cámara respectiva.

El perito será notificado por cédula en su domicilio registrado y tendrá tres días para aceptar el cargo en el expediente, si no lo hace se procederá a su remoción y se designará otro perito en su reemplazo.

207. ¿Qué son los puntos de pericia?

El juez está facultado en la audiencia preliminar a fijar los puntos sobre los que versará la pericia, pudiendo agregar otros o eliminar los que evalúe como improcedentes al momento de designar el perito; allí también indicará el plazo que se otorgará para realizar el peritaje y, en caso que no fuere fijado la ley establece que el mismo es de quince días.

208. ¿Se puede recusar o remover al perito?

El perito puede ser recusado por justa causa –como ser la falta de título; la incompetencia en la materia; o las previstas para remover a los jueces–, dentro del quinto día de la audiencia preliminar. En tal caso, se le hará saber a los fines de que manifieste si es o no cierta la causal.

En el supuesto de ser admitida la recusación –para lo cual se le solicitará al perito que se expida dentro del tercer día–, el juez lo reemplazará de oficio.

También es posible removerlo, una vez que ha aceptado el cargo, si renunciare sin justa causa, si se negare a presentar el dictamen o no lo presentase oportunamente.

209. ¿Cómo debe ser el dictamen pericial? ¿Se puede impugnar?

El dictamen pericial debe realizarse por escrito detallando todas las operaciones técnicas realizadas y los principios científicos aplicados. Este debe ser presentado con copias para las partes a fin de que se les corra traslado.

Notificadas las partes, pueden solicitar que el perito de explicaciones sobre alguno de los puntos que versa la pericia. También pueden impugnar la misma tanto en este momento como en el momento de presentar los alegatos.

Asimismo, el juez de oficio puede disponer que se practique otra pericia o que se amplíe o perfeccione la realizada, por el mismo perito u otro a su elección.

En el caso de que el perito sea citado a dar explicaciones sobre las operaciones realizadas y no comparezca, o deba presentar un informe de ampliación o complemento y no lo hiciere, perderá su derecho a cobrar honorarios en todo o en parte.

210. ¿Cuál es la eficacia probatoria de la pericia?

El juez valorará la pericia conforme a la sana crítica apreciando, no solo el resultado del peritaje, sino también, entre otras circunstancias, la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se basó y, en su caso, las observaciones realizadas por los consultores técnicos.

Por tanto, el dictamen pericial no es vinculante, pero posee una eficacia probatoria peculiar atento la propia especialidad de la misma.

La libertad judicial de apartarse de las conclusiones del perito no significa, desde luego, arbitrariedad. Aunque el apartamiento no necesita apoyarse en consideraciones de orden técnico, debe encontrar sustento en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Los jueces tienen, conforme surge del artículo 477, amplia libertad para ponderar el dictamen pericial pero dicha discrecionalidad no importa reconocerles un libre albedrío absoluto, pues en efecto, si bien es verdad que por categórica o unánime que sea la opinión del experto carece de valor vinculante para el órgano jurisdiccional, también lo es que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos

de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (CNCiv., Sala F, 1981/10/01, “Grion de Kokogian, Inés y otra c. Rivero, Orencio y otros”, JA, 982–III–361).

Reconocimiento judicial

211. ¿Qué es el reconocimiento Judicial?

El reconocimiento Judicial es la diligencia, llevada a cabo personalmente por el juez, a los fines de la comprobación de un hecho que se plantea en el proceso. Puede darse el supuesto que el reconocimiento recaiga sobre el mismo hecho que se quiere probar o bien sobre otro que a su vez ofrezca o aporte datos de aquel.

Es un acto de práctica directa sobre las cosas, que puede delegarse en funcionarios del juzgado, los que deberán informar circunstanciadamente sobre lo que han percibido.

Dada la inmediatez que logra el magistrado con aquello que se quiere probar, estamos frente a un medio de prueba rápido, sencillo y seguro al no interponerse nada entre el juez y el objeto. Es un medio de prueba directo.

El juez al realizar personalmente el reconocimiento del lugar o de la cosa objeto del proceso, adquiere elementos que tendrá en cuenta para su apreciación de los hechos en sentencia.

La procedencia de este medio de prueba es privativa del juez, de manera que la admite a su arbitrio, decidiendo sobre la utilidad de la misma para el proceso.

En el ordenamiento nacional se encuentra regulado en los artículos 479 y 480, denotando una relación directa con la reconstrucción de los hechos.

212. ¿Cuándo procede?

El reconocimiento judicial procede a pedido de parte o de oficio. En el primer caso, se propone al tiempo de ofrecer la prueba o cuando se invoca un hecho nuevo; en el segundo lo resuelve el juez en cualquier etapa del proceso.

Podrá ser dispuesto como una medida preliminar o bien como una medida para mejor proveer siendo esta una facultad jurisdiccional exclusiva.

213. ¿Quiénes asisten a la diligencia?

A la diligencia asistirá el juez personalmente, y, en el caso de tribunales colegiados, alguno de los miembros que se designe a tal efecto. Se entiende que en este caso no es necesaria la presencia de todos los magistrados.

Podrán asistir las partes con sus representantes quienes podrán formular observaciones pertinentes que sean de eficacia para la medida, de las que se dejara debida constancia en el acta, pero su intervención es limitada. La concurrencia de las partes es voluntaria.

También podrán concurrir los peritos que hayan sido designados en el proceso, en su carácter de auxiliares de la justicia, dado que son colaboradores del juez y los consultores técnicos.

Asimismo, pueden asistir los testigos que puedan aportar a este medio algún elemento mas para la mejor interpretación de los hechos.

214. ¿Cómo se efectúa el reconocimiento?

A pesar del carácter de prueba de percepción directa antes indicado, es posible que se delegue la práctica porque, en definitiva, se trata de fijar o conservar la situación de un lugar, el estado de cosas o personas, que quien lo concrete puede informarlo con posterioridad.

Por eso, la eficacia probatoria del reconocimiento judicial, ya sea que concurren o no las partes a tal acto, requiere su documentación mediante el levantamiento de un acta en la cual se deje constancia de las percepciones y observaciones recogidas durante el desarrollo de la diligencia.

De lo contrario, se cercena el derecho de defensa de las partes, en tanto se las priva de un elemento de juicio apto para fundar sus alegaciones críticas, se sustrae toda posibilidad de información al órgano judicial competente para conocer de un recurso interpuesto contra la sentencia que hace mérito del reconocimiento, y se impide la valoración de la prueba al juez que, eventualmente, suceda en el desempeño del cargo a quien practicó la diligencia (CNCiv., Sala E, 1998/03/13, “Consortio Av. Santa Fe 2642/44 c. Lagomarsino, Juan C.”, La Ley, 1998–D, 258).

Las partes pueden asistir con sus consultores técnicos y realizar las observaciones que estimen pertinentes, todo lo cual se vuelca en el acta (art. 125, inc. 5°).

Actualmente, con la reforma introducida por la ley 25.488 al sistema de celebración de las audiencias, puede el juez ordenar a las partes, al disponer la práctica de un reconocimiento judicial, que se aporten los medios técnicos necesarios para su efectiva celebración (v.gr.: videograbadoras; cámaras fotográficas, cuyos gastos se recuperan por el sistema de costas), de acuerdo con el artículo 125 incisos 6° y 7°, CPCCN.

CAPÍTULO XVIII

INCIDENTES

215. ¿Qué son los incidentes?

Se entiende por incidente, en general, a toda cuestión que se inserta en un pleito y que tiene relación con el objeto principal del mismo, por medio de una vinculación accesoria o de continencia.

Para que una cuestión se reputa incidental, y se sustancie como tal, debe tener una relación de accesoriedad o conexidad, subordinada, con el proceso principal. Tal conexión no ha de ser solamente económica sino fundamentalmente procesal, de modo que su resolución previa signifique la remoción de un obstáculo para alcanzar el adecuado fin del proceso.

Alsina llama incidente o artículo (de *incidens*, acontecer, suspender, interrumpir) a todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente durante el curso de la instancia, tanto en el juicio ordinario como en los especiales, y que tiene con él una vinculación inmediata¹⁶⁶.

Carnelutti, por su parte, señala que la formula incidente resulta de la abreviatura de “cuestión incidente”, esto es, “todas las cuestiones que caen *incidut* entre la demanda y la decisión, en sentido que deben ser resueltas antes de que se decida la litis”¹⁶⁷.

Para Fenochietto, *incidente procesal* o *artículo* se denomina a toda cuestión o controversia vinculada directa o indirectamente con el objeto principal del proceso y se suscita una vez que la litis se encuentra trabada¹⁶⁸.

La relación directa con el proceso puede generar una acción independiente, es decir, un trámite vinculado con el litigio principal pero sujeto a propias resoluciones.

Por ejemplo, el beneficio de litigar sin gastos constituye un incidente “autónomo o nominado”, categoría que tiene una regulación específica sin perjuicio de lo cual el codificador ha previsto que le sean aplicadas, con carácter supletorio, las normas establecidas para los incidentes genéricos o innominados.

En suma, un incidente procesal es una cuestión contenciosa que se resuelve con relación al principal pero de manera independiente; inclusive, pueden decidirse tras el dictado de la sentencia definitiva (art. 166, inc. 5º, CPCCN).

216. ¿Qué tipo de contingencias suceden en el proceso?

Se suele distinguir entre juicio incidental, incidente e incidencia. Existiendo una cuarta categoría que es el juicio incidente. Todas estas especies pertenecen al género incidente en sentido amplio.

El denominado *juicio incidente* es el proceso completo que debe tramitarse conforme a sus propias normas, pero que resulta incidental por la relación que guarda

¹⁶⁶ ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo 4, Ediar, Buenos Aires, p. 140.

¹⁶⁷ CARNELUTTI, *instituciones...*, tomo I, *op. cit.*, p. 513.

¹⁶⁸ FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, p. 653.

con otro proceso principal. Este juicio incidente, al ser sentenciado puede producir efecto de cosa juzgada en uno y otros.

Los procesos incidentales son procesos con un fin en sí mismos, que persiguen una pretensión de mérito, y que muy bien en su caso pueden tramitarse en forma independiente. Sin embargo, por razones instrumentales y de economía procesal, en ciertos supuestos se ven integrados a un proceso de mayor envergadura conceptual.

El incidente en sentido estricto es el dispositivo característico por el artículo 175 CPCCN y resulta de toda cuestión distinta del principal asunto del pleito, pero relacionada con él. Cuestión que se ventila y decide por separado, con o sin suspensión del principal.

Se denomina “incidente” a todas las cuestiones contenciosas que pueden surgir durante el desarrollo del proceso y guardan algún grado de conexidad con la pretensión o petición que constituye el objeto del aquel.

217. ¿Cómo se clasifican los incidentes?

La doctrina clasifica a los incidentes en *autónomos* y *genéricos*. Los primeros, son todos los que versan las cuestiones que han sido objeto de una específica reglamentación legal en cuanto al modo que deban sustanciarse. Como los casos de las cuestiones de competencias promovidas por vía de inhibitoria (arts. 9 a 12 CPCCN); la recusación con causa (arts. 20 a 27 CPCCN); el pedido de intervención terceros (art. 92 CPCCN); el planteamiento de nulidad de los actos procesales (art.170 CPCCN); etcétera.

Son incidentes genéricos aquellos que se encuentran sujetos a un mismo trámite que la ley establece sin consideración a la materia sobre la que versan.

También se pueden clasificar en *suspensivos* y *no suspensivos*:

Los suspensivos son el caso excepcional, no continúa la cuestión principal hasta que se resuelve el incidente. El segundo caso es la regla (art. 176 CPCCN) no paralizan el trámite de las actuaciones principales. Solo el Código o en su caso el juez, según la naturaleza de la cuestión planteada, serán quienes dispongan que tipo de trámite llevará el incidente.

Esta clase de incidentes está reglamentada por los arts. 175 a 187 del rito. Son competentes los jueces que intervienen en el proceso principal (art. 6º, inciso 1º CPCCN), por razón de conexidad.

Los incidentes tramitan en piezas separadas del expediente principal, y se forma con el escrito que lo promueve más las copias de la resolución y de las piezas necesarias del expediente principal que lo motiven e indiquen las partes. No suspende el proceso principal, salvo que lo ordenado o el juez lo consideren necesario por la naturaleza del juicio (art. 176 CPCCN). Como se trata de una demanda incidental debe aplicarse a la presentación el artículo 330 del código, como también debe ofrecerse la prueba del cual intenta valerse las partes en ese incidente, además de acompañar la prueba documental.

Si el incidente fuera improcedente el juez podrá rechazarlo in limine, resolución que podrá apelarse y se concederá con efecto devolutivo (art. 179 CPCCN).

218. ¿Qué diferencia existe entre incidentes e incidencias?

La formación de un incidente supone un contradictorio puramente procesal vinculado con la pretensión sustancial discutida, pero de tal envergadura que obliga a tener una solución particular que permita continuar el juicio principal. Este tipo de incidente es suspensivo del trámite, pero puede no serlo.

Además, en el desarrollo del procedimiento se pueden suscitar otras cuestiones que suponen diferencias entre partes, pero que por su naturaleza no se engloban dentro del trámite incidental, porque se pueden resolver de manera rápida e inmediata. A estas se las denomina incidencias.

Son ejemplos de estas manifestaciones las oposiciones que se producen en el desarrollo de una audiencia; el requerimiento de providencias rechazadas sin sustanciación, etcétera. Tienen la característica que, como no constituyen un incidente en los términos del artículo 175, no corresponde la imposición de costas de primera instancia (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1997/10/24, “Degano, Abel E. c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro”, La Ley, 1998-F, 487).

219. ¿Cuál es el objeto de los incidentes?

La vía incidental solo es apta para resolver conflictos en los que se controvierten derechos e intereses correspondientes a las partes comprometidas en el juicio principal, siendo medio no apto cuando la naturaleza del planteo, la trascendencia de las impugnaciones, o la proyección del pronunciamiento eventual, convergen sobre la validez de instrumentos o actos jurídicos que vinculan a terceros, cuyo derecho de defensa no debe verse restringido.

220. ¿Cuándo se resuelven?

Una vez realizada la prueba, o contestado el traslado si no se ofreciera ninguna, el juez resolverá sin más trámite (art. 185 CPCCN), dentro del plazo de diez (10) días, dictará resolución. En ella se deberán decidir las cuestiones que hayan surgido en el curso del incidente (art. 188 CPCCN). Será apelable en relación y con efecto suspensivo.

221. ¿Quién paga las costas del incidente?

La parte vencida en el incidente es quien debe pagar las costas, y solo quedan eximidas cuando se trata de cuestiones dudosas de derecho.

El condenado al pago de las costas del incidente no puede promover otro mientras no haya depositado su importe en calidad de embargo. Además, toda apelación sobre imposición de costas y regulaciones de honorarios deben concederse en efecto diferido, salvo cuando el expediente hubiese sido remitido a la Cámara como consecuencia del recurso deducido por algunas de las partes contra la resolución que decidió el incidente.

Así se interpreta que [...]

“El término incidente se aplica a todas las cuestiones *litigiosas* que pueden suscitarse durante el desarrollo del proceso y guarden alguna relación con el tema de fondo, conforme la clara y expresa normativa de la ley procesal, la parte vencida en un incidente deberá pagar todos los gastos de la contraria; pudiendo eximirse de las

costas *únicamente*, cuando se tratare de cuestiones dudosas de derecho” (CCiv. y Com. Quilmes, 12/03/2003, *Luis Liberjen S/ Quiebra*).

CAPÍTULO XIX

CONCLUSIÓN DE LA CAUSA

222. ¿Qué son los alegatos?

Los alegatos son la crítica concreta y razonada que las partes realizan sobre las pruebas producidas; ella se refiere tanto a la propia actividad, como a la del oponente.

Si bien la no presentación del alegato, ningún perjuicio ni sanción conlleva al litigante, es cierta la utilidad que el mismo posee, pues en él encontrará el juzgador recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere y las razones que se aducen para demostrar el derecho.

Es una facultad procesal que se puede declinar sin responsabilidades ni riesgos, pero que al asumirla tiene requisitos que cumplir.

En primer lugar, hay un deber vinculado con el tiempo de devolución del expediente que se concede en préstamo a los fines de concretar dicha actividad (art. 127, inc. 1º, CPCCN); después, existe una carga de fundamentación que impide considerar cuestiones extrañas al objeto para el cual el alegato se destina.

En tal sentido se ha dicho que, las pretensiones planteadas en el alegato que no fueron vertidas en la contestación de la demanda comportan una reflexión tardía que obsta a su consideración, aun cuando de ello se siga algún gravamen para el demandado, pues tal situación se ha producido a raíz de la conducta discrecional del mismo, constituyendo tal principio una aplicación de la regla romanista por la cual nadie puede alegar su propia torpeza (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1999/11/18, “Administración Nac. del Seguro de Salud c. Banco del Tucumán”, La Ley, 2000-C, 918 [42.726-S] - DJ, 2000-2-926).

Inmediatamente habrá que omitir toda inclusión en el escrito de cuestiones que hubieran precluido en su tiempo de alegación. Por eso, las partes pueden alegar y probar circunstancias que hacen a la idoneidad de la prueba, pero no referirse especialmente al testigo, pues para ello habría perdido la oportunidad para hacerlo. En todo caso, la prueba testimonial se analiza en conjunto.

En definitiva, no hay que olvidar que el alegato no es una pieza fundamental ni esencial del proceso, ya que no implica la incorporación de elementos novedosos, pues su función se circunscribe a la expresión del juicio de cada parte sobre el resultado de la actividad probatoria (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000/07/05, “Novartis AG c. Laboratorios Rontag S. A.”, La Ley, 2001-B, 616 - DJ, 2001-2-387).

223. ¿Cuándo se debe presentar el alegato?

Con la clausura de la etapa probatoria y la puesta en secretaría de los autos para alegar, comienza una etapa de presentaciones facultativas cuya extensión depende del número de litisconsortes y de la resolución que adopte cada uno.

El plazo es común e inicia desde que se haya consentido el auto que pone los autos para alegar.

Algunos sostienen que la providencia que pone en Secretaría los autos para alegar adquiere firmeza a los cinco días de notificado a todos los interesados, pues se trata de un plazo común, solución que garantiza adecuadamente el debido proceso (CNCiv., Sala A, 1995/07/14, “Q. de N., H. E. c. L. de N., L.”, La Ley, 1995-D, 649. - DJ, 1995-2-592).

Otros se basan en que la providencia que manda a poner los autos para alegar es suscripta por el prosecretario del Juzgado y, en consecuencia, solo susceptible del recurso de revisión ante el juez previsto por el artículo 38 ter del Código Procesal, de modo que la misma queda firme en el plazo de tres (3) días (CNCiv., Sala B, 1993/04/16, “P. de V., G. y otros c. V. O.”, La Ley, 1994-E, 308, con nota de Jorge L. Kielmanovich).

Inclusive, se agrega que frente a la regla del artículo 379 vigente, que implica la inapelabilidad de las providencias de prueba mas no la imposibilidad de que el juez mismo las revoque por contrario imperio, si se pone de manifiesto la existencia de algún error, el plazo para que quede firme la providencia que ordena la agregación de las pruebas, su certificación y la entrega del expediente a las partes para alegar no es ya de cinco (5) sino de tres (3) días (conf. art. 239) (CNCiv., Sala C, 1981/06/02, “Grunbaum, Oscar S. c. Samain, Luis E. y otra”, ED, 97-580).

En realidad, la confusión deriva de los propios términos ambiguos del art. 482 del código ritual. Es verdad que se ha dispuesto que el prosecretario letrado debe poner los autos para alegar, providencia esta que se ha de notificar personalmente o por cédula; y que el secretario puede suscribir la providencia. También lo es que, en uno u otro caso, la resolución de mero trámite es susceptible del recurso de reposición, queda consentida al tercer día de la última notificación, dado que se trata de un plazo común, aunque divisible para el retiro por su orden del expediente.

Pero no se ha de soslayar que la providencia es simple y puede causar gravamen irreparable, de manera que el recurso que se articule por la vía del artículo 38 ter CPCCN aunque se resuelve por el juez de manera definitiva, permite encuadrar la decisión en el marco del artículo 242, inciso 3º, CPCCN y llevar la impugnación por la senda del recurso de apelación.

En consecuencia, pensamos que el auto que dispone poner los autos para alegar queda consentido después del quinto día de consentida la providencia por el último de los notificados. Quienes tengan unificada la representación (art.54, CPCCN) se cuentan como una sola parte.

224. ¿Qué quiere decir que el plazo para alegar es común?

El plazo para alegar es común significa que vence para todos quienes litigan, una vez agotada la suma de los distintos términos de seis días, concedidos a cada parte que no hubiese unificado representación.

Cuando el expediente se devuelve vencido el plazo acordado, hay dos caminos a seguir por el tribunal: a) se reintegra el alegato presentado por haber faltado a una obligación procesal; o b) se amplía el plazo concedido a las otras partes, no solo para retirar el expediente, sino también, para presentar sus fundamentos.

En el primer supuesto se ha dicho que, corresponde ordenar la devolución del alegato si el expediente fue restituido por el interesado una vez vencido el plazo previsto en el artículo 482 –en el caso, el escrito fue presentado mientras el expediente estaba en

poder de la parte—, pues dicho retardo afecta el derecho de la otra parte y altera el normal curso del procedimiento (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000/07/05, “Novartis AG c. Laboratorios Rontag S. A.”, La Ley, 2001-B, 616 - DJ, 2001-2-387).

En el siguiente, se afirma que para fijar esta fecha de vencimiento es preciso sumar todos los períodos de seis días, de acuerdo a las partes con derecho a hacerlo y, contemplando también si medió alguna causa que tuvo por virtud suspender dicho plazo (CNCiv., Sala E, 1979/05/31, “Boveri, H. O. c. Biurarrena, R.”, La Ley, 1981-D, 600 [36.020-S]).

De todos modos, nos parece que la división creada por la interpretación jurisprudencial no es consistente frente a la claridad del párrafo final del artículo 482 CPCCN que hace perder el derecho de alegar cuando el expediente se retiene sin causa justificada.

225. ¿Qué efectos produce el llamamiento de autos a sentencia?

Con el llamado de autos para dictar sentencia queda cerrada la etapa deliberativa dando lugar al tiempo de resolución.

Las únicas pruebas que se pueden agregar son documentales de fecha posterior que se declaren no conocidas (art. 335, CPCCN), o las sustanciadas en extraña jurisdicción (art. 373, mismo ordenamiento), o las que el juez ordene producir como medida para mejor proveer (art. 36, inc. 4º, código citado), que en su caso, se ordenarán en un solo acto.

226. ¿Qué son las medidas para mejor proveer?

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que eleva la figura del juez demostrando con ellas como se ejerce la autoridad dentro del proceso.

Estas medidas proponen esclarecer hechos controvertidos, con la diferencia que se ordenan cuando se ha cerrado la etapa probatoria.

Es una disposición destinada a esclarecer las circunstancias de facto, y tiene como límite el marco de la contradicción inicial, es decir que, en principio, no puede suprimir la controversia a resolver, ni aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes. El principio de igualdad quedaría indefenso si el juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Sin embargo, las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo esta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

Guasp decía que el juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica¹⁶⁹.

Bajo el marco que presenta nuestro código, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

Explica Ramos Méndez que estas diligencias finales se pueden esquematizar como sigue:

- Las diligencias se acuerdan mediante auto del tribunal solo a instancia de parte;
- No pueden practicarse pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la iniciativa probatoria del tribunal;
- Caben en este momento la práctica de pruebas admitidas que, por causas ajenas a la parte que las ha propuesto, no se hubiesen practicado¹⁷⁰.

227. ¿Dónde están reglamentadas las medidas para mejor proveer?

El artículo 36 del CPCCN, enumera algunas posibilidades, a saber: 1) ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 2) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes, para requerir las explicaciones pertinentes al objeto litigioso; 3) decidir en todo tiempo la concurrencia de peritos y testigos; 4) mandar que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros.

La nota de elevación de la ley 22.434 que reformara el ordenamiento citado, justamente explicó que en el nuevo código procesal, con el propósito de establecer un real equilibrio entre los poderes atribuidos a los jueces y las facultades otorgadas a las partes, procurando así la necesaria armonía que debe presidir el desenvolvimiento del proceso judicial, ha dotado a los magistrados de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenamiento de las causas, de manera tal que, “sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, el proceso no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes”.

¹⁶⁹ GUASP Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Legislativos, Madrid, 1957, p. 328.

¹⁷⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2001.

Con este marco se puede afirmar que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

Con la última reforma en el artículo 36 (texto s/ ley 25.488) en cuanto relevamos para este tema no hay variaciones importantes.

CAPÍTULO XX

LA SENTENCIA

228. ¿Cómo se clasifican las resoluciones judiciales?

Se denominan resoluciones judiciales todas las decisiones que adopta el juez en el curso de un proceso judicial. Ellas se pueden clasificar en:

a) *Providencias simples*: o de mero trámite, que tienen como finalidad impulsar el proceso; no requieren sustanciación previa. Estas son susceptibles de aclaración, de revocación causen o no gravamen irreparable (art.238, CPCCN), y de apelación en el caso de que cause un gravamen que no pueda ser restaurado con el dictado de la sentencia definitiva (art. 242, CPCCN).

b) *Sentencias interlocutorias o incidentales*: son decisiones que se toman después de oír a las partes, o sea, previo traslado del planteo efectuado por un litigante. Las resoluciones no llevan *resultandos*, pues conforme el artículo 161, deberán contener: i) lugar y fecha de su dictado, ii) fundamentos; iii) la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas; iv) el pronunciamiento sobre costas.

Contra estas solo proceden la aclaratoria y el recurso de apelación (art. 242, CPCCN). No se puede articular contra ellas el recurso de reposición ya que con su dictado concluye la competencia del juez respecto de la cuestión resuelta. Son ejemplo de este tipo de resolución, la que decide una excepción previa, la que resuelve una negligencia de algún medio probatorio, etcétera.

c) *Sentencias homologatorias*: Dice el artículo 162 que “las sentencias que recayesen en los supuestos de los arts. 305, 308 y 309, se dictarán en la forma establecida en los arts. 160 o 161, según que, respectivamente homologuen o no el desistimiento, la transacción o la conciliación”. Es decir, que para el caso en que se disponga la homologación de ese modo anormal de conclusión del proceso, la ley indica que puede tener la forma de una providencia simple; pero cuando se trata del supuesto inverso y se deniega el pedido de homologación, la decisión debe contener los requisitos del artículo 161, anteriormente indicados.

d) *Sentencia definitiva*: la sentencia constituye el acto jurisdiccional más importante, por el cual se satisface, de alguna manera, el interés jurídico de las personas involucradas en el proceso. Es la que pone fin al proceso e impide su continuación.

229. ¿A qué acto del proceso se denomina sentencia?

Se llama sentencia al acto por el cual el juez emite un pronunciamiento definitivo, estableciendo el derecho que debe aplicarse en la relación jurídica que presentaron las partes, y definiendo el alcance que tiene dicha resolución.

La sentencia se puede emitir en un proceso de conocimiento o en otro tipo de proceso (v.gr.: proceso ejecutivo, acción declarativa, quiebra, etc.), en ella el juez aplicará todas aquellas fuentes del derecho permitidas –entre ellas: la ley, tratados internacionales, la equidad, doctrina, jurisprudencia, etc. –, para poder llegar al grado de convicción que la ley y la constitución le exige para obtener certeza.

En esa oportunidad, dicho órgano hará un estudio exhaustivo de los hechos puestos a su conocimiento, valorará con las reglas de la sana crítica la prueba producida por las partes y aplicará el derecho que considere pertinente.

No se trata solamente de subsumir los hechos en el derecho preexistente, ni de aplicar el derecho firme y establecido, ni de resolver en base al voluntarismo porque este sin fundamento es incongruente, injusto y arbitrario.

Al juez se le exige un grado de convicción tal que le permita emitir un fallo en el caso dado. Pero la creación intelectual que constituye este acto jurisdiccional no debe limitarse a ser el análisis de los hechos y las pruebas puestas a su conocimiento, sino que debe ser una verdadera manifestación de justicia.

230. ¿Cuáles son los requisitos formales que debe tener una sentencia?

La sentencia tiene formas que se basan en el principio de legalidad. Ellas deben estar presentes, porque su ausencia determina la nulidad absoluta o relativa del acto, dependiendo ello, de la gravedad y trascendencia del vicio implícito.

Algunos más sostienen que si falta el requisito formal, no hay sentencia en sentido estricto, sino, un acto inexistente.

Los requisitos formales son:

a) *La mención del lugar y fecha de su pronunciamiento.* La indicación del lugar debe ser coincidente con la competencia territorial del juez. Con ello se persigue establecer la jurisdicción del magistrado que interviene. En cuanto a la fecha, debe ser completa, es decir, indicar día, mes y año en que la sentencia se expide y firma.

b) *Encabezamiento,* en el que se dejará sentado el fin de la resolución (dictado de la sentencia en las actuaciones de las que se trate), que generalmente se lo conoce con la presentación de “y vistos”.

c) *Los resultandos:* son las indicaciones del nombre y apellido de las partes y una relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.

d) *Los considerandos:* en esta parte de la sentencia se expresan los fundamentos. Tiene una presentación inicial donde se hace consideración de las cuestiones traídas a debate (cada una por separado), luego se relaciona cada pretensión con la prueba, y finalmente, se motiva el convencimiento alcanzado a través de la misma, procediendo a dar las razones por las cuales se llega a una decisión.

e) *La parte dispositiva:* en esta debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley. Se declara el derecho de los litigantes y se determina el vencedor, en todo o en parte. En esta sección el juez fijará el plazo de cumplimiento de la sentencia, establecerá el alcance de la obligación y ordenará las particularidades que estime corresponder. Se impondrán las costas del proceso y se regularán los honorarios de los profesionales intervinientes, si el juez así lo considerara pertinente. También podrá imponer sanciones por la temeridad y malicia que observare presente en el comportamiento de las partes en el proceso.

f) *La firma del juez* con su debida aclaración.

Cada una de estas partes es *necesaria e ineludible* para darle validez al acto jurídico procesal.

La sentencia debe ser puesta en conocimiento de las partes. La notificación se practica personalmente o por cédula, y en el caso de que una de las partes no haya comparecido al proceso o estuviese en rebeldía, se lo deberá notificar en su domicilio real.

La falta de estos recaudos podrá conducir a un eventual pronunciamiento de nulidad del acto procesal. Pero, la nulidad de la sentencia debe ser la consecuencia de un vicio trascendente e importante, sin posibilidad de saneamiento.

Así, por ejemplo, la falta de fecha o de firma en la misma, son vicios no susceptibles de confirmación posterior, mientras que, por ejemplo, la omisión de indicar el plazo para el cumplimiento de la misma, podrá ser subsanada luego en el tribunal de alzada.

231. ¿Cuáles son los requisitos de fundamentación de la sentencia?

La motivación razonada de las sentencias es un principio novedoso en las garantías jurisdiccionales, aunque parezca increíble.

En el derecho romano no existía la obligación de fundamentar las decisiones, porqué la orden y el silencio compartían el misterio de la divina justicia, convertida en el oráculo del pueblo. Fue mucho tiempo después cuando aparece el deber de motivación. La tendencia “pro-motivacionista”, al decir de Sagüés¹⁷¹, cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793. Los jueces “motivan sus decisiones” (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208). En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852), cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse.

Las razones que predica esta obligación de fundamentar tienen varias explicaciones y argumentos desenvueltos. El primero tiene en cuenta la necesidad de justificar el poder jurisdiccional a través de la razonabilidad de sus fallos; luego, porqué las bases sobre las que cada sentencia se apoya pueden controlarse a través de los recursos, abriendo una instancia de revisión. Asimismo, es un argumento contra la arbitrariedad o el despotismo judicial.

Desde otro punto de vista, aplicado en la función jurisdiccional, la sentencia debe persuadir a las partes sobre la justicia impartida; y si ellas son ejemplares por su valor y trascendencia, determinan una fuente de derecho judicial que conviene alentar.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que el deber de fundamentación, *es una condición para la validez de las sentencias* (Rey c/ Rocha, Fallos 274:260; 283:86: 295:95, entre otros); *para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto* (Fallos 244:521; 259:55); y es inconstitucional aquella *que carece de toda motivación*, o si la tiene, *es aparente o insustancial*.

¹⁷¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

En nuestro país, como se dijo, la obligación de fundamentar tiene origen constitucional, aunque el mismo no resulta explícito ni directo. Solo se menciona en el artículo 17 (derecho de propiedad) la expresión *sentencia fundada en ley* y después, en el artículo 18 (debido proceso) alude al *juicio previo fundado en ley*.

La sentencia fundada en ley que tipifica el artículo 17 de la Constitución Nacional, así como asegura el deber de fundamentar los fallos judiciales, también puede obrar como complemento del principio de seguridad jurídica.

En efecto, el principio de jerarquía normativa que tutela la supremacía constitucional no puede quedar desplazado por interpretaciones esquivas o ambivalentes, de forma tal que por un capricho legalista se postergue la aplicación estricta del deber de razonar cada acto jurisdiccional.

Un caso típico de anulación implícita del deber mencionado se encuentra en la providencia que rechaza sin sustanciar una demanda de amparo por considerar que no es la vía idónea.

La falta de contestación, o el formulismo aplicado como respuesta, no garantiza el debido proceso, tan solo resuelve en el marco del legalismo técnico que, en algunos casos, no concilia con el mentado derecho a fundamentar las decisiones judiciales.

Ocurre que apenas logrado el acceso a la justicia, y obtenido el derecho a la audiencia y prueba, el individuo requiere la actividad jurisdiccional para ir en busca de una respuesta definitiva a sus necesidades, encontrándose desconcertado cuando las respuestas no llegan o son ambiguas.

No se trata de establecer una suerte de proteccionismo extremo; tan solo recurre al concepto de asegurar la certeza de las partes sabiendo las razones y motivos por los cuales se resuelve en cada situación del proceso. Por supuesto, quedan intangibles las facultades judiciales de rechazar cualquier pretensión manifiestamente improcedente o impertinente, así como denegar las medidas que interprete inhábiles para los fines del litigio.

En síntesis, se propicia establecer en el marco del garantismo jurisdiccional la obligación judicial de fundamentar todos los actos que incidan en el derecho a la jurisdicción y al proceso que las partes tienen.

232. ¿Qué otros requisitos de fondo debe tener una sentencia?

La postulación del derecho por parte del actor determina el interés concreto que se tiende a tutelar, mientras que la contestación de la demanda fija el contenido litigioso, de modo tal que el objeto procesal dispuesto por los contradictores se cuadra en los límites que fijan la pretensión y la resistencia –*thema decidendum*–. El juez, no podrá ir más allá de lo solicitado en aquella (*ne eat iudex ultra petita partium*) ni fallar por menos de lo allí pedido (*citra petita*).

Esta adecuación se denomina principio de congruencia e integra los contenidos del debido proceso.

La tarea de relacionar los hechos con las pretensiones, y ellas con el derecho aplicable, se concreta en los considerandos, ya que allí se verá en su máxima expresión el principio de congruencia por el cual las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, que el Estado le ha atribuido para la resolución de los conflictos, se ven limitadas a aquello que fue puesto a su entendimiento y debate. O sea, debe existir

identidad entre lo resuelto y lo oportunamente alegado y controvertido. Es en esta parte de la sentencia donde el juez hará uso de esas fuentes del derecho que cree justas y equitativas para la solución del conflicto (v.gr.: jurisprudencia, doctrina, etc.).

En este sentido, la CSJN tiene dicho, que es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que estos sean fundados (Fallos 318:189; 319:2264, entre otros); exigencia que, al decir del alto cuerpo, antes de orientarse o mantener el prestigio de la magistratura, procura esencialmente la exclusión de decisiones irregulares (Fallos 236:27; 319:2264), que afecten la garantía del debido proceso¹⁷².

Asimismo, en materia de valoración de la prueba, “los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia una por una y exhaustivamente todas las pruebas ofrecidas por las partes, sino las que sean pertinentes y conduzcan a la solución de las cuestiones debatidas, pudiendo escoger las que estimen decisivas” (ver art. 386, párr. 2º)¹⁷³.

233. ¿Qué son las condenaciones principales y cuáles las accesorias?

La sentencia se divide en tres partes: los resultandos, los considerandos y el fallo propiamente dicho. Este último, a su vez, contiene dos aspectos: el principal –vinculado con el tema central de la pretensión deducida– y el accesorio –relacionado con otros puntos secundarios que también deben o pueden ser materia de pronunciamiento–.

En el primero, el juez admitirá o desestimará el objeto de la acción promovida. A modo de ejemplo, condenará al demandado a entregar la cosa reclamada por el actor, a abonar una suma de dinero en concepto de indemnización, a cumplir con el contrato celebrado, etc.; o por el contrario, lo absolverá de satisfacer tales pretensiones, en caso de que la demanda no prospere.

Por su lado, los accesorios de la sentencia están regulados en los arts. 163 – incs. 7º y 8º– y 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y son:

a) El *plazo* otorgado para su cumplimiento, si la sentencia fuere de carácter condenatorio. La fijación del mismo queda librada al arbitrio del magistrado, quien apreciará especialmente la naturaleza y urgencia del proceso. En estos casos, no obstante, la jurisprudencia ha establecido un plazo común (de diez días).

La importancia del plazo radica en que otorga ejecutoriedad al pronunciamiento, de manera que una vez transcurrido el tiempo para cumplir el mandato judicial, la parte favorecida puede exigir su cumplimiento.

No debe confundirse este término con el previsto para apelar la sentencia, pues este último opera en forma independiente y su vencimiento solo indica consentimiento de la decisión, aun cuando no corresponda su cumplimiento inmediato por no haber fenecido el plazo dado para ello.

b) el pronunciamiento sobre *costas* y *la regulación de honorarios* de los profesionales intervinientes (letrados, peritos).

¹⁷² CSJN Sup., 11/03/2003 - *Goldaracena de Montenegro, Clara M. y otro v. Goldaracena de Baron Supervielle, Inés M. y otros* - De la opinión del Fiscal de Cámara.

¹⁷³ CSJN, 29-9-83, ED, 107-398; CNCiv, sala B, 3-3-81, RepED, 18-968, n°35; en Fassi, Santiago C. y Yáñez, Cesar D., *Código procesal civil y comercial, comentado, anotado y concordado*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, p. 778.

Las costas comprenden todos los gastos generados en el transcurso del proceso. El juez impone el pago de ellas en la sentencia, determinando sobre quién recaerá el mismo, aunque no el *quantum*, ya que este aspecto se difiere para la etapa de la liquidación o ejecución de la sentencia.

El artículo 68 del CPCCN sienta el principio rector en la materia, fundado en el hecho objetivo de la derrota: “la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado”.

No obstante, y de conformidad con el segundo párrafo de ese precepto legal, el magistrado puede eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido “siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad” (por ejemplo, si estimare que la cuestión es compleja o novedosa).

c) Puede, en su caso, declarar sobre la *temeridad y malicia* en que hubieren incurrido las partes o profesionales, en los términos del artículo 34 inciso 6º, CPCCN.

Existe temeridad cuando se obra con la certeza o con una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera, cuando se tiene conciencia de la propia sinrazón; mientras que incurre en malicia quien retarda, obstaculiza, provoca articulaciones manifiestamente improcedentes, con el solo propósito de dilatar la tramitación del proceso.

d) Cuando corresponda impondrá *la condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios*.

Ello tiene lugar cuando el actor –que resulta vencedor en el juicio– ha incluido tales rubros en la demanda. De ser posible, debe estimarse provisionalmente su cuantía, aunque se deje librada su fijación definitiva “a lo que en más o en menos resulte de las constancias de la causa o de la prueba a producirse”; en estos casos, no hay inconvenientes para que el juez establezca, si correspondiere, un monto incluso mayor al calculado primigeniamente por el reclamante.

Al respecto, el artículo 165 del CPCCN dispone [...]

“Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación .

Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos e intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo.

La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto”.

En síntesis, el sentenciante deberá, en la medida de lo posible, establecer el monto o al menos las bases sobre las cuales se practicará la liquidación correspondiente a intereses, frutos o indemnización por daños, teniendo en cuenta las constancias de la causa; si ello no fuere factible, será necesario promover un proceso posterior e independiente.

234. ¿Qué es el principio de congruencia?

La congruencia es la adecuación precisa entre lo pedido por las partes y lo otorgado en la sentencia.

Se incurre en incongruencia cuando se juzga más allá de lo peticionado (ultra petita), fuera de lo solicitado (extra petita) o cuando se omite tratar algún punto que fue planteado oportunamente (citra petita).

El principio de congruencia respeta el carácter dispositivo del proceso, en virtud del cual son las propias partes las que fijan el *thema decidendum* (es decir, la cuestión a resolver), limitando el pronunciamiento del juez a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvencción y contestación de esta).

Así lo recuerda el artículo 163 inciso 6° apartado primero del código, que dispone que la sentencia contendrá *la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte.*

También el artículo 34, inciso 4° del Código impone al juez el deber de fundar toda sentencia, *respetando el principio de congruencia.*

La decisión expresa y positiva que la ley requiere debe estar en relación directa con las pretensiones deducidas en el juicio y con arreglo a las causas invocadas. Cualquier desvío en esta base de raciocinio conculcaría las reglas del juego que los mismos justiciables establecieron al trabar sus diferencias, vulnerando de tal modo, las garantías constitucionales de la propiedad y defensa en juicio.

En tal sentido, la CSJN sostuvo –con remisión al dictamen del Procurador Fiscal– que el principio de congruencia se vincula con la garantía de la defensa en juicio, ya que como regla, el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (Franco Carlos Gustavo s/recurso de apelación ley 24.521-art. 32, 27/05/04).

Asimismo, se ha señalado que debe existir correspondencia perfecta entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y solo sobre lo que se pide, sin incurrir en omisiones o demasías decisorias. Si bien es cierto que el juez puede omitir analizar los argumentos de las partes que a su juicio no sean decisivos, no puede otorgar más de lo que el accionante pidió, ni dar otra cosa distinta, modificando las pretensiones formuladas, porque una de las garantías del debido proceso consiste en el límite de no introducir aspectos sobre los que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa (CNCom., Sala B, 30/11/99, *Incopel S.A. c/Ramos Oromi y Cía. s/ord.*).

La conformidad entre las pretensiones y la sentencia debe darse en el triple orden de los sujetos, del objeto y de la *causa petendi*:

a) *Congruencia con las personas del proceso*: deben precisarse qué sujetos son alcanzados por el pronunciamiento, sin remisiones indeterminadas o ambiguas (no cabe condenar, por ejemplo, “a las empresas del grupo” o a “todo aquel que esté vinculado a los intereses de tal sociedad”), y en tanto hayan sido debidamente citados a estar a juicio.

b) *Congruencia con el objeto*: es menester que la sentencia –tanto en su parte sustancial como dispositiva– contemple cada una de las *peticiones* formuladas por las partes, aunque no es necesario que el juez analice la totalidad de los elementos

probatorios obrantes en el expediente ni la totalidad de los argumentos vertidos, sino solo los que resulten relevantes.

c) *Congruencia respecto de la causa*: si los litigantes acordaron a sus afirmaciones un sentido jurídico determinado y aportaron material fáctico en consecuencia, el juez no podría apartarse de ello –en principio– si una nueva calificación implicara desvirtuar el sustrato mismo de la pretensión y frustrar el derecho de defensa en juicio (v.gr.: si quien reclama un desalojo lo hace a título de administrador, no puede recibir el inmueble como si fuese el propietario; o si se demanda alegando la causal de falta de pago en que incurriera el demandado como locatario, no cabe acoger la pretensión determinando que el accionado reviste la condición de comodatario y como tal se encuentra obligado a restituir la cosa).

El sometimiento del fallo a los puntos propuestos por las partes, no limita la calificación jurídica efectuada en virtud del principio *iura novit curia*, ni impide que el magistrado establezca deducciones propias basadas en presunciones o en la misma conducta de los litigantes en el proceso.

En este sentido, interesa destacar que en materia de derecho aplicable, las alegaciones de las partes no someten al juez, quien incluso puede declarar la inconstitucionalidad de una norma aunque no medie pedido de parte, porque esta es una actividad inserta en el marco de la supremacía constitucional.

Las sentencias de los tribunales de alzada también deben respetar el principio de congruencia, resolviendo solo lo que ha sido materia de apelación y en la medida que los puntos en cuestión hayan sido propuestos anteriormente a la decisión del juez de primera instancia (conf. arts. 271 y 277, CPCCN).

235. ¿Qué puede seguir haciendo el juez luego de dictar sentencia definitiva?

De acuerdo con el artículo 166, primer párrafo del Código, “pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla”.

Es simplemente el final de la función jurisdiccional que debía cumplir: dictar la sentencia que resuelva el conflicto que las partes han planteado.

No obstante, el magistrado puede seguir interviniendo en las siguientes cuestiones:

a) Ejerciendo de oficio, antes de ser notificada la sentencia, la facultad de corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión en el pronunciamiento, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión (art. 36, inc. 6°).

b) Corrigiendo a pedido de parte los mismos errores, conceptos oscuros u omisiones, por la vía de aclaratoria de la sentencia.

c) Ordenando, si la parte lo solicitare, las medidas precautorias que fueren pertinentes. Por ejemplo, el artículo 212, inciso 3 permite dictar embargo preventivo aun cuando la sentencia estuviere recurrida.

d) Disponiendo la entrega de testimonios y de las copias necesarias para registrar las disposiciones de la sentencia que no fuesen pasibles de revocación en la alzada (v.gr.: anotación del divorcio en el Registro Civil).

e) También conserva las facultades de proseguir la sustanciación de los incidentes que hubieran quedado pendientes y de resolverlos cuando se encontraren en estado.

f) Obviamente, resuelve la admisibilidad de los recursos interpuestos contra la sentencia y corre traslado de la apelación concedida en relación.

g) Oportunamente, cuando el pronunciamiento se encuentre firme y consentido, el magistrado será el competente para ejecutar lo resuelto.

236. ¿Cómo se clasifican las sentencias?

La sentencia que aquí nos interesa clasificar es la que resuelve el conflicto, la que decide sobre la cuestión de fondo planteada.

Estas resoluciones finales se dividen por un lado, en *estimatorias* o *desestimatorias*, según que admitan o no la demanda.

El problema de esta división radica en la posibilidad de que la sentencia haga lugar parcialmente a la pretensión instaurada e importe un vencimiento mutuo de las partes; en este supuesto, puede ubicarse en una u otra categoría de este tipo de resoluciones.

A su vez, las sentencias estimatorias pueden fraccionarse en *declarativas*, *condenatorias*, o *determinativas*.

Se denominan sentencias *declarativas* a aquellas que eliminan la incertidumbre acerca de la existencia, alcance, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico (por ej. las que disponen la nulidad de un acto jurídico).

Chiovenda sostiene que las sentencias de pura declaración son las que estiman la demanda del actor cuando tiende, *no a la realización del derecho, sino cuando se limita a pedir que sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno*¹⁷⁴.

Son sentencias *de condena* aquellas que imponen al vencido el cumplimiento de una obligación (de dar, de hacer o de no hacer) en favor de quien reclamó (por ej., la que dispone que el demandado abone al actor un monto determinado en concepto de indemnización por daños y perjuicios).

Por su lado, las sentencias *determinativas* son las que tienden a complementar o integrar una relación jurídica cuyos elementos no se hallan determinados por completo (por ej. la que fija el plazo de cumplimiento de una obligación, cuando las partes no lo hubieren estipulado).

237. ¿Cómo se regulan honorarios?

En la sentencia definitiva, el juez debe regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso.

¹⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas, Tomo IV, México, 1998, p. 96.

Los aranceles de honorarios de abogados y procuradores que actúan ante los tribunales nacionales se rigen por las disposiciones de la ley 21.839, con las modificaciones de la ley 24.432.

El artículo 3° de este cuerpo normativo establece que la actividad profesional de abogados y procuradores se presume onerosa, salvo en los casos en que conforme a excepciones legales pudieran o debieran actuar gratuitamente. En este sentido, se presume gratuito el patrocinio o representación de los ascendientes, descendientes o cónyuge del profesional.

Para la actuación en primera instancia, el artículo 7° dispone que, cuando se trate de sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, los honorarios serán fijados, para el letrado de la parte vencedora, entre el 11% y el 20% del monto del proceso y para el abogado de la vencida, entre el 7% y el 17%.

Mientras que en la segunda o ulterior instancia los honorarios se regularán entre un 25% a 35% de la cantidad que se hubiere fijado en la primera instancia (art. 14).

Para orientar al juez en la determinación del porcentaje o suma a regular, el artículo 6 sienta algunas pautas, sin perjuicio de otras que se adecuren mejor a las circunstancias particulares del caso:

- a) el monto del proceso, si fuere susceptible de apreciación pecuniaria;
- b) la naturaleza o complejidad del asunto;
- c) el resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada en el juicio por el vencido;
- d) el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo;
- e) la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal;
- f) la trascendencia jurídica, moral o económica del proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes.

A los fines referidos, el monto del proceso es el que surge de la sentencia o transacción (art. 19) y si no hubiere una ni otra, la suma que, razonablemente, y por resolución fundada, hubiera correspondido al criterio del tribunal, en caso de haber prosperado el reclamo del pretensor, monto este último que no podrá ser superior a la mitad de la suma reclamada en la demanda y reconvencción (art. 20).

Para aquellos casos en los que el monto del proceso es exiguo y el honorario resultante de estas directivas no guarda relación con las actividades desarrolladas por el profesional, debe respetarse el honorario mínimo que contempla la ley en su articulado (de \$ 500 en los procesos de conocimiento, de \$ 200 en los procesos voluntarios, de \$ 300 en los de ejecución, \$ 500 en los procesos de amparo, *habeas corpus* o extradición, etc.).

En cuanto a los honorarios de los peritos y demás auxiliares de la justicia, el artículo 478 del CPCCN señala que los jueces deberán regular los mismos de conformidad a los respectivos aranceles (esto es, según las leyes de aranceles que regulen cada actividad), debiendo adecuarlos, por debajo de los topes mínimos inclusive, a las regulaciones que se practicaren a favor de los restantes profesionales

intervinientes, ponderando la naturaleza, complejidad, calidad y extensión de los trabajos realizados.

Así, si bien la regulación del perito contador se rige por el decreto-ley 16.638/57, esta norma prevé que las cuestiones profesionales derivadas de actuaciones judiciales no previstas expresamente, serán resueltas por aplicación analógica de las disposiciones de la ley 21.839 (CS, *Pluspetrol S.A. c/ Estado Nacional (D.G.I.) s/ Dirección General Impositiva*, 25/02/03, La Ley, 27-06-03, n° 105.712).

Por su lado, el artículo 77 del CPCCN prevé que los peritos pueden reclamar de la parte no condenada en costas hasta el 50% de los honorarios que le fueran regulados.

Por último, cabe señalar que el párrafo que la ley 24.432 incorporó al artículo 505 del Código Civil, importa una limitación a la regulación judicial de honorarios, pues prescribe que la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo.

Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios.

Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.

En el año 2015, se sancionó la ley n° 5134 que regula “los honorarios de los abogados y procuradores por su actividad judicial y/o extrajudicial y/o administrativa, y/o trámite de mediación, que actúen como patrocinantes o como apoderados, cuando la competencia correspondiere a los tribunales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, como así toda actividad profesional desplegada en esta jurisdicción” (art. 1°). Probablemente, su aporte más novedoso consista en la introducción de una Unidad de Medida Arancelaria (UMA), cuyo valor equivale al “uno y medio por ciento de la remuneración total asignada al cargo de juez de primera instancia con jurisdicción y competencia en la Ciudad de Buenos Aires” y es actualizado periódicamente por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Se establece, entonces, un piso mínimo de honorario, que varía según el tipo de proceso, y se zanja, de este modo, las inequidades generadas por la falta de actualización de los valores fijos establecidos en la ley 21.839.

Si bien la ley 5.134 reviste carácter local y más allá de su reciente entrada en vigencia, ya existen antecedentes jurisprudenciales de tribunales nacionales que han regulado honorarios siguiendo las pautas allí establecidas.

238. ¿Qué son las costas del proceso?

Se entiende por costas a todos aquellos gastos irrogados en la tramitación de un proceso. Incluye a las inversiones habidas en la preparación, y se integran con la tasa de justicia, los honorarios de los profesionales intervinientes, diligenciamientos de oficios, cédulas, trabas y levantamientos de medidas cautelares, etcétera.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no tiene un régimen muy estructurado para determinarlas. Solamente el artículo 68 prevé una regla general que

establece esa imposición al vencido en el juicio o incidente –“principio objetivo de la derrota”–; es cierto también que el segundo párrafo del mismo, el artículo 69 y otros, dejan en manos del sano criterio jurisdiccional el hacerlo de distinta forma en diferentes ocasiones, debiendo el juez fundar su decisión bajo pena de nulidad¹⁷⁵. Asimismo, prevé en otros supuestos la eximición de las mismas.

Costas “por su orden” quiere decir que cada parte afrontará los gastos en los que incurrió para y durante la tramitación de la causa, inclusive los honorarios de sus letrados o consultores. Pero también deberán solventar la mitad de las costas comunes. Es decir, aquellas que fueron necesarias, útiles e ineludibles, como ser los honorarios del perito cuando ambas partes ofrecieron la misma pericia.

Al respecto se ha dicho que “corresponde imponer las costas en el orden causado (art. 68 párr. 2º del CPCC) toda vez que ambas partes vieron afectadas sucesivamente sus garantías de raigambre constitucional en el curso del proceso y una y otra, también, defendieron en las respectivas instancias la solución que mejor convenía a sus intereses”¹⁷⁶.

También se agrega que “la eventual complejidad de los temas debatidos no puede constituir fundamento suficiente para exceptuar a la regla de aquella norma (la del art. 68), particularmente si ambas partes litigaron en igualdad de condiciones respecto del tema central en torno del cual giró la controversia”¹⁷⁷.

La expresión “sin costas” no implica que los gastos realizados y los honorarios devengados no deban calcularse o regularse. Así, una incidencia que se curse durante el proceso hace la labor del abogado –u otro profesional– más extensa y profesional, independientemente de que se pierda o gane la misma. Por ello es que debe ser tenida en cuenta al momento de hacer frente a las costas.

239. ¿Qué es la cosa juzgada?

La cosa juzgada significa dar definitividad al fallo, impidiendo que una misma situación se replantee.

La irrevisibilidad del fallo cuenta con tres nociones bien definidas que colaboran en la fijación de los motivos que hemos de analizar simplificadaamente.

La primera refiere a la preclusión, que se dirige a mostrar como operan las clausuras de las etapas procesales una vez superados los tiempos que las partes tienen para impugnar. Según Chiovenda “la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Así, la CSJN ha dicho que corresponde dejar sin efecto –por arbitrario– el pronunciamiento que resolvió distribuir las costas en el orden causado, omitiendo todo examen respecto de la posible aplicación de lo dispuesto por el art. 558 CPCC en cuanto prevé que se impongan las costas del juicio ejecutivo a la parte vencida. (del 21/05/1996 - *Administración Nacional de Aduanas v. Traballoni, Juan C.*). JA 1999-II-.

¹⁷⁶ CSJN., 03/07/1990 - *Corones, Gladis M. v. Marval y O'Farrell Soc. Civil*. JA 1990-IV-123.

¹⁷⁷ Conf. Fallos 311-809.

¹⁷⁸ CHIOVENDA, *Principios...*, tomo II, *op. cit.*, p. 132.

El segundo criterio reposa en la cosa juzgada formal, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una “suma preclusión”, que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio posterior (v.gr.: ordinario posterior al juicio ejecutivo).

El último concepto escala en la cosa juzgada material, que elimina toda impugnación posible, dentro o fuera del proceso donde se dicta.

240. ¿Cuáles son los límites objetivos de la cosa juzgada?

Por límites objetivos se entiende las fronteras que tiene el fallo judicial para no trasponer su eficacia hacia otro proceso donde no existe identidad con lo pedido y la *causa petendi*, esto es, de la extensión de la cosa juzgada hacia situaciones fuera del proceso donde se dicta. También aclara la parte de la sentencia que contiene –limita– la *res judicata* dentro del litigio donde se expresa, es decir, para identificar en el mismo proceso la causa que fue objeto de la pretensión.

El objeto de la sentencia comprende por un lado, la cosa (*petitum*); por otro, el derecho invocado y sus fundamentos de hecho (*causa petendi*).

Las alegaciones de las partes fijan, entonces, el objeto de examen y decisión, sin perjuicio de involucrar aquellas que, pudiendo proponerse, no lo fueron (*tantum iudicatum, quantum disputatum vel quantum disputari debebat*), las que obran precluidas como objeto de alegación (consumadas por obra del silencio, y del principio que posibilita su oportuna introducción), y como *res judicata* en los efectos “hacia afuera”.

De igual modo, la sentencia ocupa a todas las cuestiones propuestas que no hubiesen sido resueltas, sin que incida en ello la ausencia de recurso de aclaratoria, o la omisión de tratamiento por el juez *ad quem* que tenga la posibilidad jurídica de suplir.

Ahora que, si el pronunciamiento difiere el tratamiento para otra oportunidad, la situación cambia y no hay al respecto cosa juzgada alguna.

241. ¿Cuáles son los límites subjetivos de la cosa juzgada?

Respecto a la causa *petendi*, identifica el fundamento de la pretensión, de manera que su valor obra para distinguir el alcance de la cosa juzgada lograda en el proceso donde se realiza, respecto de otro donde se intenta reiterar la motivación.

La cosa juzgada adquiere en estos casos el carácter de excepción, y sirve para desplazar totalmente la vía replanteada.

Claro está que no actúa individualmente, sino en el concierto de la triple identidad que exige la excepción de *res judicata*, a saber: sujetos (*eadem personae*), objeto (*eadem res*) y causa (*eadem causa petendi*).

El límite subjetivo de la cosa juzgada se da, así, en el primer espacio. Es decir que solamente alcanza a quienes han sido partes en el conflicto.

242. ¿Qué parte de la sentencia hace cosa juzgada?

Supongamos que una sentencia decida en el fallo hacer lugar a la demanda y condenar a [...] *en la forma establecida en los considerandos*. Ello supondría que los

fundamentos del decisorio cobrarían valor de cosa juzgada por remisión a ellos. Evidentemente, para que el fallo tuviera ejecutividad y se aplicara la autoridad y eficacia de sus decisiones, la unidad de la sentencia constituiría un imperativo de la circunstancia.

Hipóticamente podría suceder que un juez rechazara o acogiera una pretensión, siendo notoriamente insuficientes sus argumentos o absolutamente errado el derecho aplicado. ¿Qué debe hacer la parte que se beneficia con la sentencia? ¿Debe apelarla por la fundamentación errónea y en base al principio de eventualidad que supone la impugnación por la contraria? En su caso, ¿tiene agravios?

Otro problema, supóngase que el decisorio no explicita toda la resolución que a él corresponde y recoge una decisión determinada sin más fundamentos que el de hacer o no hacer lugar a la demanda. ¿Cómo sabrían las partes que actitud seguir respecto a la impugnación o firmeza consecuente del fallo?

La delimitación precisa de esta engañosa diatriba, está en la interpretación que debe darse al pronunciamiento. No se trata de verificar que parte hace o no cosa juzgada, sino de leer adecuadamente el fallo para saber si se autoabastece o necesita reposar su ejecutividad e inmutabilidad en los considerandos o fundamentos deducidos.

CAPÍTULO XXI

MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

243. ¿Por qué se llaman modos anormales de terminación del proceso?

El título V del Código Procesal de la Nación denomina, con cierta impropiedad, “modos anormales de terminación del proceso” a cinco tipos de culminación de la litis que obligan a dictar una sentencia, cuya única diferencia sobre la de mérito o definitiva es que en ellas se declara la procedencia del acuerdo voluntario entre partes, o se termina el proceso tras constatar el desinterés manifestado por alguna de las partes.

Es decir que, el punto de partida que explica como “anormal” la terminación de un proceso en base a que no se llega a una sentencia, es equivocado porque esta se dicta, solamente que su fundamento se sostiene en el estudio previo de la regularidad de la instancia y de los actos que la preceden.

En efecto, estos sistemas de terminación del proceso distintos al debate sustanciado que trabaja sobre la verificación del derecho que cada parte sostiene y argumenta, se dividen en *modalidades objetivas y subjetivas*.

Las primeras se vinculan con las cargas, obligaciones y deberes que tienen las partes en el proceso, actuando como sanciones a la inactividad aunque admiten el replanteo de las pretensiones (v.gr.: caducidad o perención de la instancia).

Las segundas son declaraciones de voluntad de las partes que el juez aprueba (homologa) a través de una decisión expresa; esta impide la renovación del conflicto y determinan el efecto de cosa juzgada material (v.gr.: desistimiento –arts. 304/306–, allanamiento –art. 307–, transacción –art. 308–, y conciliación –art. 309–).

244. ¿Qué es el desistimiento?

Desistir es renunciar a proseguir con algo iniciado; en el caso del proceso judicial, el abandono tiene dos características y dos posibilidades. Se puede desistir:

- a) Del *proceso*, antes o después de notificada la demanda,
- b) Del *derecho*, en iguales circunstancias.

Los efectos son distintos porque dependen del momento cuando la decisión se adopta; mientras que en un proceso sin notificar la demanda los actos procesales se mantienen disponibles para la parte actora en cuanto refiere a la posibilidad de modificar o transformar el objeto liminarmente deducido; una vez que se concreta el emplazamiento, la litis queda trabada formalizando la bilateralidad y el derecho a la contradicción, de modo tal que la renuncia o abandono a continuar con el proceso, afecta el derecho de defensa de quien actúa como sujeto pasivo de la pretensión, y ante su eventual oposición, el desistimiento formulado en este tiempo carece de eficacia.

Este es el contenido formal del artículo 304, CPCCN en sus dos párrafos, que solamente inciden sobre la disponibilidad del derecho de acción pero sin alterar en parte alguna el derecho de replantear la pretensión material.

De ello se colige que el abandono o la renuncia es respecto al debate que el proceso motiva, circunstancia que aunque el código no lo indique, ocupa también al derecho del demandado para desistir de sus oposiciones o de la misma reconvencción.

De igual modo, teniendo en cuenta la libertad de la partes para disponer sobre sus derechos, el desistimiento puede ocupar tanto al derecho como al proceso, es decir que se puede renunciar en los términos de los arts. 868 y ss. del Código Civil (derechos del acreedor), para indicar por ejemplo, un tipo de derechos de fondo o sustanciales; y también declinar la instancia judicial al mismo tiempo.

En suma, implicando una renuncia al derecho a la jurisdicción puesta en marcha con la demanda, el parangón entre el desistimiento de la acción (campo procesal) con la renuncia del derecho (campo sustancial) es innegable, y como esta no puede tener lugar tácitamente, pues en ambos supuestos la ley requiere de una manifestación escrita del sujeto procesal que desiste, o de ambas partes, al juez (arts. 304 y 305, Código Procesal); siendo la aceptación, o conformidad de la contraparte, cuando sea formalmente requerida, la única hipótesis legalmente prevista en que el silencio opera como manifestación positiva de la voluntad, contribuyendo a generar efectos jurídicos.

244.1 ¿Cuándo se puede desistir?

La diferencia en el tiempo es importante por las consecuencias inmediatas que suponen. Las posibilidades son las siguientes:

Si aun la litis no esta trabada, la disponibilidad del proceso es absoluta y el actor puede renunciar a continuar con su pretensión sin ninguna responsabilidad, salvo las que hubiere originado por costas causadas.

En cambio, si la demanda se ha notificado, únicamente se puede desistir de común acuerdo y hasta que la sentencia definitiva quede firme, lo que supone la facultad de renunciar al derecho de apelar. Además, el acto que se tiene en cuenta es la notificación de la demanda, y no la presentación en juicio de quien se emplaza.

244.2 ¿Se puede desistir del derecho?

A diferencia del desistimiento del proceso, cuando se abdica del derecho se renuncia definitivamente a la posibilidad de requerir ante la justicia una pretensión de igual contenido.

La renuncia no es sobre el derecho sustancial que se tiene, porque estos no se pueden declinar de acuerdo con el artículo 13 del Código Civil¹⁷⁹; simplemente se abandona hacia el futuro la facultad de ejercer o sostener ante la jurisdicción el derecho de defensa en juicio.

Como la manifestación de renuncia supone que en lo sucesivo no se podrá promover otro proceso por el mismo objeto y causa, no es necesario contar con el consentimiento del demandado; a diferencia de otros actos o hechos jurídicos donde la renuncia debe estar notificada o consentida (v.gr.: arts. 381, 780, 836 y 837 del Código Civil y Comercial).

¹⁷⁹ Artículo 13 - Renuncia. *Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.*

245. ¿Qué significa allanarse?

Allanarse supone sujetarse o rendirse a alguna ley, demanda, decisión o convención, importando el acto con que el requerido abdica de toda oposición o renuncia a contraponer defensas, aviniéndose a lo pretendido o a la decisión judicial, o a lo tratado en alguna convención.

Es un típico acto unilateral de una persona por el que, sin reconocer derecho ni admitir verdad alguna, se somete a la pretensión hecha valer en juicio. En consecuencia, es un acto propio que persigue no dar lugar a la controversia.

Dicha actividad es un acto procesal con efectos jurídicos que solo el juez puede convalidar, porque la intención de allanarse no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probar tal declaración de voluntad debe ser restrictiva.

245.1 ¿Qué requisitos se deben cumplir para allanarse?

El allanamiento tiene requisitos *subjetivos* y *objetivos*. Desde el primer punto de vista, solo se puede allanar quien es emplazado a contestar la demanda, esto es, quien reviste la calidad de parte en sentido sustancial. En cambio, los presupuestos objetivos giran en torno de la idoneidad y la posibilidad jurídica, de allí que el allanamiento es plenamente eficaz si el accionado no hace renuncia a ningún derecho que comprometa el orden público, sino que se limita a reconocer la verdad de los hechos expuestos en la demanda, y no demuestra que al hacerlo actúe sin libertad, incapacidad o bajo apariencia o simulación.

Recordemos que si el allanamiento es incondicionado, oportuno, real, total y efectivo, puede ser eximido de afrontar las costas del proceso, en los términos del artículo 70, CPCCN.

Las limitaciones que se tienen, sea por la calidad de parte, la posibilidad jurídica, o el control para que no se comprometa el orden público se exponen en algunos de los casos siguientes.

245.2 ¿Cuál es la oportunidad para allanarse?

El allanamiento se debe expresar en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, pero si ocurre dentro del plazo para contestar la demanda puede obtener los beneficios de la eximición de costas, en tanto haya sido real, cierto, oportuno, total y efectivo.

El allanamiento no dispensa que se dicte sentencia, la diferencia está en que ella puede tomar la forma de una interlocutoria cuando al tiempo que se declara, se da cumplimiento con el objeto procesal, esto es, con las pretensiones deducidas en juicio.

246. ¿Qué es la transacción?

El artículo 308 del Código Procesal alude a la transacción como modo anormal de terminación del proceso, contemplando así uno de los supuestos normados por los arts. 1641 y subsiguientes del Código Civil y Comercial.

De ello se deriva como requisito de aplicabilidad del instituto la existencia de un juicio llevado entre las partes, que culmina mediante un acuerdo.

La necesidad de proceso judicial es ineludible, porque de otro modo, aunque exista transacción, la intervención judicial es innecesaria.

La transacción importa concesiones recíprocas, sin que ellas deban guardar equivalencia entre sí, pues la ley no exige que haya paridad de concesiones, ni ello puede imponerse porque la importancia del sacrificio que cada uno realiza es de apreciación eminentemente subjetiva.

En los hechos, al juez se le pide que homologue un convenio al solo efecto de dar certeza y ejecutoriedad a un instrumento público o privado, que tiene como presupuesto un conflicto judicial suscitado, que culmina con las concesiones recíprocas cuya homologación se requiere.

Así resulta porque las sentencias homologatorias se hallan previstas solo en supuestos específicos y taxativos o cuando por esta vía se concluye anormalmente mediante una de las posibilidades que la ley procesal determina también rigurosamente un proceso judicial ya iniciado (arts. 308 y 309, Código Procesal).

246.1 ¿Qué requisitos tiene la transacción?

Para que exista transacción de derechos litigiosos se requiere que el acto sea celebrado por quienes tienen legitimación en el proceso. De otro modo no sería factible y, en su caso, el juicio continuará sus procedimientos hasta que sea resuelto el problema de la acreditación del interés.

Ahora bien, el artículo 1644 del Código Civil y Comercial establece que no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, el Código admite pactar.

Por tanto hay nulidad absoluta de la obligación transada cuando existe un vicio que lo causa; pudiendo ser una nulidad relativa si las partes conocen el vicio (art. 1645).

Ciertos sujetos no pueden hacer transacciones: a) Las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial; c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

Por su parte, los requisitos de forma dependen del tiempo en que se formula. Si es producto de un acto celebrado en el curso de una audiencia, el acta judicial que se levante debe testimoniar suficientemente el acuerdo logrado para que el juez homologue de inmediato.

Mientras que si es un acuerdo extraprocesal no se deben observar formalidades extrínsecas, aunque es necesario que conste detalladamente las cláusulas sometidas a la aprobación judicial.

246.2 ¿Qué efectos produce la transacción?

El perfeccionamiento del acuerdo tiene efectos desde la presentación, y no desde que se pronuncia la interlocutoria.

La transacción implica concesiones recíprocas, que no deben guardar necesaria equivalencia, de manera que la víctima de un accidente de automotor pudo sacrificar parte del crédito a cambio de certeza e inmediatez en el cobro, especialmente en tiempos de elevada inflación.

247. ¿Qué es la conciliación?

Conciliar en sede judicial es una forma de resolver el conflicto aplicando el oficio judicial en la pacificación antes que en la resolución pura de derecho.

En nuestro país la conciliación se ha dispuesto como una etapa previa al debate procesal específico. Sea la mediación o la conciliación en los procesos laborales, en ambos supuestos las partes deben concurrir a una audiencia previa al proceso con el fin de propiciar un acuerdo o acercamiento entre los intereses que se presentan de próxima disputa.

La diferencia entre mediar y conciliar está en el principio de congruencia. Se puede mediar para alcanzar un resultado acordado entre las partes cualquiera sea; mientras que para conciliar se debe trabajar sobre las pretensiones de cada parte en virtud del principio dispositivo, según el cual el juez debe fallar conforme lo pedido.

248. ¿Qué es la caducidad de la instancia?

La caducidad de instancia es uno de los modos anormales de terminación del proceso que se produce a consecuencia de la inactividad de las partes durante el tiempo que debe mantenerse viva (activa) la instancia.

En verdad, el presupuesto de la caducidad de la instancia no es solo la inactividad de la parte, sino también la actividad inútil, dispendiosa o, *lato sensu*, inidónea, esto es, lo que no hace avanzar el proceso por las etapas ordenadas que lo conducen hacia la sentencia.

En el mismo sentido, la dirección que tiene el juez sobre el proceso le facilita el control sobre la regularidad de la instancia y el cumplimiento de plazos y términos previstos; más allá de ponderar el interés que se debe resguardar a través del proceso jurisdiccional, que pone la clave acerca de porque en algunos tipos de proceso, la instancia queda en manos del tribunal porque es a él a quien le corresponde impulsar los actos para llegar a la sentencia en el menor tiempo posible.

En definitiva, la caducidad de la instancia no puede servir de excusa para dejar en las partes la obligación de mantener continua la instancia, porque el tránsito oportuno por las etapas le corresponde al tribunal, de acuerdo con el artículo 36 inciso 1° parte final del CPCCN, que establece: *vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.*

Este deber sobre la continuidad y regularidad, no obstante, le permite verificar el cumplimiento de las cargas y obligaciones de la instancia, de modo tal que la aplicación de oficio o a pedido de parte de la perención constituye una potestad implícita en las facultades de dirección.

248.1 ¿Cuáles son los presupuestos para que proceda?

Los presupuestos de la caducidad de instancia son los siguientes:

a. *Existencia de una instancia (principal o accidental)*: la cual comienza con la presentación de la demanda o pretensión, y en consecuencia, se la tiene por abandonada cuando no se urge su trámite en el tiempo que fija la ley.

b. *Inactividad procesal absoluta o jurídicamente idónea*: la perención se produce por la inacción de los justiciables de cumplir actos procesales de impulso o por las acciones inoficiosas o carentes de idoneidad para avanzar el proceso, y siempre que el proceso no se encontrara pendiente de alguna resolución y la demora fuera imputable al tribunal, secretario u oficial primero (doctr. arts. 251 y 313, inc. 3, CPCC).

Respecto de la inactividad de la parte, la ley presume como abandono del proceso, desinterés respecto del mismo, pero teniendo especialmente en cuenta que no obstante tratarse de una sanción, excede el interés y el beneficio personal y está orientada hacia el interés público.

c. *Transcurso de un determinado plazo*: para que opere la caducidad, la inactividad procesal debe ser continuada durante los plazos dispuestos por el artículo 310 del ritual.

d. *Pronunciamiento o dictado de la pertinente resolución que declare operada la extinción del proceso o incidente*: la caducidad no opera automáticamente ni de pleno derecho, sino que necesita un acto declarativo que así lo disponga.

248.2 ¿Cuáles son las excepciones al progreso de la perención?

El plazo de caducidad de instancia se *suspende* por las siguientes causas:

a. Cuando por disposición de la ley se paralizan las actuaciones durante un determinado plazo

b. El fallecimiento de una de las partes suspende el plazo de caducidad hasta la integración de la relación procesal con la intervención de los herederos.

c. Durante la vigencia del término para la presentación de una pericia ordenada por el juez.

d. Cuando el expediente fue elevado a la cámara con motivo del requerimiento efectuado por el tribunal en el incidente sobre la recusación sin causa.

El plazo de caducidad de instancia se *interrumpe* por los siguientes actos:

a. Las peticiones que obtengan un verdadero progreso del trámite, de forma tal que se innove en la situación precedente de las partes en función de su posición en el desarrollo de la litis.

b. Aquellos actos o peticiones útiles y adecuadas a la causa, que activan el procedimiento, que lo hacen avanzar hacia su destino final, la sentencia.

c. La solicitud de búsqueda del expediente que se presume extraviado.

d. La producción y agregación de pruebas recibidas en otra jurisdicción.

e. Las diligencias cumplidas fuera del expediente pero que activan el procedimiento.

Todos los plazos son susceptibles de suspensión e interrupción. En tanto que el primero significa no iniciar el término, la interrupción supone que el plazo cuyo cómputo ha comenzado pierde eficacia y efectos por el tiempo transcurrido. En rigor se utilizan, al efecto, las disposiciones de los arts. 2532, 2539, 2541, 1542, 2544, 2545 y concordantes del Código Civil y Comercial

La suspensión puede producirse de hecho, por disposición judicial o por acuerdo de partes.

La mayor fuerza, o cualquier otra circunstancia que impida la continuidad normal de los plazos (v.gr.: elevación de los autos al Superior; enfermedad que posterga la realización de un acto previsto; prisión de quien debe ejecutar la comisión etc.) suspenden el cómputo.

La suspensión por orden judicial se fundamenta en el artículo 157 en la parte que dispone que “los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente”.

Son supuestos de esta especie, la muerte del mandante o del mandatario; el fallecimiento de la parte que actúa personalmente; la inhabilitación de alguno de ellos, etcétera.

Convencionalmente las partes pueden suspender los plazos previstos, como también pueden pactarlo sus respectivos mandatarios por un plazo no mayor a veinte días, necesitando la ratificación de sus mandantes para acordar un término superior.

248.3 ¿Cómo se cuentan los plazos?

Los plazos de caducidad corren desde la fecha del acto interruptivo, no desde su notificación, sin necesidad que se trate de actuaciones firmes; por eso lo que determina el comienzo del plazo es el acto de impulso del procedimiento, y no la fecha de la notificación automática.

El tiempo se computa a partir del día siguiente a la última actuación impulsora, porque se aplica la regla del artículo 6 del Código Civil y Comercial que sienta el principio de que los plazos serán completos.

De este modo, el plazo de perención comienza a partir del día inmediato –esto es, desde la hora 0 del día siguiente– del último acto que permite que el proceso avance. Pero el plazo contado con arreglo a lo establecido en el artículo mencionado del Código de fondo, fenece también a la hora 0 del mismo día del mes siguiente, o del que corresponda al término de la caducidad.

248.4 ¿Cuándo no se produce la caducidad?

El artículo 313 del CPCCN resume en cuatro incisos modalidades donde la caducidad de la instancia no opera, en lo que puede considerarse una mera enunciación de alternativas del proceso pero que de ningún modo se toman como situaciones únicas y exclusivas.

El inciso 1º del artículo 313 está referido a la perención de la instancia principal del juicio que ha concluido con sentencia firme, cualquiera sea la demora en la ejecución; pero no alude a la que sí puede operar en los incidentes que se susciten en el

trámite, ni a la caducidad de la segunda instancia respecto a las apelaciones que se hubieran deducido.

Por eso, la circunstancia de que se trate de un incidente que corresponda a la etapa de ejecución de sentencia no impide la caducidad de la segunda instancia, pues el efecto de esta solo es el de dejar firme lo resuelto por el juez, por cuya razón es inaplicable lo dispuesto en esta disposición comentada.

El único requisito para que no se dicte caducidad de instancia alguna en los procesos de ejecución forzada, es que la sentencia se haya notificado a todas las partes; se encuentre firme y consentida.

En los procesos sin controversia no trabaja la caducidad de la instancia, pues esta pensada para disuadir a las partes a llegar con rapidez a la sentencia que debe dirimir conflictos entre partes.

También es improcedente la caducidad de instancia, cuando la prosecución de los trámites depende de una actividad impuesta al órgano jurisdiccional o a sus auxiliares.

Esta situación lleva a zonas grises donde la actividad del abogado y la que al tribunal le ocupa pueden entrar en conflicto.

Por ejemplo, como el Código Procesal permite que los oficios de informes sean librados por los letrados, lo que se hace sin intervención de funcionario judicial, ni constancia en los expedientes, el plazo de caducidad de la instancia debe contarse desde la fecha de presentación del oficio a la oficina o autoridad a quien va dirigida (CNCiv., Sala E, 1995/06/23, “Paeta de Barbadori, Adela C. c. Paeta, Pedro I.”, La Ley, 1996–B, 730).

Inclusive, se afirma que ni la presentación para la firma del juez de un proyecto de oficio no ordenado, ni su observación por haber sido ya librado, constituyen actos interruptivos de la caducidad de la instancia (disidencia de los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi) (CS, 1995/05/23, “Quiroga, Olga J. c. Agronomía Integral S. R. L. y otros”, JA, 1995-IV-60).

Nosotros pensamos que la perención no se produce cuando la prosecución del trámite depende de una actividad que el Código Procesal o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o prosecretario administrativo, salvo que los autos no estén en condiciones de elevación al suscitarse cuestiones que releven a los nombrados funcionarios de tal obligación, caso en el cual el impulso vuelve a las partes.

248.5 ¿Cuándo se pide la caducidad?

La oportunidad para deducir el pedido de caducidad de la instancia se implementa en lo dispuesto por los arts. 310 que determina los plazos legales, el artículo 316 que establece la decisión de pleno derecho, y el artículo 315 que reglamenta los requisitos procesales para su práctica.

En consecuencia, quien interprete que se han cumplido los tiempos de vigencia de la instancia sin impulsos subsiguientes, podrá demandar al juez que declare operada la perención.

Del pedido se corre traslado a la parte contraria, sin que el juez realice un análisis previo de la admisión formal, pues aunque existan o no actos de convalidación

o consentimiento que purguen la instancia, ello solamente se resuelve tras la sustanciación y una vez que el expediente queda en condiciones de dictar sentencia.

De la interpretación armónica de los arts. 315 y 316 del Código Procesal se advierte que la caducidad de instancia puede ser declarada de oficio o a petición de parte, pero su procedencia se encuentra sujeta a dos recaudos: que haya vencido el plazo correspondiente al respectivo tipo de proceso y que posteriormente no se haya efectuado, en el primer caso, o consentido, en el segundo un acto idóneo para avanzar el trámite.

Cabe agregar que, para no caer en la doctrina de los actos propios, quien interpone un recurso de apelación y luego solicita la caducidad de la segunda instancia, dicho acto importa tenerlo por desistido de la impugnación en caso que la perención se decrete.

248.6 ¿Se puede declarar de oficio la perención de la instancia?

La caducidad de instancia de pleno derecho se produce cuando, sin petición de parte, ni actividad necesaria que declare cumplido el plazo legal, se tiene operado el tiempo preclusivo y fatal que determina la terminación anormal del proceso.

Este sistema, denominado automático u *ope legis*, significa que la perención se produce por el simple transcurso de los plazos legales.

No es el mecanismo que el Código Procesal articula, pues combina la producción automática de las consecuencias previstas con la declaración judicial que verifique el cumplimiento de los tiempos, como la inexistencia de actos que rediman o purguen la instancia.

La declaración “de oficio” de la perención se concreta sin petición de parte, y por ello no existe sustanciación.

El problema que plantean los arts. 315 y 316 se vincula con la actividad útil desarrollada después de cumplidos los plazos que la caducidad de instancia señala, en la medida que nuestro sistema procesal admite el saneamiento o redención de las consecuencias que importa declarar extinguido el proceso por la inactividad de las partes; lo que se contrapone con otros dispositivos previstos que actúan asignando a los plazos y términos efectos preclusivos y fatales (v.gr.: la justificación de la personería con posterioridad al vencimiento del art. 48, no purga ni convalida la nulidad que en él se establece).

CAPÍTULO XXII

TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN

249. ¿Cuál es la finalidad de los recursos?

La persecución de lo justo en los Tribunales de Justicia supone la posibilidad de exigir de los jueces la tramitación de un proceso en el cual las partes hagan valer sus derechos. La resolución final será la sentencia, y como todo acto de expresión de voluntad (aun con las especiales características que tiene) está sujeto a la posibilidad del error humano, por eso, con el fin de garantizar la revisión se permite articular recursos contra el fallo emitido.

Estas vías de impugnación tienen objetivos diferentes. Casi siempre el destino será mostrar la disconformidad con el acto jurídico que se considera injusto o desviado, y el objeto será que se corrija, revoque o reconsidere.

Como actividad, la impugnación es un acto único y autónomo. Es una categoría propia de los actos procesales donde poco interesa diferenciar la entidad del vicio (error) o la calidad de la providencia cuestionada.

Tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional.

250. ¿A qué se llama vías de impugnación?

La impugnación, *stricto sensu*, funciona en el proceso civil como: *recursos judiciales, incidentes, excepciones*, e inclusive, situaciones particulares de revisión como el *juicio ordinario posterior* a un proceso ejecutivo.

Cada uno constituye una herramienta que se debe oponer en tiempo y forma oportunos, y están sujetos a requisitos singulares.

Para Alsina, se llaman recursos, los medios que la ley concede a las partes para que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Su fundamento reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas y los recursos, no son otra cosa, como dice Carnelutti, que el modo de *fiscalizar la justicia de lo resuelto*¹⁸⁰.

Por su parte, Jaime Guasp entiende que el recurso es una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución judicial ha sido dictada, como acto inicial de un nuevo procedimiento¹⁸¹.

En nuestro país, dice Lino Palacio: "... cabe definir a los recursos como aquellos actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una resolución judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados desde la

¹⁸⁰ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 185.

¹⁸¹ GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943, p. 1043.

notificación de aquella, que un órgano superior en grado al que la dictó, o en su caso este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule”¹⁸².

Ahora bien, la lectura de las definiciones precedentes dibuja al recurso como una herramienta procedimental de tipo facultativa. Es decir, es una pieza dentro del proceso, pero solo procede a petición de parte y sujeto a ciertos requisitos de admisión y procedencia.

251. ¿Cuáles son los principios generales en la teoría del recurso?

La función básica de los recursos es lograr la revisión de una sentencia o resolución que se considera injusta o equivocada.

Pero esta es una característica implícita en las conductas humanas, que tiende a oponerse a todo aquello que va contra sus intereses. Por ello, para que los recursos sean posibles es menester cumplir con los siguientes principios.

a) *Principio de legalidad*: solamente se podrá impugnar usando recursos, si estos están expresamente indicados en el ordenamiento jurídico. No obstante, pueden existir vías indirectas que admitan el uso de la herramienta por razones de estricta justicia (v.gr.: recurso extraordinario por sentencia arbitraria).

b) *Principio del interés*: solo se encuentra legitimado para recurrir aquel que tenga interés suficiente. El interés para recurrir surge del perjuicio o lesión producida, siendo este el parámetro esencial del recurso.

c) *Principio de temporalidad*: a los fines de mantener equidistantes el valor justicia y la seguridad jurídica –elemento indispensable para lograr certeza en las relaciones jurídicas–, resulta necesario someter la facultad impugnativa a determinados plazos perentorios, perdiendo la posibilidad de recurrir, aquel sujeto procesal que no actúa dentro del plazo legal fijado. Su inactividad manifiesta su falta de interés y su conformidad con el resultado de la resolución dictada.

Sin embargo, sostiene Rivas¹⁸³ que este principio es elástico, ya que en muchos casos la vía utilizable tiene plazo para su ejercicio, pero está dependiendo del momento en el que el vicio llegue a conocimiento del interesado, o como máximo coincide con el lapso de prescripción (como ocurre con el ordinario posterior al ejecutivo), o carece de término, como se da en las casaciones en interés de la ley.

d) *Principio de limitación*: el presente principio indica que el Tribunal revisor, sea este el mismo que dictó la resolución impugnada u otro, no puede con su pronunciamiento resolver cuestiones que no sean las exclusivamente contenidas en el recurso interpuesto.

e) *Principio de prohibición de la reforma en perjuicio*: vinculado con el anterior principio expuesto, la *reformatio in peius* implica que el Tribunal revisor debe limitarse a confirmar o mejorar la situación del recurrente, pero nunca a agravarla.

¹⁸² PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo V, Abeledo Perrott, Buenos Aires, 1975, p. 29.

¹⁸³ RIVAS, Adolfo Armando, *Derecho Procesal, Tratado de los Recursos Ordinarios y el proceso en las instancias superiores*, tomo I, Abaco, Buenos Aires, 1991, p. 52.

En otros sistemas rige lo que se llama *la comunidad de apelación*, en donde el Tribunal de alzada puede revisar la resolución llegando a modificarla en perjuicio del impugnante aun sin que medie recurso de la parte adversa.

252. ¿Existe siempre el derecho al recurso?

Si sacamos la mirada al recurso como un instrumento del proceso, y lo analizamos en la perspectiva del derecho procesal constitucional, se produce una modificación importante. Porque el recurso comienza a tener una lectura precisa como garantía. Una garantía constitucional dentro del proceso que permite y da derecho a la doble instancia judicial.

En efecto, la incorporación de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos al derecho interno (artículo 75, inciso 22, CN) entraña el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el presente, las garantías judiciales establecidas para el debido proceso obligan a actualizar los parámetros y, en este sentido, corresponde advertir cuánto atañe al derecho de recurrir ante un tribunal superior.

El derecho al recurso se considera en la dimensión de todos los procesos, como un juego de articulaciones hábiles y reglamentadas, que no se deben imposibilitar con exigencias formales exageradas, ni condicionar sin dar fundamentos para ello.

Por supuesto que no se trata de favorecer la creación de recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar. Si no, de armonizar el conjunto de garantías transnacionales que fuerzan al sistema procesal local a adaptarse con las nuevas consignas.

Sin perjuicio de lo expuesto, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto, teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.

Por este motivo, establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que de autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones para la procedencia de los recursos, no son limitativas de garantía alguna del proceso.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por Ley 23.054) se limita a establecer que “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8º, inc. 2º, ap.h).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley 23.313) contempla una garantía similar pero con otra redacción. El artículo 14, inc. 5º dice que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

En otra dimensión, pero con lógica comparable, dispone la Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada por Ley 23.849), en el artículo 37 inciso d), que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

253. ¿Es una garantía constitucional la doble instancia?

En líneas generales, no se considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porque mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso.

Por otra parte, la Norma Fundamental no refiere en precepto alguno a la exigencia del doble tránsito judicial, pero ha ratificado como se expusiera con anterioridad los siguientes tratados que sí contienen la obligación procesal.

En principio, pareciera que la garantía de revisar toda sentencia condenatoria se refiere al proceso penal, lo que no impide aplicar esa guía en los procesos civiles.

Es cierto que la CSJN, desde sus orígenes, consideró en varias sentencias que la garantía de la doble instancia no era parte del debido proceso integrado como garantía procesal en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La preocupación constante fue el derecho de defensa en juicio, por eso había dicho, por ejemplo que, la circunstancia de que el fallo de Cámara confirme el de primera instancia por sus fundamentos, no da lugar por sí solo a recurso extraordinario por arbitrariedad derivada de violación del derecho de defensa, toda vez que la doble instancia no constituye requisito constitucional de la defensa en juicio y el punto, además es de orden procesal¹⁸⁴.

La doctrina judicial insistió en que la doble instancia judicial no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio¹⁸⁵.

Sin embargo, esta abrumadora tendencia va a cambiar en el caso *Giroldi* fallado por la CSJN, el 7 de abril de 1995.

Allí se dijo que la reforma constitucional de 1994 confirió jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º), entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8º párr. 2º, inc. h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En consecuencia, la corte entró a considerar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional, y en ese sentido, remitió a la causa *Jáuregui*, donde había sostenido que, la inexistencia de recurso en la ley de rito ha conducido a evidenciar que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario.

¹⁸⁴ CS, 1978/02/14, "Valestra, Humberto A. y otro c. Instituto Nac. de Vitivinicultura", Fallos 300:65.

¹⁸⁵ CS, 1980/03/13, "Schillaci, Alfredo A. c. Sruoga, Adolfo", La Ley, 1980-C, 45.

Este precedente es importante, porque algunos pudieron concluir que la doble instancia estaba garantizada con la existencia del recurso extraordinario¹⁸⁶, pero el Alto Tribunal va a modificar el temperamento.

Después de *Giroldi* queda afincado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos proyecciones importantes. Por un lado, se reafirma la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por otro, se consideró que la Cámara Nacional de Casación Penal se constituye como un órgano judicial “intermedio” al cual no le está vedada por obstáculos formales, la posibilidad de conocer y resolver los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión

Hasta llegar al caso *Felicetti*, donde se modifica la lectura dada en la causa *Giroldi*, para decir que, la norma del artículo 8° inciso. 2°, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no importa necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. Lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal mayor en grado y no de uno inferior¹⁸⁷.

Sostiene la Corte que, lo que el artículo 8, inciso 2°, apartado h) establece, es el derecho del imputado de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la escala más alta, con lo que el juzgamiento directo por esta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados.

Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el artículo 117 de la Constitución, según el cual la CSJN tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el artículo 75 inciso 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución.

Semejante conflicto carecería de clara solución.

Esta sentencia insiste en la calidad definitiva del fallo dictado por una magistratura superior, aunque sea en única instancia, olvidando de alguna manera lo dicho en *Jáuregui* (el recurso extraordinario es el mecanismo que salvaguarda la doble instancia), y en *Giroldi* (no es el recurso extraordinario el sistema garantista que se debe afianzar sino la posibilidad de tener una vía útil para la revisión de la condena).

Concluye el Alto Tribunal de la Nación, que la solución de Fallos, 322:2488 en modo alguno importa una violación a la garantía de igualdad ante la ley respecto de los demás condenados, toda vez que se trata de estadios procesales diferentes.

En síntesis, se elude el derecho a tener una decisión justa y fundada, cobijando el derecho al recurso en un formalismo aparente y limitado.

¹⁸⁶ Fallos, 311:274, consid. 6° del voto de la mayoría, 7° del voto del juez CABALLERO, y 6° del voto del juez PETRACCHI.

¹⁸⁷ CS, 2000/12/21, "Felicetti, Roberto y otros", La Ley, 2001-B, 64, con nota de Walter F. CARNOTA - La Ley, 2001-B, 783, con nota de Germán J. BIDART CAMPOS.

254. ¿Tiene límites el derecho a recurrir?

A los fines de moderar el uso indiscriminado de los recursos, se plantea la necesidad de su adecuada reglamentación, lo que de ningún modo implica un obstáculo o valladar insalvable, sino reglar su ejercicio evitando la manipulación.

En este sentido, de acuerdo a la importancia económica del agravio, se regulan límites en función del valor del pleito; otras veces, se exterioriza difiriendo los mecanismos de impugnación a una oportunidad ulterior, en atención a la necesidad de llevar adelante el proceso sin continuas interrupciones; también el régimen de apelaciones diferidas, es decir cuando se posterga el tratamiento de determinados recursos, para la oportunidad en que se trate el recurso contra la sentencia definitiva.

255. ¿Se permite la renuncia anticipada al derecho de recurrir?

A tenor de lo expuesto puede plantearse una duda: ¿si el derecho a la doble instancia es una garantía constitucional, puede renunciarse? O visto en otra dimensión, ¿se puede abdicar del recurso al ser una herramienta de la parte que solo se usa facultativamente?

La respuesta rápida tiene dificultades porque el sistema procesal no concilia con los derechos debiendo, en consecuencia, darse preferencia a la garantía antes que al instrumento.

En Alemania la posibilidad de renunciar, existe dándole al acto el alcance de un acto voluntario de abandono del derecho. En cambio, en otros lugares, no se puede abdicar antes de que sea dictada la sentencia.

En la doctrina nacional encontramos diferentes posturas, Palacio sostiene la posibilidad de renunciar porque entiende que la doble instancia no configura requisito de la garantía de defensa en juicio¹⁸⁸.

Ahora bien, posteriormente aclara, que la renuncia debe estar circunscripta al supuesto que el recurso se dirija a cuestionar la justicia o el acierto de las resoluciones dictadas en primera instancia. Si, por el contrario, la impugnación involucra agravios relativos a la nulidad de la resolución, o se trata del recurso de nulidad que algunos códigos autorizan a interponer autónomamente, la renuncia convencional carece de validez.

Otros interpretan que siendo los recursos una garantía, y como tal de orden público, al estar vinculados con la organización judicial, no resulta admisible, por cuanto permitirlo importa autorizar la reglamentación privada del procedimiento.

El abandono del derecho a recurrir solo sería factible para este sector, a partir de que la sentencia fuera dictada.

En nuestra opinión, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está afectada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predisuestas o bien, en líneas generales, se vulnera el orden y moral público, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

¹⁸⁸ PALACIO, *op. cit.*, tomo V, *op. cit.*, pp. 31-32.

Distinta es la cuestión cuando la renuncia es recurrir de la sentencia, dado que aquí se manifiesta la actitud voluntaria de la parte de aceptar el contenido del fallo dictado.

256. ¿Cuáles son los requisitos para recurrir una resolución judicial?

Como cualquier instituto del proceso civil, los recursos judiciales deberán presentar, para su procedencia, el cumplimiento de determinados requisitos, los que podemos diferenciar en requisitos comunes o sustanciales y requisitos procesales.

256.1 Requisitos comunes. Los requisitos comunes son aquellos que deben estar presentes en cualquier impugnación. Vale decir que corresponden a todos los remedios o recursos que tiene un proceso judicial. Ellos son:

a) En relación con los sujetos que actúan, estos deben tener *agravios* y revestir la calidad de *parte* en el proceso.

b) En relación con el objeto de la impugnación, se debe encontrar un *acto impugnabile*, es decir que presente algún error o defecto, que permita su revisión, y su planteo en un determinado *lugar*, ejercido dentro de un determinado período de *tiempo* y con el cumplimiento de una *forma* reglamentada para su trámite.

256.2 Requisitos Procesales: Estos se refieren a los recaudos necesarios para disponer su *admisibilidad* y *pertinencia*.

Un recurso es admisible, cuando cumplidas con determinadas cargas procesales merece concesión y, consecuentemente, su tratamiento. El estudio de admisibilidad le corresponde al magistrado que ha dictado la resolución que se recurre, que es ante quien se debe interponer el recurso. La admisión que este disponga puede, no obstante, ser nuevamente examinada por el tribunal superior, quien podrá declararlo formalmente inadmisibile.

La pertinencia del recurso se relaciona con la fundamentación que sustente la impugnación practicada y su precisión para revocar el pronunciamiento que se considera erróneo.

El contenido de los fundamentos del recurso, puede estar dirigido a atacar *errores in procedendo* o *errores in iudicando* del magistrado.

257. ¿Qué diferencia hay entre errores *in procedendo* e *in iudicando*?

Los primeros se refieren a la desviación por el magistrado de las formas legales establecidas para el trámite del proceso, quebrando el marco de seguridad jurídica sobre el que debe funcionar, y lesionando consecuentemente el derecho del contradictorio.

Este error comprende las formas de los actos, es decir, su estructura externa.

Los errores *in iudicando*, son errores de juzgamiento, y con los recursos se pretende enmendar esos vicios o desvíos producidos por el juez respecto al contenido esencial del proceso, es decir, no la forma, sino respecto al derecho material en juego.

El vicio trasunta en la mala conformación de los fundamentos del fallo, generando injusticia en la sentencia.

258. ¿Qué diferencia existe entre agravio y gravamen?

Se entiende por agravio al perjuicio concreto que sufre el sujeto. Es la diferencia perjudicial entre lo que pide y se resuelve acordar en su favor.

Hay perjuicio cuando se rechaza una pretensión concreta invocada en su oportunidad por el litigante, sea en su exposición fáctica, sea en su planteamiento jurídico. Tal rechazo hiera un determinado interés material.

También cabría admitirlo cuando lesiona un concreto interés moral expresamente protegido por la ley (v.gr.: el rechazo de la adopción).

Mientras el agravio responde a un perjuicio material concreto, el gravamen se refiere a lo estrictamente procesal.

El gravamen se encuentra respecto al agravio en una relación de género a especie; conceptos que encuentran su síntesis en lo siguiente: “como para accionar hay que tener interés para recurrir, debe existir agravio. Esto se basa fundamentalmente en la idea de derrota, y como dice Rocco, no es esta una noción científica. Por ello, a través del gravamen se puede obtener un concepto objetivo”¹⁸⁹.

259. ¿Qué es la legitimación para recurrir?

Para poder ejercer el derecho de articular recursos dentro del proceso civil, se necesita ser parte dentro del mismo. Esto supone tener intervención directa o mediata en el proceso, o bien ser alcanzado por sus disposiciones, circunstancia que justifica el interés jurídico de actuar.

Por ello debe entenderse que el concepto de parte se aplica en sentido amplio, comprendiendo en esta lectura no solo a la parte, sino también al sucesor artículo 44, CPCCN), al representante y/o al tercero afectado en sus intereses por las disposiciones de la resolución atacada.

Son partes entonces, no solo los contradictores, sino también los litisconsortes, las partes accesorias (v.gr.: el tercero adhesivo simple del artículo 90 inciso 1º, CPCCN), los abogados, procuradores y quienes les asista el derecho a percibir honorarios ocasionados por la intervención en la causa, los representantes de incapaces, y aun ciertos terceros.

En el supuesto de los terceros, en atención a la calidad que invisten en el proceso, deberán con su presentación acreditar el interés o legitimación y el juez deberá conferir el correspondiente traslado a las partes, de modo que no cabe pronunciamiento sobre el recurso hasta tanto no venza el plazo del traslado, o en su caso, exista decisión favorable a la admisibilidad de la intervención.

¹⁸⁹ HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, Platense, 1985, p. 45.

260. ¿Cuáles son los requisitos de lugar, tiempo y forma de los recursos?

En el caso se aplica el principio de legalidad de las formas, que significa establecer condiciones solemnes para deducir cada vía de impugnación. El error en el procedimiento puede llevar a perder la vía utilizada.

Con relación al *lugar*, en principio el recurso debe deducirse ante el mismo Tribunal que dicta la providencia, salvo las situaciones en que se admite el planteo ante el Superior.

Con el *tiempo* se reglamentan *plazos* para interponer el recurso, que no admite ampliaciones, debiendo respetarse el fijado por la ley procesal (v.gr.: el plazo para apelar común es de cinco días según el art. 244 del CPCCN)

Los plazos legales son perentorios y fatales; no admiten movilidad en el tiempo, aún promediando causas justificativas. Empero, el plazo para apelar puede prorrogarse por acuerdo de partes (art. 155, CPCCN).

Por otro lado, las *formas* para deducir los recursos varían de acuerdo a la providencia que se cuestiona, sea esta una providencia simple, una resolución interlocutoria o la sentencia definitiva.

261. ¿Cómo se clasificación los recursos?

En líneas generales los recursos se dividen en:

a) *Remedios y recursos*, según que la impugnación la resuelva el mismo Tribunal cuestionado, o bien, deba hacerlo un cuerpo jerárquicamente superior.

b) *Principal o subsidiario*, conforme se permita o no la adhesión al recurso interpuesto por una de las partes. En este caso el adherente no recurre, adhiere, y si el recurrente principal desiste desaparece la adhesión.

c) *Recursos ordinarios y extraordinarios*, que dependen del examen que se realiza. Los primeros estudian tanto los errores de hecho como los de derecho, en cambio los segundos limitan su intervención a los errores de derecho.

Nuestra ley procesal nacional en el Capítulo IV sobre Recursos Sección I enumera los denominados *recursos ordinarios*: la revocatoria o reposición (arts. 238 a 241), el recurso de apelación (arts. 242 a 253 bis y 259 a 279) que incluye el de nulidad por defectos de la sentencia, debiéndose adicionar a la aclaratoria, aunque se discute en doctrina si merece o no esta nomenclatura (arts. 36 inc. 6º y 166 incs. 1º y 2º).

Las vías recursivas extraordinarias, en el orden nacional, se reducen a la apelación extraordinaria ante la CSJN (arts. 256 a 258, CPCCN y art. 14 de la ley 48) y el Recurso de Inaplicabilidad de ley (arts. 288 a 303, CPCCN).

Sin perjuicio de lo enunciado, existen otros recursos para circunstancias especiales como el recurso de apelación ordinaria ante la CSJN (arts. 254 y 255, CPCCN) y por último, la queja por recurso denegado, sea en primera instancia (arts. 282 a 284, CPCCN) o bien por denegatoria del recurso extraordinario federal (arts. 285 a 287, CPCCN).

CAPÍTULO XXIII

LOS RECURSOS ORDINARIOS

262. ¿A qué se denomina recurso ordinario?

Son recursos ordinarios los que se plantean ante el juez que resuelve y origina así una resolución, la cual se puede impugnar permitiendo que intervenga un control jerárquico superior que actúa revisando los hechos y el derecho motivos de agravios.

Cuando el que decide en el recurso es el mismo magistrado ante quien se deduce la impugnación, el acto se denomina remedio; mientras que cuando lo hace una Cámara o Tribunal de apelación, estaremos propiamente en el campo de los recursos.

263. ¿Qué es la aclaratoria?

La sentencia definitiva y cualquier otra resolución judicial pueden contener errores materiales, o presentar conceptos oscuros u omisiones sobre puntos o pretensiones deducidas en el litigio.

Para subsanar estos vicios se cuenta la aclaratoria, que no es propiamente un recurso, al punto que se encuentra legislado en el capítulo de los “deberes y facultades de los jueces” y al regular las actuaciones del magistrado posteriores al dictado de la sentencia. Por eso suele nominarse como “pedido” o facultades de saneamiento según provenga a pedido de parte o se resuelva de oficio, respectivamente.

En los hechos es el mismo magistrado que dictó la resolución, quien procede a la corrección del error material, la aclaración del concepto oscuro, o bien, la suplencia de la omisión que se denuncia.

Es decir, a través de la aclaratoria se persigue solucionar en la misma instancia, las distorsiones de expresión permitiendo que sea el propio juez, de oficio o a pedido de parte, el que integre el acto viciado.

El artículo 36 inciso 6° del Código Procesal de la Nación impone al juez como deber del oficio, corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión.

Asimismo el artículo 166 en sus incisos 1° y 2°, dispone que pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla, pudiendo sin embargo, antes de su notificación, ejercer de oficio o a pedido de parte dentro del tercer día de notificado, la facultad conferida por el artículo 36 inciso 6° citado, de manera que podrá corregir sin sustanciación, cualquier error material, aclarar algún concepto oscuro *sin alterar lo sustancial de la decisión* y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio.

Los errores puramente numéricos podrá corregirlos aun durante el trámite de ejecución de sentencia.

Como se ve es un pedido destinado a lograr la puridad del acto de resolución, característica que limita el alcance de la institución, impidiendo que en momento alguno

puede pretender, oculta o desenfadadamente, una revisión ya sustancial de lo que quiere se le aclare, pues para tal cosa los remedios procesales son otros¹⁸⁸.

En cuanto a su naturaleza, se discute si la aclaratoria es verdaderamente un recurso. Algunos niegan esa condición porque le falta la característica esencial de perseguir la reforma de la resolución recurrida; otros, sostienen que la aclaratoria no es un recurso sino un incidente dentro del proceso.

En cambio, los que consideran que se trata de un recurso, argumentan que cuando el litigante objeta una resolución judicial, así sea la sentencia de casación para que se salve el error material, o se aclare el concepto oscuro, o se cumpla una omisión, produce un acto procesal cuya consecuencia, va a ser, quiérase o no, una modificación de la sentencia, por ello es un verdadero recurso.

263.1 El error material

Existe *error material* cuando se evidencian errores de copia o aritméticos. Por ejemplo, si en la sentencia se desestima la demanda, cuando en los precedentes y fundamentos se ha resuelto lo contrario, o si, en lugar de condenar a una persona se menciona a otra sin relación con el proceso. Lo mismo si el error es por el monto.

Si el error material surge de los conceptos que se expresan, tornando incompleta o ineficaz la resolución que se pronuncia, no es la aclaratoria el camino para la enmienda, sino el recurso de nulidad, porque se trata de un error *in procedendo*.

El vicio es de congruencia, o falta de conformidad con la demanda. Los errores deben ser trascendentes, pues si no manifiestan una total incongruencia, no resulta necesaria su corrección quedando entonces como simple error.

263.2 El concepto oscuro para la procedencia del recurso

El *concepto oscuro* se manifiesta por la falta de claridad en una expresión de la sentencia, tornando ininteligible la verdadera intención del magistrado al expresarla.

La oscuridad manifiesta puede resultar de los propios fundamentos que hacen a una sentencia autocontradictoria, dando lugar tanto a la nulidad, como, y tal vez mejor, a la apelación.

Explica Falcón¹⁸⁹ que la oscuridad comunicacional se da cuando no se entiende qué es lo que se quiere decir en el escrito ya sea porque la expresión tenga palabras, frases u oraciones vagas o ambiguas, incompletas, o cuando los errores de morfosintáxis o de léxico, superen el ámbito de la mera corrección material.

Agrega, que este aspecto de la sentencia está relacionado con el presupuesto procesal de claridad que ha dado lugar también a otras instituciones, como la llamada excepción de defecto legal, una de cuyas vertientes es el *obscurus libellus* (libro pequeño o escrito poco claro, oscurecido).

La oscuridad está relacionada principalmente por dos fenómenos del lenguaje: la vaguedad y la ambigüedad.

Lo vago implica aquello que es poco claro o impreciso, y lo ambiguo se manifiesta cuando lo expresado puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.

A modo de ejemplo, si en una acción de daños y perjuicios por una colisión de automóviles, el juez, en su, sentencia manifiesta que el actor tiene la razón en su accionar, podemos deducir de ello, o bien que la acción judicial deducida es procedente o que su maniobra antes del choque era la adecuada. Esta expresión ambigua puede dar lugar a un recurso de aclaratoria por oscuridad de concepto.

263.3 La omisión

La omisión constituye el aspecto mas delicado de la aclaratoria, porque a veces se trata de cuestiones no resueltas que de pedirse a través de esta vía, podrían alterar lo sustancial de la decisión.

Por eso, planteada solamente como una deficiencia formal, se podría llegar a perder la apelación teniendo en cuenta que el plazo para resolver la aclaratoria no suspender el término para apelar.

Ibáñez Frocham considera que la facultad de pedir que se supla “cualquier omisión en que se hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio, como dicen nuestros códigos, solamente puede referirse a las pretensiones accesorias” (v.gr.: cuando la sentencia que condena al pago de una suma de dinero omite expedirse sobre los intereses aplicables)¹⁹⁰.

En consecuencia, la omisión de una cuestión esencial en el fallo, no puede suplirse por la aclaratoria, debiendo buscarse su corrección por otros recursos.

La omisión debe consistir en algún elemento accesorio de la decisión existente sobre el objeto litigioso en los aspectos principales, porque de lo contrario correspondería plantear la apelación o el recurso de nulidad.

263.4 Trámite

La aclaratoria procede de oficio (arts. 36, inc. 6º y 166 inc. 1º, CPCC) antes de la notificación a las partes de la sentencia, o aún después si se tratare de errores numéricos.

Puede ser solicitada por las partes, por escrito fundado, dentro de los tres días de notificada la resolución que se pretende aclarar (art. 166 inc. 2).

Los tres días se computan a partir del siguiente día hábil al de la diligencia en la que se practica la notificación (art. 156) y el plazo es perentorio (art. 155). Recordemos que no suspende el plazo para apelar la sentencia definitiva.

Al ser la aclaratoria una resolución que completa el proveído observado, sin alterarlo en lo sustancial, se resuelve sin sustanciación, es decir, sin necesidad de conferir traslado a la parte contraria.

263.5 Apelación y pedido de aclaratoria

La sentencia y la aclaratoria forman un todo indivisible, característica que llevaría a sostener, por lógica, que el término para deducir la apelación corre desde que

¹⁹⁰ IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 190.

se notifica la sentencia integrada. Pero ello no es así, y la jurisprudencia tiene resuelto que la aclaratoria no interrumpe los términos para deducir recursos ordinarios o extraordinarios.

Sin perjuicio de ello, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en acuerdo n° 27.039 del 13/03/79, con el voto del ministro Larrán, entendió que [...]

“la decisión que admite la aclaratoria integra la sentencia y puede ser atacada, al igual que esta y en los casos previstos en la ley procesal, mediante los recursos al superior. No así, en cambio, cuando es rechazada, porque el Tribunal, no puede ser sustituido en la aclaración de su fallo, debiendo en ese caso intentarse el recurso contra la sentencia y dentro de los plazos establecidos a contarse desde su notificación” (Acuerdos y Sentencias 1957–III, p. 365; 1961–II, p. 50; doctrina de causas Ac. 16042, 10-03-70; Ac. 16353, 19/05/70; Ac. 26489, 21/02/78 y Ac. 26.802, 23/05/78).

264. ¿Cuándo actúa el recurso de reposición o revocatoria?

El artículo 238 del código federal regula un mecanismo de revisión contra providencias simples, causen o no gravamen irreparable, permitiendo al magistrado que las dictó, revocarlas mediante un nuevo pronunciamiento contrario al que se ataca.

Providencias simples son decisiones del juez o del secretario que resuelven cuestiones de mero trámite; a veces provocan discrepancias entre las partes, lo que genera agravios contra la resolución, pero como no son *prima facie* trascendentes, se admite que sea el mismo funcionario que las dicta quien pueda reconsiderar y, en su caso, revocarlas.

Por tanto, no procede esta vía cuando no se da el supuesto contemplado por la norma, ni las circunstancias permitan asimilar la decisión a una providencia simple en los términos del artículo 160 del Código Procesal, que como se ha dicho, solo tienden al desarrollo del proceso y ordenan actos de mero trámite sin sustanciación alguna.

La *ratio juris* del recurso radica en la conveniencia de evitar que intervenga el órgano superior jerárquico cuando el error puede ser corregido por el propio juez.

El recurso se interpone fundado, por escrito, dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la resolución. También procede en forma verbal, cuando la resolución se dicta en el curso de una audiencia (art. 239).

El trámite de la reposición es diferente según quien haya pedido la reconsideración. El artículo 239 del sistema procesal civil de la Nación, en una redacción algo confusa, distingue:

- a) *Si la providencia que se recurre fue dictada de oficio*, la reposición se debe resolver sin dar traslado a la otra parte (sin sustanciación).

Se observa que, tratándose de la reposición de una providencia intentada por la parte contraria a la solicitante de aquella, debía sustanciarse y nunca resolverse de oficio. Este efecto en el trámite, atentatorio de la garantía de la defensa en juicio del quejoso conduce a la declaración de la nulidad de la resolución recurrida, mas como el vicio es susceptible de repararse mediante la apelación, el Tribunal solo revoca y deja abierta esa posibilidad (CNCiv., Sala F, 1982/02/11, “Trevisan, José c. Zimmer, José”, La Ley, 1983–C, 591 [36.371–S]).

Concretamente, si bien en los recursos de reposición interpuestos contra providencias dictadas de oficio no corresponde ordenar sustanciación alguna, el rechazo de aquella y la concesión del recurso de apelación subsidiariamente interpuesto tornan aplicables las disposiciones del artículo 246 del mismo ordenamiento, debiendo en consecuencia el juzgador correr traslado del escrito a la contraparte a fin de que esta pueda contestar los agravios del apelante.

- b) *Si la providencia recurrida se dictó a pedido de la misma parte*, este podrá deducir revocatoria dentro del plazo de tres días que se notifican *ministerio legis* (art. 133, CPCCN), y el juez decidirá en definitiva, sin dar intervención a la parte contraria.

La falta de interposición del recurso de apelación en forma subsidiaria al de reposición implica la pérdida del derecho a hacerlo en lo sucesivo, pues en tal supuesto la resolución recurrida causa ejecutoria (CNCiv., Sala A, 1996/04/16, “Carro de Marín, María E. c. Medicus Sistema Privado de Medicina Asistencial S. A.”, La Ley, 1996-D, 33 – DJ, 1996-2-826).

- c) *Si la reposición la plantea la parte contraria a quien pidió la providencia que se ha dictado*, ambas deben hacer valer sus derechos, sea fundando en el acto de interposición los motivos de la revocatoria, o en el plazo de cinco días que tiene para contestar estos fundamentos la parte que obtuvo la providencia atacada.

En estos supuestos, la bilateralidad del contradictorio se respeta en la medida del agravio suscitado, de manera que tratándose de cuestiones de mero trámite, solamente se sustancia el recurso de reposición cuando una parte obtiene ventajas sobre la otra.

De más está decir que, si corrido traslado de los fundamentos de una reconsideración, ellos no se contestan, no hay consecuencia alguna más que la pérdida de la facultad por preclusión del tiempo y oportunidad para hacerlo (art. 150 párrafo final).

Si el recurso de reposición se articula sobre hechos que motivan una controversia entre partes, se ha de formar incidente (art. 177) por separado, y sin que suspenda las actuaciones principales.

Esto no es una práctica corriente, pues la costumbre lleva a tramitar simultáneamente el objeto central del litigio con las incidencias resultantes de cuestiones como las que ahora se analizan.

De hecho el incidente supone asignar un trámite de conocimiento pleno a una situación que, en principio, no tenía previsto ese contenido tan amplio. De todos modos se tolera para no afectar el derecho de defensa en juicio.

A su vez, dice el artículo 273 que, encontrándose las actuaciones en la Cámara de apelaciones, las providencias simples serán dictadas por el presidente, las que se podrán reconsiderar sin lugar a recurso alguno.

Las sentencias interlocutorias que el tribunal emita no son, en principio, pasibles de revocación por contrario imperio (CNCom., Sala B, 1997/06/23, La Ley, 1997-E, 1044).

Por su parte, el artículo 317 admite también el remedio cuando se resuelva de oficio la caducidad de la instancia.

265. ¿Se puede solicitar reposición y plantear en subsidio el recurso de apelación?

La resolución de recurso de revocatoria hace ejecutoria porque impide nuevas impugnaciones. La posibilidad de interponerlo en subsidio con la apelación se admite como excepcional y únicamente cuando la autorización sea expresa.

Así, por ejemplo, resulta improcedente el recurso de apelación interpuesto en subsidio al promoverse un incidente, y también lo es el recurso de apelación deducido al contestar la reposición que la contraparte plantea.

Se ha dicho que, el impugnante, en previsión de que el rechazo del recurso de reposición traiga aparejada la preclusión de su facultad de apelar, agrega al primer recurso el segundo, que habrá de ser considerado en el supuesto de rechazo de aquel; de así no hacerlo la decisión que recaiga en la revocatoria causará ejecutoria y el tiempo de apelar se habrá consumido. Aprender esto desde la lógica de lo principal y lo accesorio, supeditando la apelación a la admisibilidad de la revocatoria, desbarata la función preservadora del derecho de defensa que en el proceso preclusivo juega el principio de la eventualidad. (Del voto de la mayoría, fundamentos del doctor Roncoroni) (C1ª. Civ. y Com. La Plata, Sala I, 1998/04/14, “Banco Crédito Provincial”, LLBA, 1999–1157).

En los hechos, existe cierta armonía que juega en torno del principio dispositivo; de este modo el recurrente puede articular:

- a) *Recurso de reconsideración*, cuya decisión será definitiva cuando no genere cuestiones controversiales que merezcan una ampliación del conocimiento y deriven al trámite incidental; o se presenten con apelación en subsidio.
- b) *Recurso de reconsideración con apelación en subsidio*, lo que significa plantear con iguales argumentos para el *a quo* y el *ad quem*, la discrepancia contra una providencia simple que provoca los agravios.

Se dice que, si bien la interlocutoria que desestima el recurso de reposición es inapelable para quien lo interpuso –salvo que vaya acompañado por el de apelación en subsidio– de ello no se sigue que sea aplicable con respecto a la otra parte en el supuesto de que aquel prospere. Dicha solución implicaría cercenar el derecho de la parte a quien favorecería la providencia revocada y que por esa circunstancia no pudo interponer contra ella la apelación subsidiaria como lo reconocen pacífica doctrina y jurisprudencia (CNCiv., Sala F, 1981/08/27, “Giani, Héctor D. c. Noriega de Giani, Florentina”, La Ley, 1983-B, 751 (36.314-S)).

El único supuesto posible de impugnar la decisión adoptada en un recurso de reposición, se da cuando se otorga la revocación de una providencia simple a pedido de la parte contraria a la que oportunamente la obtuvo; pero está sujeto a la existencia de un gravamen cierto y posible de ser articulado a través del recurso de apelación.

266. ¿Qué es el recurso de apelación?

El recurso más común es el de apelación, definido por Couture como el recurso concedido a un litigante que ha sufrido un agravio por una resolución del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior¹⁹¹.

El recurso ordinario de apelación, nace con el derecho romano. Informa Scialoja que, hasta bien entrada la República, no existían propiamente recursos, sino remedios.

Así por ejemplo el demandado podía demandar la nulidad de la sentencia antes de su ejecución, pero si perdía era condenado a pagar el doble de lo establecido (*in duplumrevocare*). Tenía disponible, también, la *infitatioiudicati*, a través de la cual el demandado enfrentado con la *actioiudicati* con la que comenzaba la ejecución de la sentencia del *judex*, podía impugnarla negando que fuese un verdadero fallo. Vale decir, eran medios para detener la ejecución de las sentencias no para revisarlas y sustituirlas por otras.

El recurso de apelación aparece con la *provocatio ad populum*, por el que el condenado reclamaba contra la sentencia penal ante el pueblo romano, quien en definitiva podía absolver, pronunciando así una verdadera sentencia (efectos positivos). En el imperio aparece ya bajo la denominación de *appellatiovelprovocatio* extendida para las contiendas civiles, contra las sentencias dictadas en Roma y en las Provincias, ante ciertos magistrados expresamente delegados por el Emperador (Augusto) para entender en su revisión¹⁹¹.

267. ¿Qué providencias judiciales que se pueden apelar?

El artículo 242 que regula las providencias recurribles establece que procede la apelación contra:

- a) sentencias definitivas;
- b) sentencias interlocutorias, y
- c) providencias simples que causen un gravamen irreparable por la primera.

a) *Sentencia definitiva* es la que pone fin al proceso e impide su continuación. Algunas decisiones judiciales tienen la característica de ser definitivas cuando no encuentran ninguna vía sustitutiva para lograr reparación, o a pesar de permitir la continuidad del proceso en una instancia diferente, ello puede causar un perjuicio innecesario.

b) El agravio contra las sentencias de este alcance, puede ser total (porque las pretensiones fueron absolutamente rechazadas) o parcial (v.gr.: vencimientos parciales y mutuos que original la distribución de costas conforme el art. 71).

Sentencias interlocutorias son las que resuelven cuestiones que se originan en el trámite y provocan incidentes o incidencias que deben ser resueltos con la sentencia final o después de que ella se pronuncie. Tienen autonomía y se fundamentan en la aplicación de disposiciones legales que permiten articular contra ellas recursos propios.

c) *Providencias simples* son las de mero trámite, y toleran de acuerdo con su contenido o modalidades, el recurso de apelación.

268. ¿Existen limitaciones por el monto?

¹⁹¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 351.

¹⁹² SCIALOJA, Vicente, *Procedimiento Civil Romano*, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 425.

La amplitud señalada en el primer párrafo del artículo 242 se restringe notoriamente en el final de la norma cuando establece la necesidad de acreditar un *gravamen económico* que se pondera de acuerdo con el valor cuestionado en el litigio.

Esta valla que obstaculiza el “derecho al recurso”, no significa abortar todo camino de revisión, pues “inapelabilidad” no significa “irrecuribilidad”, de manera que dejaría subsistente otras acciones para impulsar la revisión como son la aclaratoria, reposición o revocatoria y el recurso extraordinario federal.

En consecuencia, el tipo de pronunciamiento determinará la selección del recurso y el estudio sobre el valor de lo cuestionado, porque tratándose de providencias simples, la única limitación aparente es para la apelación en subsidio de la reposición (que es el único supuesto de “apelabilidad”; si fuesen providencias interlocutorias, quedan en pie la aclaratoria, la reposición y el recurso extraordinario federal); mientras que las sentencias definitivas afectadas por la disposición serán aquellas que no alcancen el mínimo de la cuantía que mide el interés atendible por la jurisdicción.

Esa limitación, se ha dicho, está instituida no solo en interés de las partes, sino primordialmente del Estado, pues la extensión ilimitada de un litigio de escasa justificación económica tiene como consecuencia un exceso de trabajo para los tribunales y una dilapidación de tiempo y dinero para los litigantes (CNCiv., Sala B, 1997/11/06, “Consortio de Propietarios Montevideo 569/71/73 c. Pontieri, Lydia D.”, La Ley, 1998–B, 674).

Por eso, si el importe reclamado es inferior al mínimo previsto para la procedencia del recurso de apelación, la causa es de instancia única y, por lo tanto, todos los recursos interpuestos en ella han sido mal concedidos. No puede impedir tal decisión ni el error del *a quo*, ni el consentimiento de las partes ni la improcedente tramitación dada a los recursos en la alzada, desde que ninguno de esos extremos es razón suficiente para derogar la ley procesal que ordena las competencias por razón del monto disputado (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1995/04/12, “Levi, Diego y otros c. Aerolíneas Argentinas S. E.”, La Ley, 1995-E, 371. - DJ, 1995-2-1198).

La restricción por el monto no alcanza a los procesos de alimentos y en los que se pretenda el desalojo de inmuebles, o en todos aquellos donde se discuta la aplicación de sanciones procesales.

268.1 Actualización del monto

Con anterioridad, el límite de apelación se había establecido en la suma de pesos cuatro mil trescientos sesenta y nueve con sesenta y siete centavos, criterio consagrado en el plenario de la Cámara Civil “Pérez, Aldo Nicolás c/ Cisneros, Miguel Ángel s/daños y perjuicios”, del 3 de septiembre de 2003 y también receptado en las demás cámaras de apelaciones.

La sanción posterior de la ley 26.536, de noviembre del año 2009, estableció la inapelabilidad de las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualquiera fuera su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000). En este punto, también se puede afirmar que no hubo una reforma, sino tan solo una adecuación a valores reales de un monto que había quedado desactualizado.

También, dispuso que a los efectos de determinar la inapelabilidad de una sentencia o resolución, se estará al monto que rija en la fecha de presentación de la

demanda o de la reconvención. Si al momento de dictarse la sentencia se reconociera una suma inferior en un veinte por ciento (20%) a la reclamada por las partes, la inapelabilidad se determinará de conformidad con el capital que en definitiva se reconozca en la sentencia. Ello se debió a que se generaban numerosos casos de pluspetición para acceder a la segunda instancia en una suerte de abuso recursivo. Se dispuso, además, que la inapelabilidad por el monto establecida no comprende los recursos deducidos contra las regulaciones de honorarios, consolidando así, el criterio sustentado en la reforma efectuada al Código en el año 2001 con la ley 25.488, que ya lo había consagrado legislativamente.

Después se estableció que anualmente la CSJN adecuará, si correspondiere, el monto establecido. Algunas salas interpretaron que la apelabilidad estaba determinada por el monto que regía a la fecha de la demanda. Sostuvieron que según la nueva ley 26.536, a los efectos de determinar la inapelabilidad de una sentencia o resolución, se estará al monto que rija a la fecha de presentación de la demanda o la reconvención. Entender lo contrario, sería establecer una retroactividad que ha sido desestimada de plano por el legislador (CNCiv. Sala E, 04-05-10, “Rubino, Carlos Antonio c/ Rodríguez, Santiago y otro s/ Daños y Perjuicios” y también, Sala L, Disidencia de la Dra. Pérez Pardo, 31-03-10 “Consortio de Propietarios Av. Las Heras 2460/64 c/ Fernández, María Silvina s/ Ejecución de Expensas”).

Otros, en cambio, entendieron que el límite impuesto por la nueva normativa se aplicaba a los procesos en trámite sin tener en cuenta el que regía a la fecha de la demandada. Consideraron que lo que la ley ha querido es que las futuras modificaciones que pudiera hacer la Corte con arreglo a esa norma en un proceso ya iniciado bajo el régimen de la nueva ley, no sean computadas a los fines del límite de (in) apelabilidad, debiendo estarse siempre a esos efectos al que regía al momento de la interposición de la demanda, con independencia de las ulteriores modificaciones que –con arreglo a este precepto– pudiera introducir –o haber introducido– el Alto Tribunal con posterioridad a la iniciación del proceso¹⁹².

Luego de la reforma del año 2009 y de conformidad con el criterio que establecía la normativa vigente de adecuación anual del monto, el 15 de mayo del año 2014, la CSJN, mediante Acordada n° 16/2014, dispuso elevar el monto fijado en el segundo párrafo del artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el importe de pesos cincuenta mil (\$ 50.000). Aclaró que la disposición precedente entrará en vigor a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial, para las demandas o reconvenciones que se presenten desde esa fecha.

Por su parte, el artículo 242 del Código Procesal en la redacción de la ley 26.536, si bien no precisa como debe integrarse el concepto de monto cuestionado, en principio, solo comprende el capital con exclusión de intereses y otros gastos ajenos a él.

¹⁹² En este mismo sentido: KIPER Claudio, “El nuevo monto mínimo para apelar”, La Ley, boletín del 2/2/10.” (Del voto de la mayoría) y también CNCiv. Sala I, 16-02-10 “Acosta, Emilia Graciela c/ Consortio de Propietarios Valentín Gómez s/ Daños y Perjuicios”, CNCiv. Sala K, 29-03-10 “Muratore, Oscar Osvaldo y otro c/ Grilleta, Elisa María y otros s/ Ejecución de Acuerdo”, CNac. en lo civil y comercial Federal, Sala 1, 29/94/10 “Rickenberg David y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Producción s/ recurso de queja”, CNac. Com., Sala F, 02/02/2011 “Cooperativa de Cred. Cons y Viv Nuevo Siglo Ltda c/Velázquez Mirta Beatriz s/ ejecutivo”, CNac. Com., Sala A. 25/02/2010 “García Pueyrredón Jorge Miguel c/ Prodytec SA s/ordinarios/queja”).

Esto es así, puesto que se desprende de los antecedentes parlamentarios y porque la inclusión de intereses conduciría a la elevación del monto cuestionado a niveles que podrían llegar a neutralizar el fin buscado con la reforma, además de las complicaciones procesales que podrían generarse si su cálculo debiera llevarse a cabo en forma previa a la sentencia y a la liquidación definitiva.

Es importante destacar que cuando el monto cuestionado por cada una de las partes mediante sus respectivas apelaciones contra la sentencia es inferior al reglamentado, corresponde desestimar el recurso (conf. art. 242 del Código Procesal). Para la actora, el monto cuestionado surge de la diferencia entre las sumas reclamadas en la demanda y las reconocidas en la sentencia y para la demandada, involucra el capital de condena.

Es decir, que para determinar si la decisión es apelable no se debe computar la totalidad del capital reclamado en la demanda, salvo cuando integre la materia de apelación, confundiendo con el “valor cuestionado” en aquella. No será así en el caso inverso, en el que en la segunda instancia se controvierten aspectos parciales que fueron objeto de demanda y con relación a los cuales se pretendió el cobro de montos determinados y determinables, supuestos en los que el valor cuestionado consistirá en esos montos.

Esta interpretación es la que mejor se compadece con las razones de la modificación que introdujo la ley 23.850 para aliviar la recarga de los tribunales –que al limitar los remedios impugnativos– los releva de entender en controversias de menor cuantía, finalidad que no se concretaría si se admitiesen todos los recursos sobre el monto reclamado y no al discutido en la instancia. Este argumento resulta también aplicable a cualquier resolución que se dicte durante el curso del proceso.

La ley pretende establecer un parámetro que tienda hacia la objetividad respecto del monto mínimo de apelación y que atienda a lo que efectivamente pudieron probar las partes en el desarrollo del proceso y es receptado por el juez de primera instancia en la sentencia, dado que durante la vigencia de la anterior normativa bastaba que las partes reclamaran una suma superior al límite de inapelabilidad para que el recurso procediera.

269. ¿Existen limitaciones por el tipo de procesos o resoluciones?

La limitación al derecho de recurrir es un presupuesto habitual que no conspira con la garantía del debido proceso, siempre que la instancia que se facilite sea útil, efectiva y obtenga una sentencia razonada y debidamente fundada.

Hay disposiciones de orden meramente técnico, como cuando el artículo 38 ter. del Código Procesal dispone la inapelabilidad de las resoluciones del juez que mantienen o dejan sin efecto las providencias dictadas por el secretario o el prosecretario administrativo, o el Jefe de Despacho, a excepción ocasione un gravamen irreparable, pues encuadran sino en la hipótesis prevista por el artículo 242, inc. 3º del código citado (CNCiv., Sala F, 1994/03/11, “Maltese, Humberto”, La Ley, 1995-D, 593).

También se ha dicho que, si bien el artículo 379 del Código Procesal establece como principio general la inapelabilidad de las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de pruebas, corresponde hacer una excepción a tal principio cuando se funda en el gravamen irreparable –en el caso, respecto a considerarse

extemporáneo el ofrecimiento de prueba– derivado del alcance del pronunciamiento apelado (CNCom., Sala E, 2000/12/18, “Artes y Pinturas San Luis S. A. c. Wal-Mart Argentina S. A.”, La Ley, suplemento del 2001/10/17, p. 15, J. Agrup., caso 16.140).

270. ¿Cuál es el trámite del recurso de apelación?

El recurso se interpone ante el juez que dicta la resolución que se impugna. Este debe controlar los requisitos de admisibilidad y proceder a denegar o conceder el recurso, y en su caso, el efecto que se le asigna.

El efecto supone disponer el tiempo cuando se vaya a resolver la queja. Puede ser concedido libremente o en relación, y en uno u otro caso, con efecto suspensivo o devolutivo.

Señala Hitters que [...]

“La interposición de un medio de impugnación produce diversas y variadas consecuencias, a saber: 1) interrumpe la concreción de la *res judicata*; 2) prorroga los efectos de la litispendencia; 3) en ciertos casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo); 4) imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo), y 5) limita el examen del ad quem en la medida de la fundamentación y del agravio”¹⁹³.

De estas consecuencias interesa observar como se desenvuelven los efectos devolutivo y suspensivo del recurso.

271. ¿Cuáles son los efectos que tienen y producen los recursos?

Según paralicen el curso de las actuaciones impidiendo que ellas continúen, mientras no se resuelva el recurso articulado, los efectos se llaman “suspensivo” y “devolutivo”.

El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto que, frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época cuando se deriva la facultad de juzgar al emperador y este la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquel se producía realmente una devolución de dicho poder.

Va de suyo que no tienen efecto devolutivo los recursos que son resueltos por el mismo juez ante quien se presenta la impugnación.

La transferencia de la facultad de juzgar caracteriza esta vía, de modo tal que, si no obstante la jurisdicción continúa interviniendo, algunos ordenamientos admiten contra esa “extensión del poder”, un recurso que suele denominarse de atentado o innovación.

El efecto devolutivo muestra singularidades que lo particularizan, tales como:

- La remisión de la jurisdicción al órgano superior, privando al *a quo* de la potestad de juzgar o seguir interviniendo en la causa;
- El superior asume la facultad plena de revocación de la sentencia recurrida, dentro de los límites que el recurso le señala. Los poderes consisten en la

¹⁹³ HITTERS, *Técnica de los recursos ordinarios*, op. cit., p. 124.

posibilidad de confirmar íntegramente el fallo, de confirmarlo en una parte y revocarlo en otra, y de revocarlo totalmente;

- La alzada controla el juicio de admisibilidad, sin importar la actitud de la parte que resultó beneficiada con la sentencia que nada dice sobre el posible error incurrido al otorgar el medio de gravamen.

La calidad de la providencia cuestionada incide en el trámite del recurso que se concede con el efecto en comentario. Cuando la apelación se plantea contra una sentencia definitiva, el artículo 250, inciso 1º, dispone que se debe remitir el expediente a la Cámara dejándose en el juzgado de origen copia de lo pertinente según las piezas que indique la providencia que concede el recurso, las que deben presentarse por el impugnante.

En cambio, si la crítica se dirige contra una providencia interlocutoria, el apelante debe adjuntar copia de lo que señale el expediente y de lo que el juez estimare necesario, asistiéndole igual derecho al apelado. Estas piezas, como las memorias presentadas, tienen que elevarse a la Cámara, salvo que el juez estime más expeditivo, retenerlos para la prosecución de la causa, derivando el expediente original.

El juez de la apelación, 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*.

En suma, el efecto devolutivo, determina que toda la actuación que resulta del grado inferior, tenga carácter provisional, esto es, subordinada al éxito del juicio de apelación pendiente.

En cambio, el *efecto suspensivo* genera la inejecución de la sentencia o del acto impugnado hasta que sea resuelto el recurso que contra ella se interpone.

Deriva de la aplicación del principio romano según el cual *“appellatione dependente nihil innovarum”*, y al decir de Couture [...]

“Esta consecuencia fluye directamente de la esencia misma de la segunda instancia. Si este es un procedimiento de revisión sobre los vicios posibles de la sentencia, lo natural es que tal procedimiento sea previo a la ejecución y no posterior, cuando la sentencia se ha cumplido y sus efectos sean acaso, irreparables”¹⁹⁴.

La suspensión alcanza solamente al acto impugnado, circunstancia que muestra el rol diverso que asume el trámite según sea cuestionada una sentencia definitiva o una providencia interlocutoria.

No obstante, existe la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia apelada, en tanto y cuanto se otorgue fianza que garantice el restablecimiento de las cosas a su estado original, en el supuesto de que fuera vencido en el recurso.

La regla es que todo recurso procede “siempre en efecto suspensivo” y solo excepcionalmente, cuando el ordenamiento así lo dispone “en el devolutivo”.

272. ¿A qué se llama efecto extensivo?

¹⁹⁴ *Fundamentos...*, op. cit. p. 370.

El llamado efecto extensivo (o comunicante) de la impugnación consiste en extender a la parte que no recurre los beneficios tomados de quien impugna, por cuanto aquel se encuentra en idéntica situación a la del recurrente.

Este principio, llamado también de la realidad, se opone al de la personalidad del acto impugnativo. Aplicación de esta regla resultan los casos de litisconsorcios, terceros, etcétera.

El efecto extensivo participa de las siguientes características:

- El favorecido con el efecto no puede renunciar a él; de lo contrario se destruiría el fundamento de la comunicación del recurso. Este efecto no solo comprende el resultado favorable que se obtenga de la impugnación interpuesta, sino también el beneficio de las consecuencias de ella: la devolución, la suspensión, o ambas a la vez.
- La extensión presupone la no impugnación de lo resuelto por el favorecido con aquella, pero este debe tener, en abstracto, la posibilidad legal de impugnar y al mismo tiempo debe haberse producido la caducidad por transcurso del término.
- Mientras el litisconsorte conserve la facultad de recurrir no cabe la extensión de la impugnación de otro, ni se le puede privar de su derecho y la defensa en forma que lo considere conveniente.

El efecto que nos ocupa –según Clariá Olmedo– queda totalmente subordinado al recurso que se interpuso; el desistimiento, el abandono, la deserción, etc., con respecto al impugnante extiende sus efectos a los favorecidos¹⁹⁵.

En principio, se entiende que aun cuando la comunicación se proyecta a todo el acto impugnado (instancia y motivación), el beneficiado, si interviene en el trámite, no puede ampliar la fundamentación.

Finalmente, este efecto no otorga al renuente, participación en el procedimiento ulterior (no podrá expresar agravios ni solicitar prueba en la apelación, etc.).

273. ¿Cómo se concede un recurso?

Interpuesto el recurso de apelación el juez debe concederlo, en la medida de su procedencia formal, distinguiendo la providencia cuestionada. Si fuesen los agravios dirigidos contra una sentencia definitiva, el recurso se adscribe a los que se conceden en forma libre; en cambio, si la queja se deduce contra una providencia interlocutoria, el recurso se concede en relación.

En el recurso otorgado libremente la actividad de la alzada se inicia con la providencia que ordena que los autos sean puestos “en la oficina” de la Cámara a fines de que las partes, notificadas que sean, cumplimenten con la carga de expresar agravios.

En esta categoría, la impugnación se fracciona en dos etapas: en la primera, se interpone la queja; en la segunda (en la alzada) se fundamentan las críticas contra la providencia recurrida.

¹⁹⁵ CLARIÁ OLMEDO, José H., *Tratado de derecho procesal penal*, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 315.

Por vía de principio, todo el trámite se cumple en segunda instancia y la decisión se emite por el voto individual de cada uno de los jueces que integran la Alzada.

El recurso que se concede en relación procede contra toda providencia que no sea la sentencia definitiva, y como la concesión libre, puede llevar efectos suspensivos o devolutivos.

En realidad, seguir manteniendo el término “en relación” es confuso, porque responde a una antigua función que ocupaban ciertos auxiliares de justicia que, según el derecho indiano, ejercían los llamados *relatores adscriptos a las audiencias*, cuya tarea era hacer un resumen (relación) oral del expediente al tribunal que debía fallar.

La queja se plantea ante el mismo juez que la dicta, y otorgada la apelación, el recurrente cuenta con un plazo determinado (v.gr.: cinco días, art. 246) para presentar los agravios que tiene contra esa disposición. Esta pieza se denomina memorial.

Esta solemnidad no rige cuando se trata de recursos en relación concedidos con *efecto diferido* (el anterior se denomina de *efecto inmediato*), que suponen, dadas razones de importancia nimia del planteo o del interés para proseguir la causa, que el recurso ser fundado recién cuando llegue a la Alzada por estar apelada la sentencia definitiva.

En realidad, esta posibilidad es excepcional y en la práctica arroja resultados positivos.

274. ¿Cuándo cesan los efectos de los recursos?

Conocida la vigencia del principio dispositivo en esta etapa del proceso, es posible tomar de él cuestiones naturales a la disponibilidad y decisión de las partes.

Basados en ello, los recursos se pueden desistir o renunciar, tanto como en el derecho civil o común, los individuos pueden desistir o renunciar derechos que les competen.

La consecuencia que se obtiene es, que si el litigante tiene, antes de iniciar un litigio, amplias facultades para resolver sobre sus derechos, no puede luego perder esa libertad por dificultades que le imponga el trámite jurisdiccional.

Es obvio, entonces, que los justiciables tienen la posibilidad de hacer pasar en autoridad de cosa juzgada un proveimiento que les agravia, ya sea prestándole aquiescencia anticipadamente, o abandonando los recursos luego de interpuestos (renuncia); sea por no cumplir debidamente con la carga de fundamentación que exigen las reglas procesales (deserción), o manifestando su expresa voluntad de no mantener el carril impugnativo oportunamente incoada (desistimiento). También es posible que el quejoso abandone la instancia luego de incoada la impugnación, al no impulsar el trámite por un tiempo determinado.

275. ¿Cómo es el trámite del recurso concedido en relación?

La interposición del recurso debe hacerse dentro de plazo de cinco (5) días de haberse notificado –por cédula o *ministerio legis* según el caso– la resolución. Con la presentación del anuncio de impugnación (solamente se indica que causando gravamen la providencia dictada, se apela), el juez dicta un proveído concediendo o rechazando el

recurso. Si lo concede, comienza a correr el plazo de cinco (5) días para fundarlo. Este es un término automático que queda notificado automáticamente.

La fundamentación siguiente del recurso se conoce como *memorial*. Se denomina así al escrito que se presenta ante el mismo juez que dictó la resolución impugnada, y contiene los motivos y argumentos que contra esa resolución se deducen.

Los fundamentos de los agravios deben ser concretos, precisos y claros, pues en nuestro sistema dispositivo dicho escrito se erige en el eje que tiende a vulnerar el acto atacado. Para ello, el quejoso debe poner de manifiesto los errores de la resolución impugnada, pues si este embate no se cumple o se lleva a cabo en forma deficitaria, el decisorio deviene firme.

276. ¿Cuándo se fundamentan los recursos concedidos con efecto diferido?

Antes que un efecto (en realidad más propio de la concesión suspensiva o devolutiva), lo *diferido* es la oportunidad de fundamentación. Por eso no hay efectos, propiamente dichos, sino la postergación hasta que se deban presentar en la Cámara los escritos de expresión de agravios (es decir, los fundamentos de los recursos concedidos libremente) que a las partes apelantes corresponda.

Esta es una modalidad que persigue evitar las continuas detenciones del proceso, de modo tal que se facilite la prosecución sin afectar el derecho de las partes de ser oído en sus alegaciones.

En algunos casos, el efecto está dispuesto en la misma ley, como sucede con el artículo 557 del Código Procesal, que tiene pocas excepciones.

Tal como sucede con los recursos concedidos libremente, los que fueron concedidos con efecto diferido, se fundamentan en oportunidad de presentar la expresión de agravios (art. 260), ya sea de manera conjunta o separadamente y siempre que sean juicios ordinarios o sumarios.

Mientras que si se trata de procesos donde se ejecuta una sentencia, el recurso se deberá argumentar dentro del quinto día de notificada *ministerio legis* la providencia que conceda el recurso; cuando no fuera el caso de apelación contra la sentencia que manda llevar adelante la ejecución (cfr. art. 509).

Cabe observar que la derogación del proceso sumario por la ley 25.488, no obstante, ha dejado subsistente esta modalidad de trámite para los juicios especiales considerados en el Libro IV de este código, por lo que corresponderá aplicar a ellos lo dispuesto en este artículo.

Ahora bien, si no se procede del modo descrito, corresponde el desglose del memorial presentado tardíamente, o en forma contraria a las formas señaladas, quedando firmes las resoluciones respectivas que se hubieran impugnado.

La Cámara debe resolver los recursos concedidos con efecto diferido, con anterioridad a dictar la sentencia definitiva.

277. ¿Cómo es la fundamentación del recurso concedido libremente?

Apenas el juez de primera instancia concede el recurso de apelación, debe remitir las actuaciones a la Cámara. Sin embargo, antes de ello, debe comprobar que el expediente se encuentra en estado procesal suficiente, que significa, tratándose de

recursos interpuestos contra sentencias definitivas, verificar que se hayan notificado todas las partes; que los profesionales intervinientes tengan regulados sus honorarios cuando ello corresponde; que se agreguen los expedientes acumulados o acompañados por razones probatorias, etcétera.

Cumplido, la remisión es producto de una actividad interna de contenido informal.

Cuando llega a la Cámara, la recepción la efectúa la Mesa de Segunda Instancia del Centro de Informática Judicial, que por sorteo automático y categoría de recurso (art. 33, RJNC) asignará la Sala que intervendrá (siempre que no existiere conexidad automática resultante de la asignación de la causa en 1ª instancia, o en los supuestos de actuaciones antes prevenidas) (Cfr. art. 31 RJNC).

El artículo 259 no pone a cargo del tribunal la notificación personal o por cédula a los litigantes, sino que solo se limita a señalar que recibidas las actuaciones del juzgado interviniente el secretario debe colocar el expediente en la oficina para que las partes, una vez anoticiadas de ello, puedan expresar sus agravios.

Por tanto, la carga de hacer saber dicho auto pesa sobre la parte interesada en mantener vivo el recurso de apelación, aunque sea costumbre de las salas proceder en tal sentido.

El recurso fundamentado asume el nombre de “expresión de agravios”, porque técnicamente es la crítica concreta que se dirige contra las partes de la sentencia definitiva que se consideran equivocadas.

Se presenta en la Sala que ha de intervenir, de modo tal que cualquier error en el lugar donde se entregue constituye causa de deserción del recurso.

La Cámara puede examinar oficiosamente la admisibilidad del recurso de apelación, antes de entrar a conocer sobre el fondo de la causa, sin estar obligada por la voluntad de las partes, ni por la concesión hecha por el juez de la instancia de origen, por más que se halle consentida.

Si considera que el recurso ha sido correctamente concedido, dentro del quinto día de notificada la providencia de autos en secretaría, las partes deberán:

- Fundar los recursos que se hubiesen concedido con efecto diferido. Si no lo hicieren quedarán firmes las respectivas resoluciones. Aquí se materializa lo que significa el efecto diferido, es decir, posponer el debate de determinadas resoluciones impugnadas para esta etapa procedimental, sin perjuicio de lo aclarado.
- Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear. Recordemos que el artículo 379 regula el régimen de inapelabilidad de las resoluciones judiciales sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas; facultando a la parte en el supuesto de negación de alguna medida, la posibilidad de solicitar a la cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca el recurso contra la sentencia definitiva, siendo esta entonces la oportunidad para plantear la diligencia de la prueba denegada. Respecto a las pruebas en las que hubiere mediado declaración de negligencia, el artículo 385 *in fine*, prescribe que dicha resolución del juez será irrecurrible, quedando a salvo el derecho de los interesados para replantear la cuestión en la alzada.

La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna.

La apertura a prueba en segunda instancia está limitada a tres casos:

- a) La alegación de un hecho nuevo;
- b) Cuando fue alegado y desestimado en la instancia de grado, replanteándose en la alzada en el momento de fundar el recurso de apelación; y,
- c) Cuando la prueba fue rechazada en primera instancia o el interesado se vio privado de ella por haberse decretado la caducidad de la prueba o haberse hecho lugar a la negligencia acusada.

278. ¿Existe una técnica para el recurso de apelación?

El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores. De dicho escrito se dará traslado por diez o cinco días al apelado, según se trate de juicio ordinario o sumario.

La técnica de fundamentación de los recursos es un tema diferente al análisis de admisibilidad que realiza el juez *a quo*, pues ahora nos encontramos ante la pertinencia de la impugnación. Es decir, a la adecuada y suficiente fundamentación de cada uno de los agravios que se tengan contra las partes del fallo que se consideren equivocadas.

Por eso, entre otros supuestos, debe desestimarse el planteo por el cual el recurrente se limita a exteriorizar una opinión discrepante con la del juez de la instancia anterior, sin allegar medio de persuasión alguno que desvirtúe el fundamento de lo decidido. Ello es así, pues la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de las distintas partes del fallo que el apelante estima equivocadas, indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permiten sostener una opinión distinta.

Esta contingencia que se vincula con la simple disconformidad con el fallo apelado, es un problema recurrente en las memorias que exponen los agravios contra las decisiones atacadas. La argumentación no puede transitar los carriles del mero inconformismo; hay que demostrar donde están las equivocaciones, cómo se producen, cuánto afectan al recurrente, y en su caso, cómo podría ser resuelta esa crisis a partir de la actividad del tribunal que ha de resolver la queja.

No existe una guía o instructivo para realizar recursos ni presentar sus fundamentos; pero se pueden ofrecer orientaciones sobre lo que no se debe hacer, por ejemplo:

- El escrito que contiene la expresión de agravios no puede ser genérico e indeterminado respecto de las causas que se critican o los motivos que se pretenden son errados o equívocos; hay que fundar con precisión cada uno de los agravios, y presentarlos en el orden referido (dónde están, cómo afectan, por qué son errores, y cómo se puede solucionar);
- La cita de diversos fallos jurisprudenciales cuyo acierto no puede ponerse en duda, no puede ser considerado como una crítica concreta y razonada del fallo apelado, cuando no se procede a correlacionarlos debidamente con la cuestión materia de debate, ni con ellos se desvirtúan los argumentos con base en prueba concreta, con los cuales el sentenciante de primera instancia

ha formado convicción (CNCom., Sala B, 1986/09/16, “Oliva de Rimoldi, Norma D. c. Napolitano, Antonio y otro”, La Ley, 1987-D, 631 (37.701-S).

- La expresión de agravios debe ser autosuficiente, que significa encontrar el error de la simple lectura del escrito. Por eso no es bastante el recurso que insiste con remisiones a presentaciones anteriores, o menciona fojas del expediente que no se explican, ni fundamenta autónomamente lo que pretende decir en sus derivaciones a otras partes del expediente;
- Finalmente, es un error creer que la extensión del recurso difumina el error técnico de fundamentación; a *contrario sensu*, perturba la suficiencia y socava sus fundamentos por realizar inútiles esfuerzos de argumentación que pueden representar, únicamente, la repetición de opiniones de la doctrina o la jurisprudencia.

Se denomina deserción del recurso a las consecuencias que sufre el apelante que no da estricto cumplimiento a la carga técnica de presentación de las impugnaciones.

En líneas generales, existe un análisis de tiempo y forma; el primero estudia si fue presentado dentro del plazo concedido; el restante, se vincula con la insuficiencia técnica.

A diferencia del recurrente, la contestación del recurso es una facultad que puede o no cumplirse, sin provocar otra consecuencia que la pérdida de la oportunidad para hacerlo, aunque la Cámara debe atender en el estudio los argumentos que este mantuvo en la instancia liminar.

279. ¿Cuándo concluye la segunda instancia?

El trámite de los recursos tiene distintas alternativas según se trate de cuestiones que deban o no ser objeto de prueba.

Si la impugnación se sostiene en la alegación de vicios de juzgamiento o de procedimiento, la Sala debe esperar el transcurso de los plazos y el cumplimiento del principio de bilateralidad y contradicción que supone sustanciar los escritos que se presenten; para que una vez cumplido, cierre o clausure las oportunidades llamando autos para dictar sentencia.

Esta providencia queda consentida *ministerio legis* en el plazo de cinco (5) días, debiendo de inmediato procederse al sorteo del orden de votación.

En el caso de abrir a prueba, el procedimiento se clausura una vez cumplido el plazo establecido en el artículo 262 parte final, es decir que las partes tienen seis días comunes para alegar sobre el mérito de la prueba, cumplido lo cual se llamará autos para sentencia, con idéntico proseguir que el anterior.

Inmediatamente, los jueces que integran la Sala de la Cámara de apelaciones respectiva deben proceder a sortear el orden de votación para alcanzar la sentencia.

Toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, solo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que, la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben (Fallos, 311:2023).

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e inteligible “para todos”. El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.

Según Carnelutti [...]

“El fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y este es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida”¹⁹⁶.

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responde, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto/ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

¹⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 253.

Al respecto dice el artículo 281 del código precitado: “Las sentencias de la CSJN se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado”.

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.

280. ¿Qué es el recurso de nulidad?

Recordemos que los actos procesales se desarrollan bajo determinadas formas, es decir, condiciones preestablecidas que deberán respetarse para que logren su existencia válida en el proceso.

De este modo la demanda, su contestación, la prueba, las notificaciones, la sentencia, los recursos, tienen requisitos propios.

Las formas en el proceso cumplen una función de garantía, de seguridad, dado que custodian el normal desarrollo del proceso, medio instrumental para lograr certeza y justicia en la resolución de la controversia, de allí que la inobservancia se sancione con la nulidad del acto.

Ahora bien, en lo que respecta a las resoluciones, su dictado puede contener vicios que las descalifiquen como acto jurisdiccional o presentar irregularidades que las afecten en sí mismas. Cuando estos vicios tienen que ver con la omisión de los requisitos de lugar, tiempo y forma que establece la ley (arts. 161 a 163, CPCCN) o son la conclusión de un procedimiento viciado, en la medida que el vicio se exteriorice en la resolución judicial, la ley nos habilita un mecanismo para perseguir su invalidación, esta vía es, el recurso de nulidad.

El recurso de nulidad es un medio de impugnación por el cual se invalidan aquellas resoluciones judiciales que no cumplen las formalidades prescriptas por la ley, sea por defectos de la forma de las mismas o por violación de las formas determinadas, a los fines de guardar los principios de plenitud, congruencia y defensa en juicio.

El recurso de nulidad, es uno de los pocos medios de impugnación ordinarios que no gozan de plena autonomía, toda vez que el régimen procesal lo subsume en el recurso de apelación (art. 253).

El error que se persigue advertir por este carril es de procedimiento, antes que buscar la revocación de una decisión por su injusticia (error in *iudicando*).

Razones de economía procesal, que tienden a limitar en todo lo posible la declaración de nulidad, con su consecuente efecto de la pérdida de tiempo y el desgaste jurisdiccional que significa reproducir las actuaciones anuladas y las vinculadas, ha llevado a que las legislaciones procesales hayan evolucionado restando autonomía al recurso de nulidad, y abriendo camino a la vigencia del principio que Carnelutti denominará “la absorción de la invalidación por la impugnación”¹⁹⁷.

El trámite se rige por iguales disposiciones que el recurso de apelación. Entre sus requisitos de procedencia se citan: a) Las resoluciones deben ser *apelables*; b) el

¹⁹⁷ Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel, *Recurso de Nulidad, Recursos Judiciales*, op. cit., p. 125 y ss.

recurrente tiene la carga de agraviarse explícitamente sobre la nulidad de la sentencia, denunciando con autonomía en el escrito de *fundamentación*, cuál ha sido el perjuicio cierto e irreparable que el vicio le ha producido; c) existencia del vicio, entre los que podemos referenciar: La omisión de la fecha, el error sobre el nombre de las partes que imposibilita la ejecución de lo decidido, el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas o articuladas extemporáneamente, la omisión de pronunciamiento sobre cuestiones esenciales, la falta o insuficiencia de fundamentos.

La impugnación se refiere a vicios de la sentencia misma o del procedimiento que la precedió.

En el primer caso, el Tribunal *ad quem* tiene competencia no solo para anular, sino también para emitir un nuevo pronunciamiento. Es decir, está facultado tanto para emitir un juicio negativo (*iudicium rescindens*) como el positivo (*iudicium rescissorium*).

Si lo que se cuestiona es la validez del procedimiento, limitan la competencia del Tribunal de alzada a la emisión del “*iudicium rescindens*”, ya que la existencia de un vicio anterior afecta a todo el proceso circunstancia que impide la resolución sobre el fondo del asunto. Bajo estas circunstancias deberá devolverse el expediente al mismo magistrado de primera instancia para reinstaurar el proceso desde el acto invalidado, aunque algunas legislaciones provinciales prevén que sea otro magistrado el que intervenga (Corrientes, Mendoza, Santa Fe, Código General del Proceso Uruguayo).

CAPÍTULO XXIV

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

281. ¿Qué son los recursos extraordinarios?

Los recursos extraordinarios tienen funciones predeterminadas por la ley. Persiguen esencialmente afianzar la seguridad jurídica estableciendo un control sobre la uniformidad en la aplicación del derecho objetivo, y un ejercicio razonable del control de constitucionalidad.

La sentencia pronunciada por la CSJN de EEUU en el famoso caso “Marbury vs. Madison” (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental.

La característica común de ellos es que activan un control *a posteriori*, a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

En tal sentido, una vez decidida la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada, se pueden dar tres tipos de actividades:

- a) Control de la norma a través de un proceso planteado directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción)
- b) Control de la norma promovido en una instancia abierta, de manera que actúa como incidente de inconstitucionalidad o excepción,
- c) Control de la norma resuelto de oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido solo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto *erga omnes*), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

En nuestro país no existe un sistema común para el control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que cada provincia (Estado) cuenta con una estructura judicial piramidal que se encarga de resolver en su ámbito los conflictos constitucionales que suceden.

En estas provincias coexisten códigos procesales y normas fundamentales (constituciones locales) que desenvuelven mecanismos diferentes entre ellas para realizar la misma tarea de fiscalización.

Además, no hay sistema alguno de cooperación para la armonía o unificación constitucional, de modo tal que se puede afirmar que el carácter federal lleva a que en cada jurisdicción, el control esencial de constitucionalidad, es para el cumplimiento de las leyes supremas locales; luego, si la cuestión constitucional contrae alguna de las llamadas cuestiones federales (es decir, los conflictos donde se encuentra vulnerada la Constitución Nacional) puede llegar a intervenir la CSJN.

En el orden federal, se reglamentaron dos modelos: uno pensado para resolver las cuestiones federales siguiendo el trámite del recurso extraordinario de inconstitucionalidad; y otro para unificar la jurisprudencia aplicable en el ámbito de los tribunales nacionales, con el mecanismo del recurso de inaplicabilidad de ley. Sin embargo, este último se verá modificado por una reciente reforma que crea los Tribunales de Casación y con ello regula el tratamiento de tres recursos específicos.

282. ¿Qué recursos se incorporan al Código Procesal?

La Ley 26.853¹⁹⁸ crea las Cámaras Nacionales de Casación en lo Contencioso Administrativo, Trabajo, Seguridad Social y Civil y Comercial, y consagra legislativamente los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión. Como consecuencia de ello, en lo esencial, se modifican los artículos 288 a 301 del CPCC y se deroga la obligatoriedad de los fallos plenarios (arts. 302 y 303 del CPCC).

Si embargo, las referidas Cámaras no han sido creadas aun, por lo que se ha debido interpretar cuál es el alcance de la reforma y en especial qué suerte han seguido las disposiciones derogadas por la nueva ley.

Por ejemplo, el criterio mayoritario de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil entiende que ante la falta de constitución de las Cámaras de Casación la nueva ley no se encuentra vigente, lo que significa entender que se mantiene el texto originario del código procesal, y con ello la obligatoriedad de los fallos plenarios.

La consecuencia no es menor, dado que de entender la plena vigencia de la reforma aun sin la efectiva constitución de los Tribunales que ella crea, supone que la doctrina elaborada en pleno por parte de las Cámaras de Apelaciones sobre infinidad de aspectos del derecho común, ya no será obligatoria para los magistrados de sus respectivas Salas ni tampoco para los jueces de grado. Se retorna así a la inseguridad jurídica que precisamente se buscó evitar.

Con o sin Cámaras en funcionamiento, la reforma ha traído un efecto que no depende de aquellas: se ha eliminado la posibilidad de unificación de la jurisprudencia de las distintas salas que integran cada uno de los tribunales de apelaciones. Se configura así el riesgo de serias desigualdades en el tratamiento de los justiciables, que dependerán nuevamente del criterio adoptado por cada Sala.

282.1 ¿Qué es el recurso de casación?

Se define como [...]

“El medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio”¹⁹⁹.

La aclaración se compagina con los supuestos que el código de rito expresamente prevé para la viabilidad de este medio impugnativo, a saber, supuestos de

¹⁹⁸ SANCIONADA el 24/04/2013; promulgada el 9/05/2013.

¹⁹⁹ DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 187.

errores *in iudicando* e *in procedendo*. En ambos casos, lo que se procura es la correcta aplicación del Derecho, de allí su denominación (recurso de casación)²⁰⁰.

Este recurso procede respecto de sentencias definitivas o resoluciones equiparables a ella. Como novedad permite articularlo también respecto de resoluciones que suspendan los efectos de actos estatales u otras medidas cautelares y contra las que declaren formalmente inadmisibles las pretensiones contenciosas administrativas.

282.2 ¿Cuáles son las causales que habilitan la interposición de este recurso?

La norma actual prevé diferentes situaciones, según el vicio que se advierta en el fallo a impugnar:

- “1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales.
3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.
4. Arbitrariedad”.

282.3 ¿Cuál es el trámite del recurso de casación?

El interesado deberá interponer el recurso por escrito, debidamente fundado e individualizando concretamente la causal en que se sostiene la impugnación, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución en crisis y ante el órgano que la dictó. No solo deberá indicar cuál ha sido el error en que se ha incurrido sino también cuál es la interpretación adecuada que se espera sea confirmada mediante esta herramienta procesal.

Del escrito se dará traslado a la parte contraria por el término de diez (10) días por cédula o notificación personal. Contestado o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal que dictó la resolución impugnada deberá pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso. Si lo admite tendrá que dar intervención a la Cámara de Casación, quien – previa vista al Ministerio Público Fiscal – contará con un plazo de ochenta (80) días para “casar” y resolver el conflicto, dictando su fallo declarando la doctrina que estime aplicable.

Si se hubiera desestimado el recurso, el interesado puede ir en queja ante la Cámara de Casación que corresponda.

La concesión del recurso supone la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida.

Ahora bien, si el vicio atacado fuese la inobservancia de las formas procesales, el Tribunal de Casación de verificar la causal invocada, deberá anular lo actuado y remitir las actuaciones al Tribunal de Apelaciones para el dictado de la sentencia correspondiente.

282.4 ¿Cómo funciona el recurso de inconstitucionalidad?

²⁰⁰JATIP, Jimena, en *Tratado de los Recursos*. tomo III, Marcelo Sebastián MIDÓN dir., Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2013, p. 39 y ss.

Este recurso se endereza exclusivamente a enmendar el apartamiento de la inteligencia dada a cláusulas y materias regidas por la Constitución Nacional. Procede respecto de las mismas resoluciones que el recurso de casación y el trámite no difiere.

Sin embargo una vez admitido el recurso, la Cámara de Casación resolverá declarado la constitucionalidad o inconstitucionalidad del fallo recurrido y en su caso confirmará o revocará la decisión impugnada.

282.5 ¿Qué es el recurso de revisión?

Aquí se incorpora una verdadera novedad al menos para el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues se incorpora una herramienta que permite revisar resoluciones con fuerza de cosa juzgada²⁰¹. Si bien procede respecto de las mismas resoluciones analizadas en los párrafos precedentes, aquí el punto distintivo reside en que el fallo esté precedido de una seria irregularidad declarada en un fallo posterior.

El planteo recurrente ha de presentarse por escrito dentro de los 30 días de dictado el fallo que reconoce la irregularidad –acompañando copia de tal resolución–. Sin embargo existe un límite temporal: nunca podrá admitirse si han transcurrido más de 3 años de dictado el fallo que pretende modificarse.

La admisión del recurso no posee efecto suspensivo, salvo expresa petición de parte interesada quien deberá prestar caución suficiente.

Admitido el recurso, la Cámara de Casación podrá anular el fallo y mandar a que se realice un nuevo juicio, o bien dictar sentencia concluyendo con el conflicto.

283. ¿Cómo funciona el recurso de inaplicabilidad de ley?

Cabe destacar que con anterioridad a la sanción de la Ley 26.853, el único recurso enderezado a unificar la jurisprudencia era el recurso de inaplicabilidad de ley. A tenor de la ley citada, este último ha sido derogado; sin embargo, la falta de constitución de las Cámaras de Casación que habrán de conocer sobre los nuevos recursos legislados, impone el interrogante sobre si las disposiciones de los arts. 288 a 303 se encuentran inalteradas o han quedado modificadas y derogadas según corresponda.

Tal como se ha anticipado, el criterio mayoritario insiste en que las normas no han sido derogadas y se mantienen vigentes hasta tanto se creen efectivamente los nuevos Tribunales de Casación. Otra interpretación posible es que si bien los fallos plenarios dejarían de ser obligatorios, las Salas y juzgados adhieran a la doctrina allí sentada. Solo un sector minoritario entiende que los artículos 302 y 303 estarían derogados²⁰².

Por lo expuesto, entendemos necesario ahondar en el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad, hasta tanto exista certeza sobre los efectivos alcances de la reforma.

²⁰¹ En tal sentido, el art. 395 inc. 4º, del Código de la Provincia de Córdoba ya contemplaba este recurso de revisión, y por la misma causal, aunque también admite otras.

²⁰² CNCiv. Sala I. “C. L. A. c/ D. S. R. O. s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)”, 29/10/2013. Leguisamón, Héctor. *Algunas reflexiones más sobre el nuevo recurso de casación y la pérdida de obligatoriedad de los fallos plenarios*, El Dial, 26/8/2013 -elDial.com- DC1B2A.

El sistema estaba reglado en los arts. 288 a 303 del código procesal federal, que se había propuesto un objetivo claramente delineando en sus alcances: la uniformidad jurisprudencial en materia de interpretación de la ley dentro de un fuero y con la condición de que se estuviera en presencia de sentencias definitivas.

El procedimiento consistía en atacar la sentencia definitiva que dictaba una de las Salas de la Cámara respectiva, procurando que se dejara sin efecto por alterar la doctrina plenaria.

El recurso era admisible cuando una sentencia contradijera la doctrina establecida por algunas de las salas de la Cámara en los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido. Por lo tanto si el precedente invocado fuera de fecha anterior al plazo indicado, la impugnación no procedía

El requisito siguiente era la indicación precisa del precedente. Así lo confirma otro plenario al sostener que, es presupuesto del recurso de inaplicabilidad de ley que el recurrente haya invocado el precedente con anterioridad al pronunciamiento del fallo (CNCiv., en pleno, 1979/06/29, “Jomich, Nadia c. La Vencedora”, La Ley, 1979-D, 3).

283.1 Antigüedad del precedente

La contradicción entre el fallo de la Sala y la doctrina plenaria no debía ser mayor de diez años contados a la fecha de la sentencia que se recurría; tiempo que no se debía confundir con la vigencia del plenario establecido en el artículo 303 párrafo final.

Esta perduración *sine die* planteaba otro conflicto en la interpretación constitucional de los hechos y el derecho aplicable, porque cuando la Corte interviene en cuestiones federales origina sentencias que determinan la inteligencia final que se acuerda a disposiciones de la norma fundamental, las cuales podrían estar contrariadas por un fallo plenario.

Nuestro sistema institucional organiza el mecanismo de control constitucional con base en el sistema americano, es decir que otorga a todos y cada uno de los jueces, la potestad de fiscalizar la supremacía de la carta superior del Estado.

En cambio, un juez o una sala de la Cámara que había dictado el fallo plenario no se podía apartar de la orientación establecida, aun cuando se planteara su inconstitucionalidad.

El control difuso permitido a todos los jueces quedaba de este modo desvirtuado e inoperante por la aplicación de un precedente obligatorio que condicionaba la libertad de actuar del juez *a quo*.

En otros términos, se imponía una renuncia al conocimiento y al deber de conciencia que tiene todo juez que tiene como función esencial a su cargo, señalar las incongruencias legislativas.

En definitiva, el apartamiento sin regla expresa que lo prohíba para evitar que los jueces realicen efectivo control de constitucionalidad, nos parece que constituye un supuesto de denegación de justicia, mucho más desde nuestra óptica que acepta el control de oficio.

283.2 Sentencia definitiva

El recurso de inaplicabilidad de la ley solo era admisible con relación a las sentencias definitivas, entendiendo por tales aquellas que terminan el pleito o hacen imposible su continuación (arts. 288 y 259, parte 1ª, CPCCN).

Encuadran dentro de la última categoría las resoluciones judiciales que, sin llegar a constituir una sentencia definitiva, impiden la continuación del proceso. Fuera de estos casos, el recurso era inadmisibile, aunque la resolución que lo motivara causara un gravamen irreparable.

283.3 Trámite

El procedimiento del presente recurso no variaba la técnica que divide la admisión formal ante el juez *a quo* y la decisión sustancial del tribunal *ad quem*; de manera que el plazo de diez días para formalizarlo se debía concretar ante la Sala que dictaba el fallo. Como se trataba de una sentencia definitiva, la notificación era personal o por cédula, y desde el día siguiente a que ello ocurría comenzaba el cómputo del término procesal.

Deducido el recurso se debía indicar: a) el carácter de sentencia definitiva que tenía el fallo pronunciado que se atacaba; b) indicación con precisión de cuál era la contradicción que contenía la sentencia respecto a la doctrina legal que tenía la Cámara respectiva, y c) mención concreta del lugar y oportunidad en que se introdujo el precedente que se intentaba hacer valer en la causa, así como su correspondencia con el fondo sustancial que se había resuelto.

En este capítulo era menester indicar dónde se había publicado el precedente y todos los demás datos que permitieran su individualización. Así lo indica el plenario que sostiene que debía señalarse el fallo contradictorio con la debida precisión, de manera que se facilite a la Sala el cotejo de la interpretación jurídica del caso con la doctrina establecida en el precedente; siendo inhábil la invocación cuando se cita defectuosamente la Sala en que se originó el precedente, y la remisión al diario que lo publicó es insuficiente por no indicar el número del sumario correspondiente (CNCiv., en pleno, 1979/6/29, La Ley, 1979-D, 211).

La fundamentación del recurso se debía de sostener en la aplicación obligatoria de la doctrina plenaria que previamente se había introducido en la causa (art. 277), pues de otro modo existía improcedencia por extemporaneidad, o insuficiencia por no ser una crítica concreta, razonada y autosuficiente contra la parte del fallo que se consideraba equivocada.

Como se advierte, no se trataba de adecuar la prueba ni los hechos con las pretensiones planteadas, sino de demostrar al tribunal que, debiendo la causa ser resuelta sobre la orientación legal establecida en un fallo plenario, oportunamente denunciado en autos; en realidad se decidió con manifiesto apartamiento a las constancias de dicha denuncia y sin fundar las razones por las que no se aplicaba el precedente *prima facie* obligatorio.

Del recurso se corría traslado a la contraparte por el término de diez días, que se notificaba personalmente o por cédula (Cfr. doctrina art. 257 párrafo segundo).

283.4 Juez del recurso

No obstante lo dispuesto con relación a la sala que debía intervenir en el tratamiento de la procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley, aquella que pronunció el fallo que motivaba el recurso estaba habilitada para desestimarlos sin más trámite, si el recurrente había omitido invocar los precedentes jurisprudenciales a los que aludía el artículo 288, y el recurso de apelación había sido declarado desierto.

Las reglas dispuestas en el plenario de la Cámara Federal (1967/1/12, ED 21-165) indica que: a) si el recurso fuera interpuesto respecto de una sentencia dictada por la sala civil y comercial resolverá su admisibilidad la sala en lo contencioso administrativo; b) si fuera interpuesto respecto de una sentencia de la sala en lo contencioso administrativo, resolverá la admisibilidad la sala en lo penal, y c) si fuera interpuesto respecto de una sentencia dictada por la sala en lo penal resolverá la admisión formal la sala en lo civil y comercial.

La Sala que seguía en orden de turno a la que dictó la sentencia recurrida, debía establecer el cumplimiento de los requisitos antes explicados.

Finalmente, cabe aclarar que la irrecurribilidad sentada, no es óbice para la resolución que expresa que el tribunal en pleno se encuentra impedido de modificar los alcances con que ha sido articulada la cuestión dada la carga impuesta al reclamante por el artículo 292, desde que el principio afecta a las partes no vinculando al tribunal; máxime cuando ocurre que el decreto que declara reunidos los extremos del artículo 293 del Código Procesal, omite declarar la materia controvertida y el Presidente del cuerpo no fija la cuestión objeto de la convocatoria (art. 296) (CNCom., en pleno, 1987/06/12, “Hormigonera Necochea, S. A. c. Metalúrgica Necochea, S. A.”, La Ley, 1987-C, 386).

283.5 Resolución del presidente. Redacción del cuestionario

Decía el artículo 294: *Recibido el expediente, el presidente del tribunal dictará la providencia de autos y, firme esta, determinará la cuestión a resolver; si fueren varias, deberán ser formuladas separadamente y, en todos los casos de manera que permita contestar por sí o por no.*

Una vez que llegaba al presidente del tribunal de admisión, se debía dictar la providencia que pusiera los autos en estado de resolver, quedando a cargo del secretario de jurisprudencia el control de las actuaciones. A estos efectos se debía llevar un protocolo especial.

Firme la providencia anterior, se debían fijar las cuestiones objeto del plenario, las que se presentaban como interrogantes que los restantes miembros de la Cámara podían responder por sí o por no, como lo ordenaba el artículo 295, hoy modificado.

El Reglamento para la Justicia Nacional Civil determina que [...]

“En los casos previstos por los arts. 293 y 302, segundo párrafo del Código Procesal, el Presidente hará llegar a cada camarista en la oportunidad a que se refiere el art. 295, la comunicación dispuesta por el art. 301, a los fines de la suspensión de los pronunciamientos.

Esta comunicación será entregada en forma simultánea a cada juez o en su ausencia al secretario de la Sala, quienes firmarán la recepción, dejándose constancia de la remisión en el expediente por nota suscripta por el secretario de actuación. Se entenderá que media conformidad, si al vencimiento del plazo que contempla el art. 295 del Código Procesal, los camaristas no hubieren formulado objeción alguna mediante nota dirigida al presidente...” (art. 68).

La convocatoria tenía como objeto establecer si existía unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarían constituidas la mayoría y la minoría.

El tema definitivo lo ordenaba el Presidente de la Cámara, sin perjuicio de las opiniones que hubiera recibido de cada uno de los miembros de las Salas. Contra esta decisión no había recurso posible, de modo tal que transcurridos los diez días señalados con anterioridad, se debía fijar la redacción de la cuestión plenaria.

283.6 El acuerdo plenario

Al ser convocado el acuerdo, se debía entregar a las Salas y a la Fiscalía de la Cámara un informe preparado por el Secretario de Jurisprudencia, que contuviera los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios relativos a la cuestión sometida a decisión.

En el acuerdo previsto por el artículo 297 del Código Procesal hoy modificado, debía constar una síntesis del dictamen del Fiscal de Cámara y podían designarse los redactores de los proyectos. Las copias de estos eran entregadas a los camaristas por la Secretaría de Jurisprudencia, dentro de los primeros veinticinco (25) días del plazo fijado por el artículo 298, primera parte, del Código citado, en la misma forma establecida para la comunicación contemplada por el artículo 68 del RJNC. Los proyectos conformados eran devueltos con las modificaciones propuestas, cinco días antes del vencimiento de aquel plazo, en caso contrario se entendía que mediaba aquiescencia.

“Con los proyectos definitivos obrantes en la Secretaría se procederá a la redacción y firma de la sentencia plenaria.

“En el caso previsto en la segunda parte del artículo 298, los jueces podrán realizar las aclaraciones y las ampliaciones de fundamentos que consideren pertinentes” (art. 69 RJNC).

La mayoría se computaba de acuerdo con el número de jueces que integraban nominalmente la Cámara, es decir que no se tenía en cuenta la cantidad de jueces efectivamente en ejercicio, ni los que estuvieren presentes en el acuerdo plenario.

Por ello, explica Fenochietto que las ausencias de algunos de los miembros requieren la integración de la Cámara en legal forma (art. 31, decreto/ley 1285/58), constituyendo otra circunstancia que se agrega al cúmulo de problemas que afrontaba este recurso, mucho más si se tiene en cuenta que actualmente, la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil se integra con trece Salas que no están totalmente integradas, sin contar con las licencias de distinto registro que continuamente se constata²⁰³.

Uno de los mayores aciertos de la ley 22.434 lo constituyó la modificación en su momento del artículo 293 del Código Procesal de la Nación, que permitía que la sala que siguiera en orden de turno a la que dictara el fallo recurrido, determinara si concurrían los requisitos de admisibilidad, si existía contradicción y si el recurso había sido suficientemente fundado. Con anterioridad era la cámara en pleno la que resolvía por mayoría absoluta de votos si había o no contradicción entre la doctrina de la sentencia y el precedente invocado, situación que era causa de importantes demoras, ya que el tribunal en pleno era convocado a aquel solo efecto.

²⁰³ FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 155.

Recibido el expediente por el presidente de la cámara (es decir, de todas las salas) tenía la delicada función de fijar el tema del plenario, la que era determinada una vez firme la providencia de autos que debía notificar, debiendo la doctrina legal obligatoria circunscribirse a la cuestión establecida art. 294 del CPN, hoy modificado). Los restantes miembros del tribunal podían formular objeciones respecto de la redacción del tema pero la decisión final era del presidente y, una vez oído a los camaristas, su decisión era obligatoria.

Si fueren varias las cuestiones, debían ser formuladas separadamente y en todos los casos de manera que permitiera contestar por sí o por no.

Acto seguido, el presidente hacía llegar en forma simultánea a cada uno de los integrantes del tribunal copias del memorial y de su contestación, si la había, y un pliego que contenía la o las cuestiones a decidir, requiriéndoles para que dentro del plazo de diez días expresaran su conformidad o en su caso, formularan las objeciones que estimaran corresponder, conforme art. 295 del CPN hoy modificado).

Vencido el plazo anteriormente referido, el presidente mantenía las cuestiones o si a su juicio correspondiere, las modificaba atendiendo las sugerencias que le hubiesen sido formuladas art. 296 del CPN, hoy modificado).

Fijadas las cuestiones, el presidente convocaba a un acuerdo, dentro del plazo de cuarenta días, para determinar si existía unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarían constituidas la mayoría y la minoría art. 297 del CPN). En este acuerdo los integrantes votaban en función de la corriente de interpretación que sustentaban, de esta votación se formaban la mayoría y la minoría, debiendo expresar los fundamentos de su voto en forma conjunta e impersonal dentro del plazo de cincuenta días de celebrado el acuerdo art. 298 primer párrafo del CPN, hoy modificado).

Si alguno de los jueces, deseaba efectuar alguna aclaración, ampliación o fundamentación distinta, tenían diez días para hacerlo, contados a partir del vencimiento del plazo precedentemente establecido (cfr. art. 298, párr. 2º, CPN).

La resolución se adoptaba por el voto de la mayoría de los jueces que integraban la cámara y en caso de empate decidía el presidente (cfr. art. 299 del CPN hoy modificado).

La cámara no resolvía el fondo de la cuestión en debate, se limitaba a fijar la doctrina legal obligatoria: si ella coincidía con la de la sentencia recurrida, el fallo quedaba firme, si no era coincidente se pasaban las actuaciones a la sala que resultara sorteada para que pronunciara nueva sentencia, de acuerdo con la doctrina establecida (cfr. art. 300 del CPN, hoy modificado).

Disponía el artículo 301 que declarada la admisibilidad del recurso, el presidente del tribunal notificaba a las salas para que suspendieran el pronunciamiento definitivo en las causas en que se debatieran las mismas cuestiones de derecho; el plazo para dictar sentencia se reanudaría cuando recayera el fallo plenario. Si la mayoría de las salas de la cámara hubiere sentado doctrina coincidente sobre la cuestión de derecho objeto del plenario, no se suspendía el pronunciamiento y se dictaba sentencia de conformidad con esa doctrina.

283.7 Convocatoria de oficio

A iniciativa de cualquiera de las salas, la cámara podía reunirse en tribunal plenario con el objeto de unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.

Es evidente que en este último supuesto no se trataba de un recurso; máxime que la convocatoria a iniciativa de una sala debía efectuarse antes del dictado de la sentencia definitiva²⁰⁴. Sin embargo, cuando era la parte quien se sentía agraviada por una interpretación de la ley en que se fundara la sentencia que la perjudicaba, que contradecía la de otra sala del mismo tribunal, aparecían todos los caracteres de los recursos y nos encontrábamos frente a una casación restringida, con reenvío²⁰⁵.

La Ley 26853 ha eliminado esta posibilidad de autoconvocatoria.

283 8 Obligatoriedad de los fallos plenarios

La doctrina plenaria que se establecía era obligatoria para los jueces de primera instancia del mismo fuero que pronunciaba el acuerdo, aunque pudieran dejar a salvo su opinión en contrario.

Cuando el art. 303, declaraba que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria sería obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquella fuera tribunal de alzada, y solo era susceptible de modificarse por medio de otro plenario, repetía lo dispuesto en el art. 27 del decreto/ley 1285/58; y se integraba con el art. 288 que reglamentaba el recurso se inaplicabilidad.

Sin embargo, el desenvolvimiento natural de estas disposiciones encontraba numerosos condicionantes que limitaban su función unificadora.

La crítica principal que se levantaba contra la obligatoriedad de los fallos plenarios provenía del sistema de control de constitucionalidad que rige entre nosotros, habiéndose dicho que no puede ser llevada al extremo de negar la libertad creativa del juez en la interpretación de la norma; ya que si se entiende que “el juez crea derecho”, su tarea hermenéutica no puede variar en su esencia cuando debe aplicar una norma, surja esta norma de la tarea legislativa o de un tribunal reunido en pleno. Limitar la libre tarea del juez, llevaría a una situación que, puede significar el producto de una dañina penetración de la burocracia en el ámbito judicial (CNCiv., Sala B, 1985/12/06, “Ancarola, Héctor F. c. Tutundjián, Simón.”, La Ley, 1986-D, 245).

Pero no son únicamente cuestiones constitucionales las que afectaban este precepto del código y la eficacia que se pretendía; también la exposición de motivos de la ley 17.454 dijo que “no ha cumplido plenamente los fines que se tuvieron en vista al establecerlo”, y a pesar de procurarle una estructura más flexible, no ha conseguido esos objetivos pues resultaba de una exagerada formalidad los requisitos que se establecen para la admisión del recurso.

Inclusive, no escapaba al análisis de la doctrina que, si el objetivo era unificar la jurisprudencia, el remedio se podía reemplazar con la casación, sea resuelto en un recurso propio o por medio de un tribunal especial. Tal observación parece haber tenido acogida parlamentaria con la ley 26853.

²⁰⁴ Cám. Nac. Civ., en pleno, 28/9/84, La Ley, 1984-D, 347.

²⁰⁵ ARAZI, Roland, “Recurso de Inaplicabilidad de ley. Medios de Impugnación II”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 1999.

Además, otros habían sostenido que la obligatoriedad del fallo plenario era inconstitucional. En tal caso, la cuestión de inconstitucionalidad del fallo plenario, por vía de hipótesis, se debía plantear en el momento de oponer excepciones, si se hallaba vigente la doctrina cuya aplicación se cuestionaba.

Adherimos a esta corriente, porque son varias las resistencias que presentaban los fallos plenarios. La primera era de orden constitucional.

En efecto, decía Sartorio que la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria configura una expresa delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial que, por lo tanto, constituyen una trasgresión al principio constitucional de la división de poderes²⁰⁶.

Soler, por su parte, refería como francamente contrarias al art. 31 de la Constitución Nacional la prelación de normas que se derivaba del acuerdo respecto de las leyes que en contrario regulasen la situación²⁰⁷.

Nosotros, oportunamente, sostuvimos que la problemática constitucional es un aspecto superado, aunque no resuelto, porque la jurisprudencia repetidamente no se detiene en este aspecto porque prefiere armonizar la lectura con las facultades de interpretar la ley.

Por eso, esa peculiaridad deductiva que permite nuestra Constitución según quien sea el intérprete o ideólogo que la explique, aunque no nos convence, ha logrado solapar un problema de trascendencia²⁰⁸.

Los jueces no crean la ley, solo la interpretan ha dicho la CSJN, agregando que la reunión plenaria de las cámaras nacionales de apelaciones, solo se justifica cuando el caso a decidir requiera la interpretación legal cuestionada o haga posible la unificación de jurisprudencia. De manera que si las juntas plenarios son admisibles para restaurar la unidad del tribunal de apelación, superando la división en Salas que impone el cúmulo de la labor judicial, no lo serían fuera de los límites del proceso, porque entonces sus decisiones serían abstractas e invadirían facultades propias del Poder Legislativo, como es la de aclarar sus propias leyes (art. 4º, Código Civil), vulnerando en consecuencia, el principio de la división de poderes (fallos, 249:22).

Otra resistencia provenía por la afectación al principio que establece la *cosa juzgada*.

Este desfasaje pervive en dos situaciones: una respecto de los límites objetivos y subjetivos que cabe otorgar a la *res judicata*, y la otra atiende a la temporalidad del efecto y a la eventual revocabilidad que derivaría del acuerdo jurisprudencial.

Fue Guasp quien advirtió en la existencia de efectos procesales de la decisión judicial la posibilidad de alterar la cosa juzgada en dos secuencias: una de carácter declarativo (influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración de orden

²⁰⁶ SARTORIO, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad*, La Ley, tomo. 96 p. 799.

²⁰⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª edición, Tea, tomo I, Buenos Aires, 1976, p. 124.

²⁰⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A., “Alcance y vigencia de los fallos plenarios”, *Respuestas Procesales*, primera parte, Ediar, 1991, Buenos Aires, p. 283.

jurisdiccional) y otra de carácter ejecutivo (influencia del fallo en posteriores actividades de ejecución)²⁰⁹.

Esta clasificación nos interesa en el primer aspecto. La cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en tres dimensiones distintas. El primero comprende a las personas, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; la segunda se ocupa del objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y el tercero se entiende como la prolongación del tiempo de la eficacia de la sentencia.

Si observamos cómo opera la obligatoriedad del fallo plenario, con relación a los sujetos ocurre un hecho donde no se verifica que la interpretación dada para una situación legal suscitada entre partes, ocurra con el acuerdo plenario que, en principio no trabaja sobre el precepto *res judicata pro veritate habetur*.

En realidad no hay cosa juzgada alguna.

Lo mismo sucede con el ámbito objetivo, donde es muy difícil encontrar una paridad tal de pretensiones que determinen la simetría del supuesto, para que con toda libertad se pueda aplicar analógicamente la doctrina del precedente jurisprudencial obligatorio.

En todo caso el acuerdo plenario puede indicar una orientación a seguir, pero nunca podrá resolver en el tema como si estuviese diciendo en concreto.

La opinión sugerida tiene valor interpretativo pero no puede ser obligatoria, porque extenderá el efecto de la cosa juzgada a otro proceso, y hacia terceros que no se vinculan.

En los hechos, el acuerdo plenario no se concilia con el instituto de la cosa juzgada; tampoco se emparenta, pero sus enfrentamientos son permanentes por el roce que causa el peligro de la retroactividad de la ley.

Por eso había dicho Podetti que la modificación de un fallo plenario no debe afectar a las consecuencias de las relaciones y actuaciones jurídicas existentes, porque tal modificación no puede incidir sobre los negocios jurídicos celebrados teniendo en cuenta la primitiva doctrina plenaria, aunque su juzgamiento por los tribunales se realice estando vigente el nuevo plenario²¹⁰.

En consecuencia, un nuevo obstáculo para aceptar la obligatoriedad del fallo plenario se encuentra en el conflicto que suscita esta al retrotraer su acción al tiempo en que entró a regir la ley que interpreta, con lo cual se pueden hallar posibilidades retroactivas que comprendan situaciones jurídicas consumadas.

284. ¿Cómo funciona el recurso extraordinario de apelación ante la CSJN?

En nuestro país, el recurso extraordinario nació con el fin de permitir que la CSJN se convirtiera en el último intérprete de la Constitución Nacional.

La Ley 48 en los arts. 14 y siguientes, reglamentó las llamadas “cuestiones federales” que permitían llegar al supremo tribunal.

²⁰⁹ GUASP, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963, p. 437.

²¹⁰ PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, p. 308.

El recurso es formalmente exigente, y deben cumplirse los siguientes requisitos:

284.1 Pedido de parte interesada

El principio establecido por la Ley 27, convalidado por la CSJN, en doctrina que persiste, establece que “nunca procede de oficio –la justicia nacional– y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte”.

Además, existen algunas limitaciones precisas (auto restricciones del órgano) que impiden actuar cuando se dan algunos de estos supuestos:

- a) que no sea estrictamente necesario determinar el ajuste constitucional de la norma para la decisión definitiva del litigio;
- b) si no existe perjuicio para quien alega la crisis normativa;
- c) cuando no está en peligro el equilibrio de poderes;
- d) d) que exista interés suficiente para obrar.

284.2 Legitimación para plantear la cuestión constitucional

La razón de imponer un derecho propio para accionar tiene una explicación lógica en el pensamiento jurídico.

Dicha asociación responde al concepto de “derecho subjetivo”, que supone la propiedad individual de un derecho a través de la protección normativa (derecho objetivo).

La primera regla del sistema difuso es esta: para reclamar la inconstitucionalidad de una ley se debe contar con un derecho efectivamente existente, que sea propio, y que esté actualmente violentado perjudicando algún principio o garantía constitucional.

Algunas veces la abstracción del derecho, o su pertenencia indiscriminada sin reconocer individualidades en la legitimación, abren ciertos interrogantes por la categoría de los llamados “derechos o intereses difusos”, pero la jurisprudencia habilita alternativas en beneficio de una mejor consolidación del derecho a la tutela judicial.

Estos principios consagrados en la jurisprudencia y en algunos ordenamientos legales, son duramente criticados, aunque existen valiosas disidencias que justifican la legitimación exigida.

284.3 Actualidad del perjuicio

Este criterio tradicional en la doctrina de la CSJN, produce, como principal efecto, impedir las acciones declarativas de inconstitucionalidad. Es decir, evitar que se dicte una inconstitucionalidad sin que haya perjuicio directo e inmediato a una persona o cosa, y en una causa determinada que mantenga el interés del conflicto.

Sin embargo, la exigencia del gravamen actual y concreto está en proceso de revisión, al confrontarse con hechos contrarios a derechos, cuya incertidumbre jurídica obliga a esclarecimientos precisos e inmediatos, aun sin tener acreditado el agravio personal y directo.

La importancia de los planteos constitucionales lleva a que no puedan emitirse sentencias de valor académico que no transfieran sus decisiones a un caso concreto en el que perviva el conflicto de derecho.

284.4 Demostración efectiva del conflicto normativo

El planteo debe referir con exactitud a la cuestión constitucional, indicando con claridad y fundamentos cuáles son los aspectos de la norma atacada que generan la afectación a derechos fundamentales.

El agravio puede ser potencial o de aparición inminente, en cuyo caso se admite bajo el concepto de “amenaza” la intervención preventiva del órgano jurisdiccional.

Siempre es deber de la parte interesada sostener sus agravios, demostrando de qué manera se produce la inconstitucionalidad y cuáles serían las soluciones (inaplicabilidad, nulidad, anulabilidad, etc.) que debieran aplicarse.

284.5 Las cuestiones federales

Las cuestiones constitucionales se presentan en dos grandes campos:

- a) Las llamadas cuestiones constitucionales “simples”; y las
- b) cuestiones constitucionales “complejas”.

Las primeras se vinculan siempre con la interpretación directa de normas o actos de naturaleza federal que ponen en crisis a disposiciones de la Constitución Nacional.

Las segundas, en cambio, se ocupan de los denominados “conflictos de constitucionalidad”, es decir, al enfrentamiento entre normas o actos de carácter infraconstitucional con la Carta Fundamental.

En las cuestiones simples es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, porque el derecho común o local está fuera de la posibilidad interpretativa que puede realizar el juez de la causa. En su lugar, la tarea de inteligencia y encuadre en el principio de la supremacía recae sobre la propia Constitución federal, las leyes federales, los tratados, los decretos reglamentarios de leyes federales, los reglamentos autónomos del poder ejecutivo, y los actos federales de órganos del gobierno nacional.

El planteo de las cuestiones complejas, a su turno, muestran dos senderos. Uno transita la colisión entre una norma infraconstitucional (v.gr.: ley local o federal; actos de autoridad local o federal, etc.) con la Constitución. Estas se llaman cuestiones constitucionales “complejas directas”. El otro se refiere al enfrentamiento entre normas o actos de autoridades federales, con otras de similar carácter o condición (v.gr.: entre un decreto reglamentario y una ley; entre una ley federal y un decreto provincial; entre actos federales y provinciales, etc.). A estas se las conoce como cuestiones constitucionales “complejas indirectas”.

284.6 Cuestión justiciable

Las cuestiones políticas constituyen una valla para el control difuso pues excluye el control judicial. Están inmersas en una categoría más amplia: “las cuestiones

no justiciables”, y en verdad, resulta por demás complejo ofrecer una noción precisa sobre los actos que abarcan.

Esta asimilación de las cuestiones políticas a los actos de gobierno, si bien recibe el beneplácito legislativo, e inclusive, de algunas leyes fundamentales, lo cierto es que constituyen una verdadera y arbitraria excepción para el control efectivo de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, en la exageración de estas cuestiones ha contribuido el mismo Poder Judicial, porque han sido los jueces quienes elaboraron el estándar del motivo político, generando un sinnúmero de ampliaciones que no contaban con respaldo legal.

284.7. La doctrina de la arbitrariedad de las sentencias

La larga evolución jurisprudencial y la utilización de la discrecionalidad, han permitido a la CSJN incluir dentro de las cuestiones de derecho que pueden ingresar mediante este carril de excepción a la denominada arbitrariedad de sentencia.

En este supuesto que se adiciona, se habilita el análisis de cuestiones de hecho entre las que pueden mencionarse las vinculadas con cuestiones procesales emergentes de la carga de la prueba y aquellas relacionadas con la fundamentación de la sentencia

En cualquiera de las hipótesis, se procura enmendar una clara violación al derecho de defensa en juicio y al debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa²¹¹.

Por lo tanto, el interesado ha de invocar esta causal como autónoma, distinta de las cuestiones federales señaladas ut supra, y deberá indicar precisamente cuál es el yerro del fallo impugnado en este sentido.

284.8 Requisitos formales

Los requisitos de forma o trámite del recurso son:

- a) *Que haya sido introducida en el juicio de manera correcta y oportuna:* la cuestión federal debe plantearse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, según se trate del recurso clásico en cuyo caso debe hacerse al interponer la demanda o al contestarla, o bien en los supuestos de sentencia arbitraria en cuyo caso deberá interponerse al recurrir el fallo que la origina. La invocación de que se halla involucrada en el pleito una cuestión constitucional, no puede ser el resultado de una reflexión tardía o de una mera ocurrencia. La conocida reserva federal, impone la carga de hacer mención concreta y circunstanciada del derecho federal en juego y de su vínculo con la materia controvertida, que obligue al órgano a expedirse sobre dicha temática.
- b) *Que la cuestión federal haya sido mantenida en todas las instancias:* no basta interponerla, debe reiterarse en todos los demás grados de apelación.
- c) *Que el recurso extraordinario esté redactado de modo que se baste a si mismo:* esto implica que de la sola lectura del recurso se pueda juzgar sobre su admisibilidad, debiendo surgir del escrito correspondiente, todos los elementos de hecho y de derecho,

²¹¹ Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:28 y 321:1909.

y su relación con las garantías federales violadas. Los fundamentos deben materializar una crítica concreta y razonada de los fundamentos expuestos por el juez en su sentencia, no pudiendo hacerse remisiones a otras piezas del expediente.

d) *Que sea propuesto dentro del plazo legal y por la persona legitimada para hacerlo:* el artículo 257 prescribe que el recurso extraordinario deberá interponerse dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia. En lo que respecta a la legitimación, terceros afectados por el fallo dictado, podría en algunas ocasiones habilitarlos para su interposición.

284.9. La Acordada 4/2007

Finalmente, resulta menester abordar la citada Acordada que fue aprobada por el Máximo Tribunal con la finalidad de esquematizar la técnica recursiva.

El reglamento en comentario fija precisas instrucciones a observar por el litigante, a los fines de facilitar el estudio del conflicto llevado a conocimiento de la CSJN. Es decir, es una guía que procura que se expongan con claridad y orden los agravios que denuncia el recurrente.

Pero estos recaudos formales se enervan como necesarios y obligatorios, de modo tal que su inobservancia impide la admisibilidad tanto del recurso extraordinario como de la queja por su denegación. No puede soslayarse que la severidad en el control de admisibilidad formal, podría configurar un resultado adverso a una tutela judicial efectiva, como sería el caso de confirmar un fallo injusto priorizando las formas y renunciando a avocarse a conocer sobre el fondo del conflicto constitucional articulado.

En principio se establece la necesidad de mencionar con precisión determinados aspectos en una carátula²¹². Importa destacar que no solo debe mencionarse sucintamente cuál es el agravio a propósito de la vulneración de normas constitucionales que debe individualizar el interesado y las fojas en que luce tal perjuicio, sino que debe indicarse además al Tribunal cuál es la decisión que se espera mediante el recurso que se impetra.

Luego, y evitando repeticiones innecesarias, se deberá fundar detalladamente el recurso desarrollando con claridad cuál es la cuestión federal involucrada. En primer lugar referir que se encuentran reunidos los recaudos de la Ley 48. Pero lo trascendente de la fundamentación residirá en comprobar en qué medida se configura un agravio personal, actual y concreto en el recurrente, refutando todos y cada uno de los

²¹² Art. 2º: "... deberán consignarse exclusivamente los siguientes datos: a) el objeto de la presentación; b) la enunciación precisa de la carátula del expediente; c) el nombre de quien suscribe el escrito; si actúa en representación de terceros, el de sus representados, y el del letrado patrocinante si lo hubiera; d) el domicilio constituido por el presentante en la Capital Federal; e) la indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado (como actor, demandado, tercero citado, etc.); f) la individualización de la decisión contra la cual se interpone el recurso; g) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la decisión recurrida, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; h) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; i) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con simple cita de las normas involucradas en tales cuestiones y de los precedentes de la Corte sobre el tema, si los hubiere; como así también la sintética indicación de cuál es la declaración sobre el punto debatido que el recurrente procura obtener del Tribunal; no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí; j) la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso".

fundamentos de la decisión impugnada relacionados con la cuestión federal articulada. Será determinante que el interesado pueda convencer al Tribunal de que existe relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, lo que justifica la modificación del fallo atacado.

Todo ello en no más de 40 páginas o carillas –no “hojas”– de 26 renglones, y en una letra cuyo tamaño sea legible por lo que no será inferior a 12. En el caso de la queja, la extensión se reduce a 10 páginas.

285. ¿Existe una técnica para el recurso extraordinario?

La técnica es otra constante a resolver para alcanzar la posible interpretación de ajuste constitucional que se pretende. Esta es una de las herramientas más difíciles de lograr en los recursos extraordinarios.

Su exigencia, muchas veces cargada de rigideces extremas, obliga a un laboreo intenso donde el abogado no puede eludir, prácticamente, ninguno de los pasos previstos –aunque no especificados– que permitan la atención de la CSJN.

A la solemnidad inicial, característica de los presupuestos o requisitos de admisibilidad formal, deben sumarse los fundamentos intrínsecos de cada uno de los motivos que contienen la expresión de agravios. Para ello existen pautas jurisprudenciales que orientan sobre un método posible. Así, es posible verificar que la mera enunciación de principios no es bastante, pues debe requerirse cuanto menos, la demostración cabal de acierto o del error del juzgador a quien se impugna su sentencia.

Es muy copiosa la casuística que observa el desarrollo de esta vía excepcional, aunque puede resultar posible esquematizar dos andariveles principales: el *recurso extraordinario clásico* y el que motiva la *arbitrariedad de la sentencia*.

En ambos casos, las reflexiones siguientes son comunes, aun cuando es preciso reconocer matices muchos más intensos en el segundo de los carriles.

Las variadas gamas de agravios admiten el reproche de una sentencia. Por ejemplo: a) la omisión de tratamiento de cuestiones planteadas, o de prueba decisiva para la resolución efectiva de la causa, o la ausencia absoluta de consideración de una defensa estimada como principal, etc.; b) la calificación errónea del derecho aplicable, o la interpretación equivocada o ilógica que pugna con los antecedentes de la causa, etc.; c) la consagración de un grave desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que llegan a desfigurar el caso propuesto determinando su pérdida de sentido, entre otras causales de posible explicación.

La Corte, al analizar cada hipótesis planteada, cuadrará sus principios de atención. En primer lugar, verificará si los requisitos formales de admisión se encuentran cumplidos (de manera que revisa la admisión del órgano apelado); después, centrará el foco en la pertinencia argumental. En ambas situaciones, no es posible descartar la aparición del supuesto nuevo ingresado por el art. 280 del Código Procesal, por el cual se permite cierta discrecionalidad y aligeramiento en el estudio preliminar y sobre el fondo de los motivos que porta el recurso.

Nos referimos al *writ of certiorari* que se introdujo en la reforma procesal que amplió el número de jueces de la Corte a nueve, y le permitió con esta herramienta procesal, rechazar por inadmisibles o impertinentes, recursos sobre los cuales el superior tribunal no tiene interés en resolver.

Sin embargo, también le ha servido para la selección discrecional de determinados asuntos en los cuales no existía cuestión federal suficiente o incluso el planteo presentaba obstáculos formales. No es otra cosa que lo que ha denominado como requisito de trascendencia, y que se ha convertido prácticamente en un nuevo presupuesto al momento de fundar el recurso en análisis.

No existe una nómina de qué asuntos revisten trascendencia; sí el Máximo Tribunal ha dado lineamientos a través de sucesivos pronunciamientos, producto de su discrecionalidad. La misma que como se indicó, le permite rechazar el tratamiento del asunto sin más fundamentación que la sola mención del art. 280 del código ritual.

La fundamentación del recurso extraordinario requiere de un riguroso sentido técnico, donde la presentación y el orden van inmersos en la misma condición de admisibilidad.

En efecto, todos los puntos controvertidos que justifican planteos concretos y específicos no se satisfacen con expresiones superficiales o genéricas. Es imprescindible una acabada impugnación, tal como igualmente lo requiere el ejercicio de la defensa de la contraria y el deber de expedirse del tribunal en una sentencia motivada e intrínsecamente justa.

A la Corte debe señalarse cuál es el daño directo –no potencial– sufrido, y cómo resultaría satisfecho con una resolución favorable. Por eso es conveniente no solo indicar el agravio, sin alumbrar soluciones posibles, o alternativas indicadas para la decisión pretendida.

La falta de precisión en estos pasajes, por lo común. Agudiza el cerrojo de la admisión.

Insistimos, no es posible mostrar una simple discrepancia, o una disconformidad subjetiva con los motivos y conclusiones del fallo recurrido; es menester poner de resalto la incongruencia o la irrazonabilidad.

Finalmente, cuando la pieza de ataque es un recurso directo o de queja por denegación del extraordinario, no debe obviar el recurrente atacar la argumentación desenvuelta en la providencia que determina el rechazo y obliga al planteo de hecho.

286. ¿Cuándo se admite el recurso extraordinario?

El procedimiento para la concesión del recurso difiere según se atienda la admisibilidad (formal) o la procedencia (mérito sobre el fondo).

El recurso extraordinario federal se rige en cuanto a tiempos y formas por las disposiciones ordenatorias del código, que obliga a los jueces locales –en tanto órganos resolutores de la admisión inicial– a ejecutar los plazos allí dispuestos.

Apuntaríamos como situación excepcional el posible acuerdo entre las partes para suspender los plazos procesales; el que, de no mediar, deriva en la utilización lisa y llana de los tiempos perentorios y fatales consagrados.

¿Qué hace, entonces, el tribunal recurrido por recurso extraordinario federal?

El camino lo marca el artículo 257 del código referido, de modo tal que, ante la interposición, se debe conferir traslado por diez días a las partes interesadas, quienes son notificadas personalmente o por cédula.

Todo este trámite se sustancia ante el órgano local que fue (es) Superior Tribunal de la Causa.

En contadas ocasiones, cuando [...]

“las cuestiones federales exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitividad y solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general, las importantes razones que fundan la exigencia de tribunal superior deben armonizarse con los requerimientos formales, para que el marco normativo que procura la eficiencia del Tribunal no conspira contra la eficacia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal” (Referimos al conocido caso “Dromi”, caratulado “Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional”, sentenciado el 6 de setiembre de 1990).

287. ¿Qué es el *per saltum*?

El supuesto de la apelación *per saltum* elude en el caso que precede la definitividad de la sentencia, como el principio de radicación o lugar donde debe deducirse el remedio extraordinario, bajo el argumento de evitar consecuencias irreparables.

En tal sentido mediante la Ley 26.790 se incorporaron al código ritual los artículos 257 *bis* y *ter*, que regulan este mecanismo que supone saltar la intervención de la segunda instancia federal, para lograr que el conflicto sea dirimido de forma directa por el Máximo Tribunal. Entonces, la norma permite que frente a determinados resolutorios del órgano de primera instancia, la CSJN se avoque al conocimiento del conflicto sin que se haya agotado el procedimiento ante la Cámara de Apelaciones.

El instituto en comentario exige la presencia una situación de gravedad institucional, que define en su mismo articulado como [...]

“aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados”.

Claramente no alcanzará este recaudo a los fines de alterar el régimen de la apelación sino que se trata de un mecanismo de excepción y con alcances restringidos, en los cuales se verifique una urgencia impostergable en el tratamiento de las cuestiones que hayan sido resueltas en una sentencia definitiva o equiparable a ella o en una resolución dictada a título cautelar (sea que conceda o rechace la medida solicitada). Respecto de esta última parece atinado aclarar que la resolución que decreta o rechaza una medida precautoria ha de causar un agravio irreparable que el interesado deberá acreditar, de lo contrario no podría ingresar por esta vía de excepción²¹³.

En cuanto a los requisitos para su interposición, se entiende que han de observarse los mismos regulados para el recurso extraordinario, salvo aquellos que sean incompatibles, como por ejemplo que la sentencia atacada provenga del Superior Tribunal de la causa o que se trate de una resolución inapelable. Será decisivo destacar

²¹³ En este sentido, el instituto del *per saltum* se aparta de la tradicional doctrina del Máximo Tribunal que considera que las resoluciones cautelares no son pasibles de ser revisadas mediante el recurso extraordinario federal.

en el escrito que deberá interponerse directamente ante la Corte, la existencia de una situación de gravedad institucional que no admite demora en su tratamiento.

Por su parte, la Acordada 4 solo se refiere a los recursos extraordinarios y al de queja por denegación de aquel, sin hacer mención al salto de instancia por lo que no deberían observarse los requisitos formales allí prescriptos.

El interesado contará con diez días de notificada la resolución de que se trate, para interponer el escrito de *per saltum* que deberá ser autónomo y estar debidamente fundado –autosuficiencia del recurso– ante el Máximo Tribunal, quien podrá rechazarlo sin más trámite si considera que no se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad. De lo contrario, declarará admisible el recurso –esto implicará el efecto suspensivo respecto de la resolución impugnada– y ordenará el traslado del mismo a la parte contraria mediante cédula o notificación personal, y esta última contará con un plazo de 5 días para contestar el traslado conferido. Contestado el traslado o vencido el plazo señalado para hacerlo la Corte deberá resolver sobre la procedencia del recurso.

Si lo estima, el Tribunal podrá solicitar como medida para mejor proveer la remisión del expediente en forma urgente.

288. ¿Cuál es el trámite del recurso?

El recurso de apelación extraordinario se plantea ante el superior tribunal de la causa, que es aquel que en la organización constitucional local se encuentra erigido como el máximo tribunal de justicia y con obligaciones de pronunciarse sobre las cuestiones federales.

La intervención de la alzada se limita a verificar la concurrencia de los extremos formales del recurso, vale decir, el carácter definitivo del fallo recaído en la causa o la naturaleza irreparable del agravio provocado, el planteo de cuestión constitucional –mantenido en todas las instancias–, su articulación oportuna por parte legítima para recurrir y por ante el tribunal que dictó la sentencia definitiva.

Es decir, que es deber del órgano de admisión resolver sobre el conflicto federal suscitado en los términos de alguna de las causales del artículo 14 de la ley 48. También debe resolver sobre los requisitos formales de la Acordada 4/2007.

Presentado el recurso se corre traslado a las demás partes por el plazo de diez (10) días, vencido el cual y encontrándose agregadas las contestaciones que se hubieran presentado, el tribunal resolverá la admisión del recurso.

Concedido el recurso las actuaciones se elevan a la CSJN, con una diferencia, si se trata de apelaciones entabladas en procesos tramitados ante la justicia nacional o federal de la Capital Federal, la remisión es interna; mientras que si se trata de justicia federal de extraña jurisdicción o de tribunales de provincia, la remisión se efectuará por correo, debiendo proveer sus expensas el recurrente.

Cabe aclarar que, la falta del pago de impuestos o sellados de justicia no impedirá la concesión o trámite del recurso (art. 252).

289. ¿Qué es la queja por recurso extraordinario denegado?

La queja contemplada en el art. 285 del Código Procesal constituye un medio de impugnación solo de decisiones que deniegan recursos deducidos por ante la CSJN. No

es idónea, en cambio, para cuestionar otras decisiones, aun cuando se relacionen con el trámite de aquellos recursos, asuntos que, de suscitar agravios de índole federal, deben ser articulados en la forma prevista por el art. 257 del citado código de rito.

Otra particularidad es que la Corte, cuando admite la queja, puede asumir competencia positiva y dictar sentencia sobre el fondo, sin necesidad de practicar reenvío de la causa.

La Corte sustancia internamente el recurso directo, notificando toda resolución que adopte por comunicación automática o *ministerio legis*. De todos modos, la práctica común es permitir que el cumplimiento de requisitos de integración o aclaración de documentos acompañados pero ilegibles, o el pedido de otras copias del expediente no exigibles entre los requisitos del artículo 283, entre otras cuestiones posibles, no es perentoria ni compulsiva permitiendo que se cumpla dentro del plazo amplio previsto para la caducidad de la instancia.

También la Corte puede rechazar de inmediato, en la forma y supuestos explicados al analizar el artículo 280 párrafo segundo. Pero, si declara procedente los agravios presentados, se avoca en la cuestión y resolverá sobre el fondo.

Respecto a la suspensión del procedimiento principal, el art. 285 *in fine* sostiene que el trámite de la queja ante la Corte no obsta a la ejecución de lo decidido en la sentencia, ya que dicho recurso no suspende el curso del proceso hasta que se abra el recurso y cuando esa detención corresponda.

Por ello, se repite que, si existe una norma que dispone que el curso del procedimiento no se suspenda ante la simple interposición de la queja, la exigencia de una caución real para la percepción del crédito resulta improcedente.

Para deducir el recurso directo se tiene que cumplir con un depósito previo (cfr. art. 286, CPCCN), y cumplir con los requisitos que establece para la queja la Acordada 4/2007.

La omisión de cumplir con el depósito previo no origina el rechazo directo de la queja, sino que resulta procedente intimar a la parte a que satisfaga el pertinente recaudo dentro del plazo de cinco días (notificado personalmente o por cédula); la duda centraría en resolver si la acordada rige al tiempo de verificar el ingreso, o al momento de interponer la queja (que era el tiempo natural para ingresarlo).

La particularidad está en que las acordadas reglamentarias difieren, por cuanto una se encuentra al momento de la deducción y otra cuando se cumple con el depósito. La CSJN ha dicho que la carga de efectuar el depósito previo tiene su causa en la interposición del recurso de queja y nace, por tanto, con motivo de dicha presentación. Las normas que regulan la mentada carga son, pues, las vigentes al momento de producirse tal acto (Cfr. Fallos, 295:454; 305:1779).

Sección cuarta: temas y problemas del proceso civil

CAPÍTULO XXV

TEORÍA PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

290. ¿Qué son las medidas cautelares?

Dentro de las funciones jurisdiccionales y, específicamente, como manifestación de la eficacia de la gestión judicial, se establece la posibilidad de requerir medidas preventivas tendientes a garantizar el resultado eventualmente favorable de un proceso iniciado o próximo a ello.

El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial.

Las exigencias operan también como reaseguro de la sentencia, de modo tal que, además del interés de quien las pide, está el del mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa.

Pero el curso de actividades posibles no se reduce a este juicio hipotético de probabilidades. La función de las medidas cautelares no quiere, simplemente, ser un medio de satisfacción de intereses que esperan una respuesta jurisdiccional.

En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas (por ejemplo, ordenando la internación de una persona para evitar que cause daño a otros o a sí mismo, daños irreparables), o bien que deba lograrse una paz social rápida, aun cuando sea provisoria (v.gr.: en un conflicto sobre alimentos, la cuota que se fija en tal carácter), también para resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por el no uso, la degradación posible, o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

En suma, el tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y, de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si estos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello no pueden cumplirse porque el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente ineficaz, ha sido dictado para una situación abstracta que, oportunamente, pudo preverse.

291. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares?

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares se puede enfocar desde ángulos diversos. Puede representar el ejercicio simple de una acción procesal; plantearlo como una pretensión dentro del conjunto de pretensiones; analizarlo como proceso independiente, resolverlas como simples providencias; en su caso como medidas capturadas dentro de las potestades jurisdiccionales o darles una finalidad de aseguramiento, entre otras nominaciones; sin perjuicio de otro problema colateral que escala en su definición declarativa, ejecutiva, como proceso de conocimiento, o *tertium genus* entre ellos.

Como acción la entendió Chioventa, refiriendo incluso a sentencias provisionales o asegurativas; relación fuertemente criticada por quienes receptan la acción como un concepto unitario.

Como pretensión y peticiones procesales extracontenciosas las atiende Palacio; en coincidencia con Guasp que las desarrolla a partir de su explicación sobre el embargo.

Como providencia particular y específica, distinta a cualquier otra providencia que emite la jurisdicción, las sostiene Calamandrei. A su entender no puede hablarse de un proceso cautelar debido a que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. Tampoco acepta se las ubique como acción [...]

“no solo porque, concibiéndose la acción como el poder de provocar un acto jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia jurisdiccional el que puede servir para definir los varios tipos de acción y viceversa; sino también porque si se presentasen casos en los que existiese una providencia a la que no correspondiera una acción, estos no podrían encontrar adecuada colocación sistemática en una clasificación que se limitase a encuadrar los varios tipos de providencia jurisdiccional en el campo de los varios tipos de acciones”²¹⁴.

Con mayor comodidad y adecuación a la manera como se legisla sobre la materia, se prefiere designarlas medidas cautelares o precautorias, sin perjuicio de recordar sus contenidos formales que los diferencian de otras providencias de trámite o conocimiento.

Precisamente, esta distinción da pie para entrar en el segundo problema anticipado.

No queda resuelto aún en la doctrina, si las medidas cautelares son una especie de resoluciones cognoscitivas o de ejecución.

Dentro de las clases de decisiones jurisdiccionales, las cautelares no tienen un espacio específico. Ellas no fueron descifradas en ninguna de las categorías conocidas (de trámite, interlocutorias, sentencias –condenatorias, declarativas y constitutivas–).

Ocurre que se dictan dentro de las funciones jurisdiccionales que el juez ostenta y, de acuerdo con la modalidad de la precautoria que dicta, cobran una fisonomía particular. Por eso resulta que las medidas cautelares adecuan sus formas con plena subordinación al objeto que tienden a preservar.

Si bien es cierto existe una pauta común de condiciones, ellos no abastecen la fusión en uno u otro tipo de resoluciones. La disciplina formal está bastante deteriorada y genera confusiones lógicas en la interpretación de cada una.

Una de estas se da cuando se trata de resolver la protección de personas, u otra similar, porque en estas el juez necesariamente conoce en una situación de hecho y obra consecuentemente. Asimismo, cuando se dicta un embargo, secuestro, inhibición general, etcétera, son decisiones de tipo ejecutivas, no obstante cuando se reserven el mote de provisionales.

Ante semejante ambigüedad, otros prefieren referir a un *tertius genus* del proceso contencioso, obrante junto al de cognición y al de ejecución, porque el

²¹⁴ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 33.

presupuesto está en la litis y no en la composición de la litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica, sino la tutela del proceso a través de otro proceso.

Ninguna de ellas consigue demostrar suficientemente la lógica instalación de las medidas cautelares en el concierto de las decisiones o resoluciones jurisdiccionales.

En las funciones que opera la jurisdicción está presente como premisa de observación regular para la eficacia del servicio, los dos continentes del conocimiento y de la ejecución. La jurisdicción ejercida al dictar una providencia precautoria, en principio y apariencia, no manifiesta otra actividad que no sea jurisdiccional. Son atribuciones propias de la función, con la doble finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia y la ejecución posible del mandato que reciben las partes.

Pero además de aclarar cómo labora la jurisdicción en este terreno, debe aceptarse el contenido utilitario de las medidas cautelares como servicio dado fuera del proceso principal, o por vía de incidente si este fue propuesto.

El carácter instrumental se refleja inmediatamente, y no solo como remedio a la impaciencia de las partes, sino también, como una forma de aumentar el contenido público del proceso.

Este carácter eminentemente publicístico de las providencias cautelares se pone de relieve, también en materia civil, en la mayor energía con que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares; no solo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el acrecentamiento de los poderes de iniciativa del juez.

Es necesario apuntalar esta idea de eficacia, porque allí se instalan las medidas cautelares. Ellas no son salvaguardas del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional.

292. ¿Son las medidas cautelares independientes del proceso?

Cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso.

Por ello decimos que las medidas cautelares no son independientes de un proceso porque resultan accesorias de él. No tienen un fin en sí, sino que sirven a un proceso principal; en consecuencia su existencia depende de las contingencias del proceso.

Según Falcón, las medidas cautelares no constituyen un proceso sino un procedimiento, ya que carecen de un fin en sí mismas, son de carácter provisorio, tienen un límite de caducidad y no tienen la fuerza material de cosa juzgada, motivo por lo que estas pueden ser modificadas cuando lo sean también las circunstancias de hecho que fundamentaron el auto en cuestión²¹⁵.

Las medidas cautelares están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual aseguran preventivamente su resultado práctico.

²¹⁵ Citado por BISOGNO, Julieta, “¿Las medidas autosatisfactivas cumplen con la garantía constitucional de la defensa en juicio?”, *Revista Jurídica*, Cajamarca, n° 12.

Si bien todas las normas procesales son instrumentales respecto de la actuación del derecho material, las medidas cautelares son –como expresara Calamandrei– “instrumento del instrumento” en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional²¹⁶.

De este modo, la tutela cautelar se prevé por el legislador como medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teórica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

293. ¿Qué es la tutela de urgencia?

Como todos sabemos, no siempre es posible acceder a las necesidades imperiosas e impostergables del justiciable sin transitar previamente el duro y largo trayecto del proceso judicial.

En este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar una protección efectiva en la oportunidad adecuada; conduciéndonos así a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Es el origen de la tutela de urgencia o proceso urgente.

La nota característica de ellos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que se orienta a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una rápida resolución.

Luis Herrero considera que es más correcto hablar de “pretensión urgente”, en lugar de “proceso urgente”, porque lo urgente no es el proceso, sino la pretensión cuyo complemento necesario es la decisión oportuna de la jurisdicción²¹⁷.

Para Jorge Peyrano, si bien todo proceso cautelar es, obviamente urgente, no todo proceso urgente es necesariamente cautelar. La categoría de proceso urgente posee características propias y separadas del cautelar²¹⁸.

Para definir con precisión un proceso urgente, es mejor compararlo con las características de otro de contenido cautelar. De este modo, lo primero que se observa son los requisitos que tiene este último: apariencia del derecho invocado, peligro en la demora y prestación de contracautela.

Inmediatamente se comprueba que si existe la verosimilitud en el derecho que se expone y presenta, o existe un riesgo fehaciente y comprobable de perder el objeto de la pretensión de no mediar un despacho provisional inmediato, las potestades del juez son importantes y permiten obrar con el simple convencimiento.

Finalmente, el trámite cautelar se caracteriza porque se inicia con una postulación de que se despache favorablemente “sin oír previamente” a la parte destinataria de aquella (*inaudita pars*).

En cambio, en el caso del proceso urgente (no cautelar), concurren otras características: se reclama también peligro en la demora, se exige no ya una apariencia

²¹⁶ CALAMANDREI, *op. cit.*, p., 34.

²¹⁷ HERRERO, Luis, *El derecho a ser oído: eficacia del debate procesal*, J.A. 2003-III, fasc. n° 8, p. 25.

²¹⁸ PEYRANO, Jorge, “Lo urgente y lo cautelar”, J.A., semanario n° 5923 del 8/3/95.

del derecho alegado sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, exigencia esta última que explica porque no es menester requerir contracautela.

Asimismo, corresponde destacar que el proceso urgente se asemeja al cautelar porque ambos se inician con una postulación de que se despache favorablemente e *inaudita pars* un pedido.

294. ¿Cómo se clasifica la tutela de urgencia?

En doctrina se ha puntualizado que el genéricamente denominado “proceso urgente o tutela urgente”, comprende en su seno a las medidas cautelares, medidas anticipatorias y las medidas autosatisfactivas.

La actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

Las modalidades referidas son:

Actuación cautelar	}	Medidas asegurativas de prueba
		Medidas asegurativas para la ejecución
		Medidas provisionales
Actuación urgente	}	Sentencias anticipadas que definen la relación jurídica material (subsidiaria)
		Medidas autosatisfactivas (proceso autónomo)

295. ¿Qué es la tutela inhibitoria?

El tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño, supone al mismo tiempo, modificar el eje de atención normativo. Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantizar en su integridad al derecho en sí mismo.

En el derecho de daños, dice Noemi L. Nicolau, paulatinamente se ha pasado de considerar la indemnización del daño como una responsabilidad a calificarla como un crédito por reparación. Este proceso supone un avance hacia la justicia, ya que se

traslada a la víctima el eje de la responsabilidad civil, que en el siglo XIX se había centrado en el autor del daño²¹⁹.

El carácter de *mandamiento de abstención* o *la orden de no hacer* que con la inhibitoria se busca, enfrenta un conflicto natural con la idea de reparar sin daño causado, porque la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada, tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual.

Afirma Lorenzetti, que la doctrina se ha concentrado en la redefinición de la causa fuente del crédito: si en el derecho clásico era el hecho ilícito contractual, cuasidelictual o delictual, ahora se avanza hacia la unificación y la sustitución de estos principios por la noción de daño injusto. A ello se le agrega un nexo adecuado de causalidad y un factor de atribución de responsabilidad, a fin de configurar finalmente el crédito indemnizatorio²²⁰.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya la probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado.

Teniendo en cuenta esta dimensión constitucional, las posibilidades de actuación pueden:

- Impedir la práctica de un hecho ilícito.
- Impedir la continuación o repetición del hecho ilícito.

En ambos casos, el objeto de la tutela inhibitoria se parece a las medidas cautelares del derecho procesal, aunque tienen diferencias.

Donde mayor proximidad manifiesta es con los mecanismos procesales de urgencia donde lucen la tutela anticipada (también llamada, cautela material, o tutela urgente) y las medidas autosatisfactivas.

El objeto de la *condena inhibitoria* es hacer que un sujeto se abstenga o cese en la violación de un interés simple patrimonial o extrapatrimonial. El objeto mediato de la inhibitoria son los intereses simples, lo cual supone incluir los denominados “intereses difusos”.

La tutela inhibitoria, finalmente, se resuelve sin oír a la otra parte, lo que le produce algunas reservas para ubicarlo estrictamente en el terreno del proceso (porque una de las características esenciales es la bilateralidad y la contradicción, que en el caso, quedan postergadas). Obsérvese que la pretensión se plantea para que se resuelva rápidamente, porqué de otro modo, el daño se puede generar de inmediato. El juez analiza los hechos, la verosimilitud del derecho, e inmediatamente, decide. Por tanto, la finalidad queda satisfecha con la sentencia que ordena el cese del daño u obstruye con la decisión el peligro que acechaba.

296. ¿Cuáles son los presupuestos generales de las medidas cautelares?

²¹⁹ Cfr. *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, en La Ley, 1996-A, 1245.

²²⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, en La Ley, 1995-C, 1217.

La procedencia de las medidas cautelares depende de dos presupuestos generales que objetivan el requerimiento: a) la verosimilitud del derecho y b) el peligro en la demora.

a) *Verosimilitud del derecho (fumus bonis juris)*.

La verosimilitud consiste en dar apariencia de razón fundada. Es el humo de buen derecho, conforme reza el brocardico *fumus bonis juris*, el que se obtiene analizando los hechos invocados con las demás circunstancias que rodean la causa.

Interesa agregar que no debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan armónicamente en un momento diferente del juicio. Al órgano jurisdiccional le basta y es suficiente “la apariencia fundada del derecho”, lo que equivale a responder afirmativamente a la viabilidad jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema.

b) *Peligro en la demora (periculum in mora)*.

Se trata de un requisito independiente que puede o no actuar en conjunto con el anterior. Se explica como aquel presupuesto que justifica otorgar una medida cautelar para disipar el peligro que significaría dejar que las cosas sigan el curso normal del proceso. Este, con su abulia y fatiga para laborar con la necesaria celeridad, tolera que se decreten medidas precautorias que vulneren esa incierta situación, asegurando el objeto procesal y material, en el supuesto que debiera ejecutarse forzosamente.

Esta es una definición posible, pero no debe descartarse que el peligro en la demora pueda estar en situaciones extrañas o distintas a las que presentan las sentencias de condena. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar la medida crearía un serio riesgo a la tutela que el requirente tiene liminarmente; sin perjuicio, de la condición instrumental que asume la cautela para robustecer el carácter ejecutivo de las decisiones judiciales.

El requisito debe acreditarse objetivamente. No es suficiente la simple creencia o aprensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias.

De manera genérica, el *periculum in mora* está pensado como paliativo de las demoras del proceso, circunstancia que por esa condición, lleva a que cuando opera en conjunto con la verosimilitud del derecho, se la tenga como presente.

297. ¿Cuál es el presupuesto contingente de las medidas cautelares?

El presupuesto contingente (es decir que no siempre se exige) depende de un análisis subjetivo en quien la pide; se denomina contracautela.

La contracautela o caución es el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuera sin derecho o abusiva.

El motivo que la inspira reposa también en el equilibrio que las partes deben conservar en el proceso (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional), frente a la cautela que se decreta en base a una *cognitio sumaria* y sin contradicción alguna.

Es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia. Viene a importar, una limitación impuesta al juez para que, antes de efectivizar la medida cautelar, disponga el cumplimiento estricto de la contracautela.

Según Podetti, si esta no fuera observada antes de trabar la precautoria, y no obstante, ella tuviere ejecutoriedad, corresponde emplazar perentoriamente al beneficiario para que la otorgue “bajo apercibimiento de levantarse sin más trámite”. En consecuencia, la falta de prestación de la caución o, en su caso, su insuficiencia, no constituyen circunstancias decisivas que determinen, necesariamente, la revocabilidad de la medida decretada²²¹.

El art. 199 del CPCCN reglamenta la contracautela, estableciendo que debe decretarse en toda providencia cautelar a fines de responder por los daños y perjuicios emergentes que pudiera ocasionar si la cautelar fuese obtenida sin derecho o ejercitando un franco abuso, o bien, para utilizar la medida como una acción conminatoria.

Se vincula por ello con el art. 208 del mismo ordenamiento, respecto a la responsabilidad que tiene el que requiriendo una medida cautelar, luego se demuestra que abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Eventualmente, la resolución inmediata será condenarlo a pagar los daños y perjuicios que la perjudicada reclame. “La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible” (art. 208 del CPCCN, párrafo final).

Del análisis de estas disposiciones se desprende, que la caución no tiene por objeto asegurar al presunto deudor el cobro de las costas si el litigio se falla a su favor, de manera que, para afectar el dinero depositado a dicho fin al crédito por las costas, el demandado debe obtener el correspondiente embargo.

La seguridad que aporta la caución solamente beneficia a las partes, de modo tal que, aún cuando la medida trabada perjudicase a un tercero, e incluso, si esta dedujese una tercería, los daños y perjuicios que a posteriori se reclamen deben serlo en un proceso independiente; a diferencia de los sujetos procesales (actor y demandado), que siendo partes, pueden deducir los incidentes o el juicio sumario a que refiere el art. 208 del CPCCN, parte final.

La contracautela se convierte en un requisito de carácter subjetivo que tiene en cuenta, además de la prudente igualación de las partes en el proceso, algunas condiciones particulares del sujeto que las solicita.

En efecto, el artículo 200 del CPCCN exime de ella al Estado Nacional, las provincias, los municipios o persona que justifique ser reconocidamente abonada, o actuare con beneficio de litigar sin gastos.

La calidad de suficientemente abonado para justificar la exoneración de contracautela, debe medirse en relación adecuada a la importancia económica de la cuestión a satisfacer, es decir, comparativamente con el patrimonio de la persona física o jurídica que pretende reunir las condiciones procesales de liberación.

Si se trata del Estado, las Provincias o alguna de sus dependencias autorizadas a litigar en ejercicio de una representación propia, o de una Municipalidad, la suficiencia económica se presume.

²²¹ PODETTI, Ramiro J., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 69.

Alguna jurisprudencia extiende a los bancos y otras entidades económicas, el beneficio de la eximición; sin embargo creemos que ella es improcedente a tenor de lo normado en la parte final del Art. 199 del CPCCN “Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica”, porque sería una contradicción del Código admitir que afiance en los casos de asistencia a terceros, y que no lo haga a su propio respecto.

En verdad, el carácter de “reconocidamente abonado” en un banco sería difícil desconocer, pero como empresas comerciales que son, no están libres del riesgo financiero. Sin perjuicio de ello, la solvencia tiene como parámetro la diferencia entre activos disponibles y pasivos que responder, hecho que subraya la incógnita emergente y la inconveniencia, en general, para admitir la exención prevista.

Ahora bien, si la medida precautoria se dicta a resultas del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si él ya se otorgó, o se encuentra en trámite.

En el primero caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como a ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna.

Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en trámite, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta.

Según Morello, Sosa, Berizonce, también se ha resuelto que la eximición alcanza si el trámite de pobreza está pendiente y no surgen presunciones que inclinen a pensar que aquel pueda denegarse. En cambio, si la alegación formulada acerca de la carencia de otros bienes o rentas no fue propuesta por la vía procesal conducente del beneficio de litigar sin gastos, la solicitud de obtener la concreción de la cautela ya decretada con la sola caución juratoria de los demandantes, no resulta posible ni procedente²²².

El importe que debe depositarse en caución queda librado al arbitrio judicial. Es el juez quien resuelve la calidad y el monto, a cuyo fin ha de tener en cuenta la verosimilitud del derecho y otras circunstancias particulares de la causa.

Existe una regla no escrita, pero que se adapta a un modismo jurisprudencial, que establece la contracautela sobre la base de la solidez del *fumus bonis juris*, y de la magnitud de los peligros patrimoniales que, eventualmente, pudiere ocasionar la medida cautelar.

La prudencia para la fijación es vital en este aspecto, porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria.

En actitud opuesta debe alertarse, también, acerca de los peligros que importa una caución nimia o de escaso compromiso económico.

Dentro de los tipos posibles de contracautela, la caución juratoria tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como solo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que la norma procesal dispone.

²²² *Op. cit.*, *Códigos Procesales...*, tomo II, *op. cit.*, p. 581.

De todos modos, esta eliminación por superflua resulta razonable en procesos de contenido patrimonial, pero en otros, la estimación sobre las causas y razones puede ser más justa y equitativa.

El artículo 199 párrafo segundo (incorporado por la última reforma al código procesal) establece que: “En los casos de los arts. 210 incisos 2° y 3°, y 212, incisos 2° y 3°, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar”, lo cual viene a introducir un caso atípico de caución previamente establecida. Al juez le queda graduar el monto, no así la calidad (personal) por cuanto ella se ha determinado.

Cuando la fianza es real debe depositarse el importe fijado en el expediente y a nombre del titular del juzgado. No obstante y como sustitución, puede ofrecerse la garantía de un bien inmueble o mueble registrable propio sobre el cual se constituirá un embargo u otra medida que el juez considere apropiada, si hace lugar al cambio.

Las sumas que se otorgan como contracautela, permanecen indisponibles por el tiempo que perdure la medida precautoria, de manera que cesan conjuntamente. Sin embargo, la modalidad de la cautelar determina la suerte de este principio, porque debe atenderse el tipo de traba que se ordena, y el juego de los arts. 207 –sobre caducidad de las medidas– y 208 –responsabilidad– del código procesal.

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse el carácter provisional y revocable que tienen las medidas precautorias (Cfr. art. 202).

El art. 201 establece que “en cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte. La resolución quedará notificada por ministerio de ley”.

Nos encontramos en una etapa posterior a la traba de la precautoria. Se ha superado el principio *inaudita pars*, y quien se encuentra sometido a una medida cautelar tiene derecho a exigir un mejoramiento de la contracautela, a cuyo efecto debe demostrar sumariamente la insuficiencia de la prestada.

El trámite procesal es el incidente, si bien el juez puede disponerla sin más trámite cuando se trata de ampliar una cautela ya otorgada.

298. ¿Cómo se clasifican las cauciones?

Las cauciones se clasifican en dos tipos: a) personales y b) reales.

La caución personal se funda en el juramento que presta la beneficiaria de la medida cautelar para responder por los daños potenciales que puede causar la precautoria lograda.

Como dijimos, es una modalidad que no agrega seguridad alguna y se sostiene en la simple confianza que se tenga de la contraparte; por lo tanto, existe una tendencia a suprimirla.

La caución real puede ser propia o de terceros. Consiste en la fianza o garantía que se otorga mediante el depósito de la suma de dinero que el juez ordena como contracautela.

Esos montos pueden sustituirse por títulos valores representativos (v.gr.: títulos, acciones, seguros de caución), o bien, por la garantía de instituciones bancarias que acreditan mediante las respectivas cartas de fianza.

Si fuese pretendido suplantar la caución real a través de la solvencia de personas de acreditada responsabilidad económica, es preciso informar sumariamente al órgano jurisdiccional sobre esta seguridad económica.

299. ¿Cuáles son las características de las medidas cautelares?

La relación que guardan las medidas cautelares con otro proceso (principal) lleva a sostener su condición subsidiaria, o instrumental.

Esta noción de instrumentalidad se diferencia de otros procesos naturalmente preventivos como los llamados “anticipatorios” o “preventivos”.

La accesoriadad es de tal significación que extiende sus efectos mientras persistan en el proceso principal las causas que la motiven. Si ese proceso no fuese iniciado, caducarían de pleno derecho, dando lugar, inclusive, a responsabilidades procesales y civiles por la actitud imprudente.

A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, plano dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas.

a) Sumariedad y cosa juzgada.

La condición subsidiaria que acarrea las medidas cautelares respecto a otro proceso (vinculación que subyace en los límites entre el derecho sustancial en conflicto y los derechos subjetivos que persiguen asegurar el resultado eventual), no impide considerar que exista en los procedimientos para concretar una providencia precautoria, un conocimiento sobre los presupuestos y condiciones que posibilitan el ejercicio de la pretensión.

Hay, entonces, una pretensión cautelar. Ella para ser procedente debe cubrir una serie de aspectos que la determinan formalmente, siendo precisamente en estos roles, donde el juez debe conocer.

La pretensión cautelar tiene un objeto claro y preciso, de modo tal que, la resolución consecuente tiene la virtud de ponderar y resolver sobre toda la materia deducida.

Como es sustancial a este tipo de providencias, la cognición se recorta a los requisitos de admisibilidad, circunstancia que demuestra el alcance limitado que el juicio efectúa. En realidad es un perfil de probabilidades que aparecen *prima facie* evidentes, a diferencia de los procesos sumarios propiamente dichos, donde existe un grado de certidumbre concreto y abarcativo, al punto que, a veces, consigue hacer cosa juzgada material.

El carácter instrumental, adicionado a la sumariedad del conocimiento, delimita la cosa juzgada que consiguen forjar las medidas cautelares.

Dado que estas, en su mayor parte y disposición, solo producen la eliminación del riesgo que importa sustanciar un conflicto a través de un proceso independiente que

puede ser largo y complejo, el rendimiento que aportan se mide en relación con el tiempo del proceso principal y con las circunstancias que en este se cumplan.

De esta manera existe una variabilidad contingente en las medidas precautorias que se corresponde con los hechos por los que atraviesa; del análisis de todos estos componentes se desprende que la cosa juzgada que alcanzan es meramente formal.

b) Provisionalidad

En comunión con lo dicho precedentemente, se destacan dos características de las resoluciones que versan sobre medidas precautorias. Una, refiere al estado jurídico provisional (modificable) de la cautela dispuesta, que puede cuestionarse y, en su caso, mudar por otra, aun cuando conserven plenitud las providencias ordenatorias. La otra, se relaciona, precisamente, con el acto procesal resolutivo.

Respecto a la providencia que dispone proceder a la traba de una medida precautoria, debe aclararse que ella no causa instancia, lo que significa que permite cambiarla cuando varían los hechos fundantes que antes la permitieron.

En otras palabras, la pretensión de remover la cautela sobre la base de nuevas alegaciones exige otro pronunciamiento judicial que dimensione en su adecuado fundamento y trascendencia la incidencia planteada. Este replanteo obliga a pormenorizar, una vez más, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, porque de resolverse por el levantamiento se caería en la inconsciencia de ordenar una derogación dejando subsistentes los presupuestos que antes la motivaron.

Si la revisión se intenta sin modificar argumentaciones, es obvio que la provisoriedad alegada tiene fines conservatorios, a cuyo fin puede el juez rechazar *in limine* el planteo en virtud de los principios preclusivos de los actos procesales.

Otra particularidad reposa en la competencia del órgano que admite la medida cautelar, porque por vía de principio, él debe conservar la jurisdicción para finiquitar la temática precautoria. En este aspecto, si se pretende un levantamiento, debe plantearse al mismo juez que oportunamente lo ordenó, aún cuando el juego de las competencias favorece el cambio de magistrado si el primer interviniente resulta, luego, incompetente, y la jurisdicción se desplaza hacia otro, quien asume en toda su extensión la competencia.

De todos modos, creemos que debe imperar el principio de prevención, según el cual el juez que dictó las medidas tiene preeminencia para conocer en la sustitución o levantamiento de las precautorias.

c) Mutabilidad o variabilidad

La eficacia que contiene cada medida cautelar propicia variarlas cuando se entienda que otra es más útil que la concretada. Como en el caso anterior, se incursiona en el ámbito de la movilidad de las circunstancias.

Al respecto, el art. 203 del Código Procesal dispone [...]

“El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que esta no cumple adecuadamente la función de garantía a que esta destinada”.

“El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada si correspondiere...”.

Según Morello, Sosa y Berizonce, al cabo y como síntesis, la mutabilidad característica de las medidas de resguardo, obliga a no prescindir de la realidad económica litigiosa, lo cual conduce a que las mismas deban ser efectuadas con la máxima prudencia para no incurrir en excesos perjudiciales a los intereses de todos, contemplándose la situación del afectado y, desde luego sin desmedro del acreedor²²³.

La modificación puede consistir en una ampliación de las sumas, del tiempo o de las modalidades decretadas, también en la mejora de la cautela lograda, o bien por la sustitución de la precautoria.

La suma de importes que se acumulen al embargo decretado, responde a la mayor cuantía de la pretensión principal que se encuentra en trámite, sea por el vencimiento de nuevas cuotas emergentes de la misma obligación, o de otra; o bien, por la incidencia de la inflación en el valor del dinero.

El tiempo de la cautela, supone que deban ampliarse los plazos del término por el cual se la dispuso. V.gr.: si fuese una intervención o administración judicial, la extensión consecuente en el tiempo de vigencia.

También pueden acumularse medidas, siempre que entre ellas no exista incompatibilidad. Por ejemplo, el embargo puede complementarse con una inhibición general de bienes, o con el secuestro correspondiente.

La sustitución consiste en la variación hacia una medida más enérgica, o en el reemplazo de una medida por otra, o de un bien por otros de valor equivalente. Son supuestos que impulsa el interés del acreedor o beneficiario de la precautoria.

También la sustitución puede deducirla el sujeto perjudicado con la cautela, proponiendo fórmulas alternativas que no sacrifiquen el beneficio conseguido con la cautela. Ello significa que, aún cuando prevalece el principio dispositivo, el juez debe procurar no perjudicar los derechos obtenidos.

Por eso no procede ofrecer en sustitución bienes que se indican genéricamente, o sin discriminar ni con valores determinados.

Cuando el juez de la causa verifica que el objeto se ha satisfecho, no existen obstáculos para que las cautelas decretadas se dejen sin efecto o se modifiquen. Siendo una función de garantía, alcanzada la sentencia pareciera que pierde virtualidad, consumando su misión preventiva.

Esta es la situación concreta que pone de manifiesto la provisoriedad de las cautelas. Llegada la sentencia, pierden el sustento que las fundamentó oportunamente, de modo tal que para conservarlas, debería mudarse el carácter de prevención para dar paso al carácter ejecutivo que ellas pudieren portar (v.gr.: embargo, secuestro de bienes, etc.).

La variabilidad de las medidas no impide, una vez efectivizadas, el recurso o impugnación del sujeto pasivo. La queja se plantea sobre una situación que tiene curso de ejecución, sin que el escrito tenga efectos suspensivos para la precautoria.

²²³ *Op. cit., Códigos Procesales...*, tomo II, *op. cit.*, p. 588.

La recurribilidad típica se plantea por la apelación, o a través del incidente. Pero debe distinguirse la impugnación de la traba por vía de recurso, del pedido de levantamiento, porque en el primero se cuestionan los presupuestos que fundan el progreso de estas medidas (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), mientras que en el segundo, se canalizan argumentaciones vinculadas con el cambio de circunstancias.

Además, el recurso debe deducirse dentro de los plazos previstos por cada uno de los medios impugnativos (cinco días si se trata de recurso de apelación, o tres días si la vía intentada es el remedio de reposición) Cabe apuntar que no puede recurrir quien ha consentido la traba de la medida, por lo cual deben atenderse los plazos preclusivos del proceso. Quien recurre fuera de ese tiempo, ha convalidado la medida, y solamente puede controvertirla por vía del incidente en las condiciones ya señaladas.

Cabe destacar que el código procesal establece en el párrafo final del art. 198 que: “la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo”.

d) Discrecionalidad

Esta característica queda en evidencia cuando las medidas cautelares que son peticionadas no se otorgan por que la voluntad jurisdiccional decide en contrario con los intereses planteados.

Las medidas cautelares no responden al principio de respuesta concreta a la pretensión, por cuanto ella puede ser denegatoria, o afirmativa, pero con matices que la diferencian del específico reclamo.

No se desvirtúa la finalidad de aseguramiento que se persigue; se trata de aceptar facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria.

La libertad para decidir se dá en los dos planos ya comentados de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

El art. 204 del código procesal dice: “el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”.

Esta disposición pone en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso.

Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución su traba, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución. El artículo 204 que mencionamos, se refiere a la cautelar solicitada, mas no a la que ha sido ordenada, si no media recurso.

El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas, o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias.

El sentido preventivo acusa otra manifestación en el art. 205 del ordenamiento, cuando indica [...]

“Si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, a pedido de parte y previa vista a la otra por un plazo breve que fijará según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas”.

Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

e) Preventividad

Las medidas cautelares son esencialmente preventivas. Según Couture, no juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, pero conservan presente el objeto que tienden a proteger de manera que es fundamental el carácter protector de bienes del cautelado, y de seguridad para el justiciable²²⁴.

El artículo 206 del código muestra una faceta de esta condición preventiva “cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines que los necesiten para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización”.

El principio de conservación y continuidad de la empresa, tan particular en el derecho comercial, continúa en sede procesal con las condiciones que se indican. En esencia responden al criterio por el cual se sostiene que las medidas cautelares no han de irrogar perjuicios innecesarios.

Opera también aquí la discrecionalidad del juzgador para decidir la medida adecuada (v.gr.: si fuese un embargo sobre mercaderías producidas, puede sustituir la precautoria por una administración o intervención judicial).

f) Responsabilidad

Toda medida cautelar lleva implícita la responsabilidad de quien la pide. Recuérdese que la pretensión no tiene traslado, de manera que el conocimiento que toma el juez se basa en los hechos y fundamentos que la misma parte le presenta.

Inclusive, la precautoria que se requiere puede plantearse como adecuada, y esconder en realidad, una severidad inusual para la protección que se propicia.

El abuso o el exceso de las medidas determinan esa responsabilidad que la doctrina presenta como objetiva y con reglas procesales propias, o subjetiva, derivada de las normas del derecho civil.

De acuerdo con ello, se configura la responsabilidad por el simple hecho de requerir una precautoria sin derecho, o por presentar con silogismos los presupuestos que condicionan su procedencia. Se trata de penar el peligro potencial que arrastran, sin necesidad de que se demuestre el daño a la contraparte.

²²⁴ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos... op. cit.*, p. 326.

g) Caducidad

La provisoriedad de las medidas precautorias depende del tiempo en que se instauran. Si ellas se dictan en un proceso ya iniciado, extiende sus efectos en tanto perduren las circunstancias que la determinaron. En cambio, si son el producto del procedimiento previo establecido específicamente para su procedencia, una vez trabada, empieza a correr el plazo para deducir el proceso principal.

Se advierte con suficiente nitidez en este pasaje, la subsidiariedad del proceso cautelar; el tiempo opera de pleno derecho, sin necesidad de petición de parte y con efectos automáticos.

La caducidad de las medidas trabadas es la primera consecuencia. Las restantes se dan en relación con los perjuicios irrogados y las costas emergentes.

La preclusión de los tiempos para articular la acción principal, manteniendo en ejecución la cautela lograda, responde a razones de orden público e interés general, porque no sería posible sostener un estado de incertidumbre que ocupe un tiempo más prolongado de aquel que naturalmente justifica la urgencia de las precautorias.

El art. 207 del código establece [...]

“Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y esta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado este, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia...”

300. ¿Cuáles son las principales medidas cautelares?

Nuestro ordenamiento procesal, en contadas excepciones, no clasifica sino, enumera las medidas que se tienen previstas, a saber: embargo preventivo, secuestro, intervención judicial con sus modalidades de veedor y administrador, inhibición general de bienes, anotación de litis, prohibición de innovar y contratar, protección de personas y una más, de contenido amplio con fines propios complementarios de las otras medidas en cuanto lo que ellas no cubriesen, denominada medida cautelar genérica.

a) *Embargo*: Se denomina embargo a la afectación de bienes dispuesta por orden judicial con el fin de resguardar con ellos la eventual ejecución de una sentencia de condena. Se distinguen tres modalidades:

- 1) *Embargo preventivo*: regulado en los artículos 209 a 212 del CPCCN, cuya finalidad coincide con la definición anterior y se puede tomar sobre cosas o bienes individualizados o sobre una universalidad de cosas;
- 2) *Embargo ejecutivo*: que se otorga al acreedor de una obligación documentada en un título que trae aparejada ejecución. Es también una medida precautoria, ya que el derecho del actor no está reconocido todavía judicialmente, pero la presunción que surge del título ejecutivo exime al peticionario de la contracautela e impone al juez el deber de otorgar la medida.

3) *Embargo ejecutorio*: que se admite en los procesos de ejecución forzada (ejecución de sentencias) y persigue la realización inmediata de los bienes que se indisponen. Se decreta en el trámite de cumplimiento de una sentencia ejecutoriada. Tanto el embargo preventivo como el ejecutivo pueden transformarse en ejecutorio, una vez que se reconoce el derecho del actor mediante el pronunciamiento de la sentencia definitiva en el juicio de conocimiento, o cuando debe cumplirse la sentencia que manda llevar adelante la ejecución. En el proceso de ejecución de sentencia, el embargo es un trámite ineludible; constituye un acto necesario del proceso, de conformidad con la naturaleza de la ejecución procesal forzada, donde se persigue el cumplimiento de una sentencia firme.

b) *Secuestro*: el secuestro es la medida cautelar en virtud de la cual se desapodera a una persona de una cosa mueble. Constituye una medida más grave que el embargo preventivo, pues mientras en este la cosa permanece en poder del cautelado, quien puede seguir disfrutándola, en el secuestro es privado de su uso y se la saca de su órbita de poder para colocarla en custodia de un tercero –depositario–.

El secuestro puede ser autónomo o complementario del embargo. El primer supuesto se da cuando hay peligro de pérdida, destrucción o deterioro de la cosa o cosas que constituyen el objeto del proceso; el segundo, cuando el embargo no resulta suficiente por sí solo para garantizar el resultado de la sentencia, o sea, que el embargo es anterior.

El secuestro recae sobre bienes muebles individualizados, ciertos y determinados.

c) *Intervención Judicial*: la intervención judicial es una medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada, caso del *interventor recaudador*, o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes, caso del *interventor informante*, o del *interventor administrador o coadministrador*.

d) *Inhibición general de bienes*: la inhibición general de bienes (art. 228 del CPCCN) es una medida de excepción, sustitutiva del embargo que puede ordenarse únicamente por carencia, insuficiencia o desconocimiento de bienes del deudor y siempre que concurren las circunstancias que autorizan el embargo preventivo.

Es la medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en Registros Públicos, y solo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y los derechos reales sobre ellos.

Es una providencia destinada a impedir que el deudor disminuya su patrimonio, y no a que lo aumente con nuevas adquisiciones.

En atención a los daños que puede acarrear la inhibición general al limitar la disposición de bienes, el deudor está habilitado para pedir su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución bastante. Los bienes ofrecidos deben ser suficientes en relación al crédito que se reclama y las costas del juicio.

La inhibición solo produce efectos desde la fecha de su anotación en el registro respectivo, y es a partir de ese instante cuando el inhibido no puede realizar acto alguno que importe disponibilidad de bienes, es decir, que se traba la disponibilidad e impide que se grave el patrimonio, pero no que el inhibido libere alguno de sus bienes o que lo incremente.

La inhibición caduca a los cinco años de su inscripción si no se pidiere y reinscribiera antes del vencimiento del plazo.

e) *Anotación de litis*: la anotación de litis es una medida cautelar destinada a asegurar la publicidad del proceso cuyo objeto sea un determinado bien registrable, para que las sentencia pueda ser opuesta a terceros adquirentes o en cuyo favor se constituya un derecho real sobre él.

Se refiere al ejercicio de una pretensión que, de prosperar, alteraría la situación registral de un bien (art. 229 del CPCCN), es decir, dirigida a constituir, modificar, declarar, transmitir o extinguir derechos reales.

La anotación de litis no impide la transferencia del bien afectado a ella, pero permite que su adquirente esté informado de la existencia del juicio y de la naturaleza del mismo.

Para que proceda la anotación de litis es menester que se haya promovido en forma previa la demanda, que exista verosimilitud del derecho, justificación del peligro en la demora y se haya cumplido con la contracautela exigida.

La anotación de litis se extingue con la terminación del proceso en el supuesto de ser rechazada la demanda. No se requiere su levantamiento pues, como su finalidad es solo la publicidad del proceso, si este concluyó, su compulsión por un posible adquirente le hará advertir que el negocio no corre riesgo alguno. No obstante, conviene pedir su levantamiento con el objeto de evitar complicaciones durante las tratativas.

En cambio, si la demanda hubiese sido admitida, la medida permanece hasta que la sentencia sea cumplida. Esta solución es lógica, pues si se levantara antes de su acatamiento podría dar lugar a que el demandado enajenara o gravara el bien. Como la pretensión estaba encaminada a alterar la situación registral del bien, la inscripción de la sentencia en el registro correspondiente hará perder virtualidad a la anotación de litis.

f) *Prohibición de innovar*: la prohibición de innovar apunta a la preservación de una situación de hecho o de derecho existente en un momento procesal determinado, pero de ningún modo constituye la vía idónea para evitar la promoción o prosecución de otras causas, aunque posean actual o eventual incidencia sobre el objeto del juicio en el que se pide la medida.

La prohibición de innovar constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el status quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornando la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables.

La medida de no innovar procede en cualquier tipo de proceso (art. 230 del CPCCN). No interesa el contenido del pleito; puede ser o no posible de apreciación

económica, tratar sobre acciones reales o personales, o relativo a situaciones de hecho o de derecho.

Los presupuestos de esta medida son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la ausencia de otra medida cautelar idónea, la promoción previa de la demanda y la contracautela.

La prohibición de innovar no surte efectos hasta tanto sea notificada la medida al sujeto pasivo. Resulta lógico que quien se debe abstener de cambiar una situación de hecho o de derecho, solo pueda hacerlo a partir del momento en que tome conocimiento de la orden judicial.

La medida se mantiene hasta la finalización del proceso en que cesan sus efectos automáticamente, pues, si la demanda es rechazada, entonces el afectado por la medida podrá modificar o alterar el escenario fáctico o jurídico porque el actor carecía de derecho, mientras que en caso contrario, no será la medida de no innovar la cual impida al demandado tal actitud, sino la sentencia misma.

g) *Prohibición de contratar*: la prohibición de contratar prevista en el artículo 231 del CPCCN es una medida cautelar de carácter excepcional, y de interpretación restrictiva, debiendo disponerse solo cuando no exista otra medida idónea para obtener el fin perseguido, máxime si se tiene en cuenta que ella afecta no solo al desenvolvimiento de la accionada, sino que además puede lesionar los derechos de terceros.

La prohibición de contratar solo procede cuando surge de la ley, cuando se ha estipulado en el contrato o cuando se propone asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio.

La resolución que ordena la medida debe individualizar aquello que sea objeto de la prohibición y disponer su inscripción en los registros que correspondan mediante oficio, como así también la notificación a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

La cautela quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia.

h) *Protección de personas*: con la denominación de protección de personas, el ordenamiento procesal en el art. 234 del CPCCN, establece la “guarda” como medida cautelar. Se trata de una medida que tiende a salvaguardar la integridad física y moral de determinadas personas ante circunstancias especiales.

Dada su finalidad, no requieren el cumplimiento de los presupuestos genéricos de las restantes medidas cautelares, por ello no requieren una prueba acabada para emitir las decisiones que tienden a tutelar los intereses en juego; basta con que sumariamente surja prima facie la verosimilitud del derecho y la urgencia para que el órgano judicial esté en condiciones de adoptar las resoluciones del caso.

i) *Medidas cautelares genéricas*: la medida cautelar genérica, establecida en el art. 232 del CPCCN, es aquella que se encuentra sin nominar en el CPCCN,

permitiendo que el juez ordene atendiendo las necesidades del caso y las circunstancias que la fundamentan.

En opinión de De Lázari, en el ámbito cautelar, la llamada “medida cautelar genérica o innominada o indeterminada”, resulta un instrumento altamente valioso, porque constituye *una norma de clausura del sistema cautelar* establecido, de contenido infinito, en tanto permite encuadrar en su seno la enorme variedad de hechos y situaciones que pueden presentarse en la realidad del proceso judicial. Tal carácter consiste en que no solo permite el dictado de cualquier medida de naturaleza cautelar no prevista, pero que resulte eficaz en razón de las circunstancias, sino que, además, permite que se decrete una medida nominada o típica cuando la plataforma fáctica del caso no encuadra en el presupuesto de una medida prevista legalmente e igualmente existan verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela²²⁵.

Asimismo, la medida cautelar genérica no solo procede ante la ausencia absoluta de normas reguladoras, sino también como complemento de las existentes, flexibilizando la actitud del juez, quien podrá ponderar, ante el caso concreto, el alcance que sea más propio en cada medida.

²²⁵ DE LÁZZARI, Eduardo, *Medidas Cautelares*, tomo 1, Platense, 1986, p. 575.

CAPÍTULO XXVI

LOS PROCESOS URGENTES

301. ¿Qué es un *proceso urgente*? ¿Cuál es la diferencia con el proceso común?

La doctrina considera que existe *proceso urgente* cuando “concurren situaciones que exigen una particularmente presta respuesta y solución jurisdiccional²²⁶. Se incluye en el concepto de proceso urgente a la tutela *cautelar* clásica, a la tutela *anticipatoria* y a la tutela *autosatisfactiva* autónoma. Esta clasificación la veremos con más detenimiento al analizar las medidas cautelares.

La diferencia entre *proceso común* y *proceso urgente* radicaría en el goce oportuno –“posterius”– o anticipado –“prius”– de la tutela jurisdiccional de mérito que ofrece cada uno. La inminencia de un daño irreparable, o de difícil reparación ulterior, que amenaza la indemnidad del derecho en el *proceso urgente*, representa el único disparador del anticipo jurisdiccional de fondo, material o de mérito, que lo identifica.

Además, juega una característica importante en la caracterización. Se trata del principio de bilateralidad y contradicción, según el cual, a cada alegación de una parte corresponde oír a la otra, para resolver de inmediato; salvo en las medidas cautelares donde la decisión se toma *inaudita pars* aunque una vez que se hace efectiva la precautoria, se permite el ejercer el derecho de oposición y resistencia. En cambio, en la tutela de urgencia, la sentencia judicial se puede anticipar y hasta cumplir con haber escuchado a la otra parte.

302. ¿El proceso cautelar también es un proceso urgente?

El proceso cautelar es considerado por la doctrina en general como una categoría inferior de proceso urgente, en orden a la tutela más efectiva que proporcionan las sentencias *anticipatorias* y las medidas *autosatisfactivas*, que, por lo demás, al no estar legisladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, obliga a los justiciables a introducirlas en al proceso “encaballadas” –como señala Jorge W. Peyrano– en las medidas cautelares clásicas²²⁷.

El XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe entre el 1º y el 3 de junio de 1995, declaró lo siguiente: “La categoría del proceso urgente es más amplia que la del proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas *autosatisfactivas* y las resoluciones *anticipatorias*.” (Conclusión de la Comisión n° 2).

No hay dudas de que lo urgente no es el proceso, sino la pretensión que lo origina y que constituye su objeto.

²²⁶ PEYRANO, Jorge W., *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipada en particular*, ED 163-786.

²²⁷ PEYRANO, *op. cit.*, p. 788.

Lo correcto, entonces, es hablar de pretensión urgente y no de proceso urgente, porque lo urgente –como se indica– es la pretensión cuyo complemento necesario en el proceso es la decisión pronta de la jurisdicción.

Si lo urgente fuera el proceso y no la pretensión, como se insiste, el daño que la mora judicial ocasionara no perjudicaría a nadie, pues el proceso –que según Jaime Guasp Delgado no pertenece a los seres tangiblemente reales²²⁸– no tiene titular, como sí lo tiene la pretensión procesal, que es el que sufre el daño en carne propia.

La voz “urgencia” –según el Diccionario de la Lengua Española– denota ‘necesidad o falta apremiante de lo que es menester’, mientras que el intransitivo “urgir” significa: ‘instar o precisar una cosa su pronta ejecución (satisfacción) o remedio (reparación)’.

Una simple inferencia lógica permite advertir que es incorrecto –además de grave por sus derivaciones sobre la eficacia de la tutela jurisdiccional– hablar de “proceso urgente”. Es que a la necesidad apremiante de lo que es menester –como señala el prestigioso glosario– ¿La padece el proceso o el titular de la pretensión? Es más, ¿quién solicita la pronta reparación del daño o inconveniente, el proceso –como se afirma– o el titular de la pretensión? La respuesta –por evidente– cae de madura: lo urgente no es el proceso, sino la pretensión, cuyo titular, en el caso, se halla urgido por una necesidad impostergable, perentoria, que solo la rápida prestación jurisdiccional puede satisfacer en forma oportuna y completa.

303. ¿Cuál es la diferencia entre una pretensión común y una pretensión urgente?

La pretensión material –no la petición cautelar– puede ser común o urgente. La primera recorre la secuencia normal del proceso, sin alterar su cronología ni sus fases, pues no existe peligro inminente de frustración del derecho subjetivo en que se funda hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

La *pretensión urgente*, en cambio, connota en situaciones extremas el máximo grado de tensión que pueda concebirse entre la integridad del derecho en que se funda y su total frustración. Exige siempre una decisión rápida de mérito para aventar el riesgo cierto de menoscabo que se cierne sobre el derecho en que se asienta.

La entidad que exhibe el peligro de ese daño adyacente en sintonía con el objeto de la pretensión fondal (esto es, la sola evitación del perjuicio –en un caso– o la declaración de condena contra el autor de la conducta o acto causante de la lesión –en el otro–), determina *prima facie* la clase de decisión oportuna que corresponde pronunciar (mandato para el juez de la tutela) y el procedimiento “proporcional” (Lino E. Palacio) que debe establecerse para la sustanciación de la pretensión urgente (mandato para el legislador).

La *pretensión urgente no cautelar*, por lo mismo, procura anticipar los tiempos de la eficiencia (decisión de fondo o de mérito), a través de una sentencia que se pronuncia luego de un proceso acotado y breve (amparos, interdictos, alimentos, sumarísimos, etc.), y en caso de probada excepción, se emite aún prescindiendo del proceso:

²²⁸ GUASP, Jaime, *Comentarios...*, *op. cit.*, tomo 1, p. 236.

a) Reclama –a diferencia de la petición cautelar– una decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas, calificadas según correspondan por ley, sobre la legitimidad o razonabilidad de la conducta demandada, o sobre la responsabilidad del emisor de esa conducta; también reclama, por lo mismo, una decisión que declare el derecho de los litigantes, condene o absuelva de la demanda o reconvencción (CPCCN, art. 163).

b) En supuestos *in extremis* en que el tiempo del proceso representa un obstáculo insuperable para salvar la vida del derecho cierto, en riesgo inminente, además, de sufrir un menoscabo irreparable (derecho a la vida, salud, subsistencia, intimidad, dignidad, etc.), la pretensión urgente solo queda satisfecha a través de una decisión –más que oportuna– inmediata y definitiva, que se agota en la mera protección o tutela del derecho en peligro (autosatisfacción), al modo de los *decretum*, *interdictum* e *in integrum restitutio* del procedimiento *extraordinem* o *per cognitionem* del derecho romano clásico, o del *referee*, *interlocutory injustions*, *ordonnances sur requete*, etcétera, del derecho moderno

304. ¿Cuál es la diferencia entre una pretensión urgente y una petición cautelar?

Suele confundirse con demasiada frecuencia la *petición cautelar innovativa* (especie) con la *pretensión urgente* no cautelar (género). Empero, la diferencia específica entre ambas categorías de declaraciones de voluntades petitorias y deprecativas (Guasp), encuéntrase en la distinta finalidad que cada una de ellas procura. Representa, por lo mismo, un grave error de concepto afirmar que en ciertas ocasiones se confunde el objeto de la petición cautelar con el objeto de la pretensión principal (especialmente en los amparos), con el agravante que se rechaza la medida en perjuicio casi siempre irreparable del derecho de defensa del cautelante.

La *pretensión urgente* exige en uno de sus supuestos que la oportunidad y razonabilidad de lo decidido sobre el mérito –a diferencia de la petición cautelar– conformen una unidad sin la cual ninguna satisfacción deviene completa. La urgencia representa –en esta hipótesis– la senda que comunica a la decisión de *mérito* con la pretensión impostergable; o, si se prefiere, el puente por el que transita el derecho material que la prestación jurisdiccional proyecta sobre la pretensión procesal luego de que el proceso haya finalizado. Sin esta senda, sin este puente, la pretensión quedaría insatisfecha, desairada o, peor aún, irremediabilmente denegada.

En la *petición cautelar*, en cambio, lo urgente representa –por decirlo de algún modo– el viaducto que comunica a la providencia oportuna de *trámite* –no de mérito– con la plataforma fáctica o jurídica sobre la cual proyectará sus efectos la decisión de fondo (sentencia) una vez cumplidas todas las fases del proceso.

La petición cautelar en la mayoría de los casos intenta preservar la inalterabilidad –a veces conservativa, otras veces innovativa, pero siempre *asegurativa*– de esa plataforma fáctica o jurídica. Piero Calamandrei destaca en el mismo sentido que lo cautelar es siempre *asegurativa*, porque “asegura” contra el peligro que amenaza al derecho²²⁹.

²²⁹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 48.

La seguridad que suministra la providencia cautelar en estos supuestos se proyecta sobre la situación jurídica, ámbito particular de la vida que la pretensión trata de asignarse (Guasp), plataforma fáctica o jurídica (nosotros), estado de hecho o de derecho (“Camacho Acosta”), persona del peticionario de la providencia (Calamandrei: *venter non patitur dilatione*), etcétera. No interesa la denominación que se asigne a la parcela que se procura asegurar, pues esta siempre gira en menor o mayor grado en torno a un derecho subjetivo constitucional verosímil, probable o cierto.

A veces, el juez preserva la indemnidad del sustento fáctico o jurídico de la pretensión restituyendo en forma “precaria” o “provisoria” por vía cautelar lo que los romanos denominaban el *ius utendi* (el uso) y el *ius fruendi* (derecho a obtener los frutos), del bien de la vida o derecho pretendidos, sin pronunciarse sobre la titularidad de los mismos, ni condenar o absolver al autor de la conducta o acto impugnados, cometido propio de la sentencia de mérito una vez que ha finalizado el proceso.

Adolfo A. Rivas señala que “... la sola *posesión* del derecho resulta (en estos supuestos) ser un bien protegido y su privación, aunque más no sea mientras dure el proceso, es una pérdida irreparable que no se compensa con los cumplimientos ulteriores”²³⁰.

Por este motivo la restitución provisoria del *uso* de la moneda extranjera *acorrallada* en los bancos que se logró en innumerables casos por vía judicial durante la grave crisis que vivió el país a fines de 2001, no revistió el carácter de un anticipo de la sentencia de mérito, como se ha señalado erróneamente²³¹, y no se trata de un anticipo jurisdiccional, reiteramos, sino de una tutela cautelar o asegurativa del *uso* y/o *goce* del derecho en beneficio de su probable titular, con fundamento en el *fumu bonis iuris*, *periculum in mora*, *periculum in damni* y la *contracautela* que este último acreditó en los autos (los vistos del decreto n° 1570/01 dan clara cuenta de ello cuando señala: “que, sin embargo, en situaciones como la presente puede restringirse por breve período el *uso* y *goce*, limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo...”).

Lo propio sucede cuando un tribunal ordena por vía cautelar la inmediata provisión de una prótesis –o su equivalente en dinero– a un obrero que sufre la amputación de un miembro superior (v.gr.: *Camacho Acosta c/Grafi Graf S.R.L.*, J.A. 1998-I-465), en procura de restablecer la integridad de la unidad psicosomática en la que toda persona consiste, desbaratada por una grave contingencia profesional (accidente de trabajo), a fin de que pueda ejercer plenamente los derechos que la Constitución Nacional le garantiza (en el caso, los derechos a la salud, trabajar, mantener a la familia, etc.), y para que la demora del proceso (*periculum in mora*) no irroge un daño irreparable a tales derechos (la CSJN al fallar en esta causa habla de “reparar mediante esta vía un agravio causado a la *integridad física y psíquica* tutelada por el art. 5, inc. 1° de la Convención Americana sobre derechos del Hombre”).

En este famoso *leading case* el Alto Tribunal dictó una providencia cautelar restitutiva del *uso* y *goce* de los derechos afectados por la contingencia laboral y no –

²³⁰ RIVAS, Adolfo A., *La jurisdicción anticipada y la cosa juzgada provisoria*, La Ley Actualidad, 22/02/96.

²³¹ MORELLO, Augusto M., *Las medidas cautelares y la ley 25.587. El tapón al goteo de los amparos anticorralito*, ED, 197-827, cuando puntualiza que: “Si lo que se persigue en el amparo o equivalente es la entrega del dinero depositado y la cautelar procura ese propósito, la *identidad de objeto* es total en el comienzo de la controversia o caso. Entonces la cautelar no tendrá andamio al carecer de legalidad, porque la decisión al respecto es materia de pronunciamiento final. No hay anticipación de tiempos anteriores”.

como lo expresa en el fallo– una sentencia *anticipatoria* o *anticipo de jurisdicción favorable* respecto del fallo final de la causa (Cons. n° 5).

Una cosa es “evitar –mediante la providencia cautelar– la producción de perjuicios que podrían acaecer en caso de inactividad del magistrado, tornando muy dificultosa o imposible su reparación en la sentencia” (Cons. n° 9), y otra bien distinta es declarar el derecho de los litigantes, condenar o absolver de la demanda o contestación, etcétera, cometido propio e intransferible de la sentencia definitiva (jamás de la cautelar).

305. ¿Es posible anticipar la tutela jurisdiccional de mérito mediante las denominadas sentencias anticipatorias?

Según José A. Seco Villalba²³², Argentina fue el único país que durante el siglo XIX reconoció al derecho de defensa la categoría de derecho fundamental, al declararlo y garantizarlo como un derecho específico, identificado con la existencia, conservación y libertad del hombre.

Al derecho de defensa se lo considera absoluto porque la Constitución Nacional lo declara inviolable, sin admitir ninguna excepción, a diferencia de lo que sucede con otros derechos cuya inviolabilidad autoriza excepciones calificadas por ley (como los de propiedad, domicilio, correspondencia epistolar, papeles privados, etc.).

Bien puntualiza Sagués, que las sentencias –medidas de satisfacción inmediata, o autosatisfactivas– tienen raigambre constitucional, es cierto en cuanto no repulsan a la Constitución, e incluso encuentran asidero en ella, pero siempre que respeten la regla del *debido proceso* y el *derecho de defensa en juicio*²³³.

La Constitución Nacional es clara cuando señala que “la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

María A. Gelli destaca en este sentido que se debe llegar a la sentencia mediante el cumplimiento del *debido proceso* legal y asegurando la *defensa de los derechos*; debe estar motivada en los hechos de la causa y fundada en las reglas legales que autorizan a embargar, secuestrar, enajenar bienes y adjudicar su producido a los terceros legitimados²³⁴.

Sostiene Luis Herrero que del texto constitucional que consagra la garantía de la defensa en juicio surge claramente que el juez bajo ningún motivo o pretexto debe anticipar la *sentencia de mérito* ni mucho menos pronunciarla contra una persona cuyo derecho a ser oído no fuese ejercido plenamente, bien entendido que dicha decisión de mérito es aquella –a diferencia de la decisión cautelar– que satisface en forma expresa, positiva y precisa las pretensiones –comunes o urgentes– deducidas en el juicio, las califica según corresponda por ley, declara el derecho de los litigantes y condena o absuelve de la demanda o reconvención.

²³² *El derecho de defensa. La garantía constitucional de la defensa en juicio*, Depalma, Buenos Aires, 1947. Primer premio de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

²³³ SAGÜÉS, Néstor P., *La medida de satisfacción inmediata –o medida autosatisfactiva– y la Constitución Nacional*, ED, 194-1045.

²³⁴ GELLY, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 153.

También señala Efraín Quevedo Mendoza [...]

“El juez solo formula el juicio de certeza sobre un derecho subjetivo en la sentencia definitiva, y luego de una instrucción con amplias posibilidades de debate y respetando el principio de contradicción (...) Cosa que nunca sucede ni en las medidas autosatisfactivas, ni en las precautorias, ya que ambas tramitan *inaudita altera pars* o con un contradictorio muy reducido”²³⁵.

Por eso, este sector de la doctrina interpreta que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, no tienen cabida las *sentencias anticipatorias* de mérito, no solo porque la jurisdicción de conocimiento –en sus tres clásicas versiones– es siempre indivisible y representa la derivación natural de un proceso (ordinario, sumarísimo o especial), sino porque la propia Constitución Nacional lo prohíbe expresamente (v. arts. 16, 17, 18 y 75 inc. 22). Quevedo Mendoza reafirma esta proposición científica cuando señala que la certeza exigida al juzgador para atribuir un derecho a alguien, no solo deriva de una norma lógica o psicológica, sino de un mandato constitucional (arts. 16, 17, 18 CN), por lo que la mera probabilidad que se exige para otorgar una medida cautelar o una *medida autosatisfactiva* –o una sentencia *anticipatorias*, según Herrero– jamás puede sustentar una decisión judicial atributiva de un derecho en forma definitiva²³⁶.

Ahora bien, ¿es constitucional la sentencia que no escucha a una de las partes? La contrariedad a zanjar estriba en el desplazamiento de una regla clásica y estereotipada del debido proceso. Inclusive, se ha repetido al hartazgo que se viola el derecho de defensa en juicio cuando se dicta un pronunciamiento sin oír a una parte, ni darle oportunidad para hacerlo.

Sin embargo, la tutela cautelar admite postergar el contradictorio y nadie duda de la constitucionalidad de las medidas precautorias; las que actualmente se han instalado en el terreno abonado por la *eficacia procesal* amparado en la necesidad de una tutela judicial segura y continua.

La crisis mayor asienta en las denominadas *medidas autosatisfactivas* donde se resuelve sin escuchar y de manera definitiva, al ser medidas que se agotan al concretarse (v.gr.: examen de los libros por el socio –art. 781, CPCCN–)²³⁷.

En todas las presentaciones surge como hecho a resaltar, el activismo que a los jueces se reclama y que propician el llamado *decisionismo judicial*, que tantas resistencias provoca.

²³⁵ Quevedo Mendoza, Efraín, *Presupuestos de fundabilidad de las medidas autosatisfactivas y de las medidas cautelares*, Albremática, Record Lógico: SUM-Doc-021125, “EIDial.com”, sección doctrina procesal).

²³⁶ *Op. cit.*, passim.

²³⁷ En nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2002, sostuvimos que estas resoluciones no son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes). Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional. Dicen que, al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso. Pero, como ya se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista, ni concreto, sino confiable y eficaz).

Lo cierto es que nuestros jueces no están animados a un cambio tan grande, pese al clamoroso pedido de la sociedad que los pone en la vanguardia de una resistencia a la opresión.

Si queremos actuar con cautela será preciso armonizar las funciones con las posibilidades que el cuadro fundamental de las garantías otorga. Ello se nutre de los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, que por su esencia, trascienden los acuerdos entre partes y las singulares conveniencias; después se integra con los principios y garantías constitucionales, y se acompaña con las leyes que van implementando las nuevas consignas.

La aventura tiene justificativos porque se funda en resolver sobre la angustia y el derecho a una decisión pronta que llega a la justa composición del conflicto, aunque no se cumplan las etapas y formalidades propias de las reglas del contradictorio.

La eficacia de la jurisdicción autoriza en el marco de las normas transnacionales, asumir con valentía este tipo de providencias que toman el nombre de *tutela urgente en el proceso*.

Los modelos dispuestos parten desde la *autonomía de las medidas cautelares*, evitando que estas sean únicamente un soporte provisional de una eventual sentencia de condena.

Hay situaciones en las que una precautoria resuelta oportunamente puede evitar conflictos posteriores (v.gr.: secuestro de la cosa reclamada), o ser fuente de negociaciones inmediatas que solucionan la crisis por medios alternativos diferentes al proceso.

Por ejemplo, la posibilidad que tiene toda persona afectada por una situación de violencia familiar para solicitar una tutela judicial urgente de carácter sustantivo requiere de la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) un comportamiento lesivo, 2) un daño injusto, 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño y 4) la atribución del hecho a una persona (T. Familia, Formosa, 1998/09/04, “V., D. E. c. E. G., E.”, LL Litoral, 199970). De este modo, un accionar oportuno evita la continuidad del daño y actúa preventivamente.

Pero no se agota en el modelo cautelar la insistencia por conseguir una justicia oportuna y efectiva.

Las *sentencias anticipadas* son un remedio experimental que, actuando amparada en lo contextual y evidente, admite dictar un pronunciamiento inmediato apenas contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo²³⁸.

²³⁸ Algunos sostienen que es necesario efectuar una petición concreta en tal sentido y que ella sea sustanciada con el fin de garantizar el principio de bilateralidad y el derecho a la contradicción. Nosotros creemos que la bilateralidad ya se consolidó con la contestación, de manera que entra en la órbita de la función jurisdiccional asumir –inclusive de oficio– el dictado de una sentencia inmediata.

Peyrano, teniendo presente el modelo brasileño, dice que existen cuatro presupuestos: a) prestación de contracautela; b) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; c) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; d) la concurrencia de una suerte de *plus* por sobre el “peligro en la demora” corriente en las demoras cautelares. En efecto, aquí se exige, además, la existencia de una situación conexas que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil

La idea es que actividad judicial no se agote en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que, aunque *stricto iuris*, alteren el principio dispositivo y el de congruencia, quedan autorizadas por la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables.

Donde más riesgos se corren, es con las llamadas *medidas autosatisfactivas* que significan resolver sin oír a la parte contraria que afectará la decisión a tomar de inmediato. Como con la sentencia se cumple el objeto de la pretensión perdiendo sentido una revisión posterior, al ser irreversible, se ha sostenido la inconstitucionalidad de las providencias de este tipo.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, que se ordena en circunstancias extremas, por la que se procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.

Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.

Por ejemplo, una acción de amparo con medida cautelar innovativa tendientes a que una obra social provea un marcapasos definitivo a uno de sus afiliados con problemas cardíacos se puede encuadrar procesalmente como medida autosatisfactiva si existen riesgos serios para la integridad psicofísica de aquel, agotando la prestación médica reclamada con su eventual acogimiento.

Aunque no exista regulación legal de la medida autosatisfactiva, resulta procedente su acogimiento por cualquier carril procesal que se considere pertinente, pues de lo contrario se desoiría el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional.

La acción no está legislada en el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires pero encuentra su fundamento legal en el artículo 15 de la Constitución provincial, que asegura la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia, como también en el artículo 5º, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto de San José de Costa Rica (del voto en disidencia de la doctora Zampini) (C. 1ª Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 2002/03/26, “Berlingieri, Fernando c. Sociedad Militar de Seguros de Vida”, LLBA, 2002 –julio, 836– LLBA, 2002, 836).

La Corte Nacional ha admitido la nominación y admite que es competente la justicia federal para conocer en la medida autosatisfactiva interpuesta por la titular de una concesión a fin de obtener que la provincia demandada garantice la libre circulación y el tránsito en el corredor vial concesionado nacional, pues se encuentra afectada la prestación de un servicio público interprovincial que brinda la accionante, existiendo una interferencia en la satisfacción de un propósito de interés público federal, en un lugar sometido a la jurisdicción del Estado nacional (del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2002/03/12, “Caminos del Valle Conces. S.A. c. Provincia del Neuquen”, DJ, 2002/07/10, 738 - DJ, 2002-2, 738).

Asimismo, responde ordenar la rehabilitación del beneficio de retiro por invalidez, dentro del marco tuitivo del derecho de la seguridad social, si quien peticiona la medida se encuentra en gravísimo estado de salud, por lo que la urgencia se configura

reparación o la circunstancia de que resulte víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria).

por el carácter alimentario de la prestación y el desamparo respecto de la cobertura médica (C. Fed. Seg. Social, Sala II, 2002/03/12, “Cañibano, Roberto R. c. Nación A.F.J.P. - Nación Seguros de Vida S. A.”, DT, 2002-A, 1097, con nota de María Alejandra Guillot).

La medida autosatisfactiva –en el caso, a fin de otorgar una jubilación por invalidez– constituye una especie del género de los procesos urgentes, como las medidas cautelares, las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del *habeas corpus*, tutelas diferenciadas que están caracterizadas todas por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa, y cuya creación la Constitución Nacional no desalienta (JNFed. Seg. Social, n° 7, 2000/03/17, “Alonso, Hugo M. c. ANSES”, La Ley, 2000-E, 554 - DJ, 2000-3-608).

Se agrega que, hasta tanto se regule la medida autosatisfactiva –en el caso, a fin de otorgar una jubilación por invalidez–, puede fundarse su dictado tanto en la medida cautelar genérica, como una interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente regulen diversos supuestos que puedan calificarse como tales, pudiendo al respecto aplicarse analógicamente el Código Procesal del Chaco, donde se incluyó este instituto.

La amplitud de posibilidades se continúa con estas resoluciones: La declaración de existencia o no de dumping es una facultad administrativa que queda fuera del ámbito de determinación judicial, siendo improcedente la medida autosatisfactiva incoada que busca, en el caso, ordenar a distintos organismos del P.E.N. que implementen medidas a fin de limitar la importación de pollos de la República Federativa del Brasil (C. Fed. Paraná, 1999/12/30, “F. E. P. A. S. A. y otros s/ Medida Cautelar”, RDM, 2000-2-269).

Además, es improcedente como medida cautelar –en el marco de una acción de amparo a fin de obtener el restablecimiento de la normal prestación del servicio de agua– la provisión de agua mineral a escuelas y a sus respectivos comedores escolares en tanto no se identifica concretamente con el objeto pretendido, y antes bien tiene características propias de una medida autosatisfactiva que con su otorgamiento agotaría la pretensión (J. Civ. y Com., Bahía Blanca, n° 7, 1999/08/30, “Larraburu, Dámaso c. Azuriz S. A.”, La Ley, 2000-D, 401 - LLBA, 2000-590).

Es procedente también cuando, adaptando el procedimiento previsto por el artículo 232 del CPCC de la provincia de Buenos Aires, tiende a evitar que una obra social deje de prestar su servicio a una niña oxigenodependiente por haber transcurrido los tres meses de cobertura obligatoria luego de producido el distracto laboral de la madre de la menor, hasta tanto el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar su salud integral (T. Familia Lomas de Zamora, 1999/05/21, “S., M. I.”, JA, 2000-II-393).

306. ¿No sería más apropiado hablar de pretensiones urgentes “trascendentes”?

Teniendo en cuenta la discusión y ambivalencia que tienen las medidas comentadas, podemos emplazar respuestas alternas ante situaciones similares.

Por ejemplo, quienes las rechazan por inconstitucional prefieren distinguir entre *pretensión urgente trascendente* y *pretensión urgente inmanente*. Esta última, como se verá luego, encierra mayor dificultad que la primera en orden a su correcta tipificación

procesal: ¿Es *fondal* o meramente *cautelar*? ¿Es de conocimiento o persigue un objeto distinto?

La *pretensión urgente trascendente* se emplaza en el acto o conducta del sujeto causante del daño –actual o inminente– al derecho subjetivo constitucional cuya declaración y, según el caso, reparación se reclama en el proceso. La decisión oportuna que se anhela mediante esta pretensión peculiar, se pronuncia luego de un proceso acotado y breve, sin alterar su cronología y una vez cumplidas todas sus etapas o fases (v.gr.: amparo, habeas data, interdictos, alimentos, litis expensas, proceso sumarísimo, especiales, etc.).

La *pretensión urgente trascendente* –a diferencia de la petición cautelar o asegurativa– procura en todos los supuestos una prestación jurisdiccional de mérito que actúa en forma directa sobre el derecho material en que se funda. Es, por lo tanto, una pretensión de conocimiento.

El menor o mayor riesgo de daño que provoca en el titular la eventual privación del ejercicio o goce del derecho que subyace a la *pretensión urgente trascendente*, se aventa a través de la protección cautelar asegurativa, en la medida que no se caiga en el grave error de negarla judicialmente a quien la peticiona, con el argumento que existe identidad de objeto entre la *petición cautelar* y la *pretensión principal* (lo que es imposible lógica y jurídicamente)²³⁹.

Esta frecuente e infundada afirmación –según dice Luis R. Herrero–, además de soslayar las garantías constitucionales del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, representa una suerte de paralogismo o falacia, pues infringe los principios ontológicos de *identidad* (todo objeto es idéntico a sí mismo) y *contradicción* (ningún objeto puede ser “p” y “no p” al mismo tiempo), sentado que la *pretensión principal* –cualquiera fuera su categoría– y la *petición cautelar*, tienen objetos que difieren sustancialmente, al grado que jamás podrían ser considerados idénticos sin caer en una *aporía*.

El Alto Tribunal de la Nación incurrió en este error procesal en la causa “Smith, Carlos A.” (rectius: “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en Smith Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nacional s/sumarísimo”, sent. del 01/02/02, J.A. 2002-I-237), al dictar la sentencia definitiva en el incidente de medida cautelar –dejando sin materia y huérfano de garantía al proceso principal– con el opinable argumento que: “la medida cautelar requerida y ordenada por el juzgador coincide con el objeto de la demanda (sic) por lo que la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica, por lo tanto, el juzgamiento del fondo del asunto” (Cons. n° 3).

El objeto de la *pretensión urgente inmanente*, por su parte, se reduce a evitar la frustración, extinción o desbaratamiento del derecho subjetivo constitucional en que se funda, razón por la cual la decisión oportuna que demanda es *inmediata y definitiva*.

Las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal del sujeto pasivo de la *pretensión inmanente*, no sufren detrimento alguno en vista que en este excepcional supuesto prevalece la garantía *de la defensa* del titular del derecho subjetivo material en trance de sufrir un daño irreparable.

Piénsese en la hipótesis nada excepcional en la que se conjuga el derecho a la vida de un paciente grave, el derecho a ser oído del sanatorio que se niega a atenderlo

²³⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., *Tutela urgente cautelar*, J.A. 1999-IV-1030.

por un conflicto con su Obra Social y una decisión judicial que ordene la inmediata prestación médica para evitar la muerte segura del enfermo: ¿qué debe prevalecer en estos casos, el derecho a la vida o el derecho a ser oído del nosocomio?

Mucho se ha escrito en torno a la excesiva inclinación que ha adquirido la garantía de la defensa a favor del victimario en el proceso penal y del deudor en el proceso civil²⁴⁰, lo que de ser cierto desvirtuaría su naturaleza igualitaria y tutelar al servicio de *todas* las partes del proceso.

Es que, así como el imputado o el demandado defienden su derecho “resistiendo”, el ministerio público o el actor civil también defienden los suyos “reclamando”, de modo que jamás debiera existir –a la luz del texto constitucional– preferencia normativa o judicial por alguno de los sujetos en función de la posición que ocupan en el proceso.

Si se aceptara que la *garantía de la defensa en juicio* procura resguardar la integridad de los derechos subjetivos constitucionales disputados en el proceso, y no a la inversa (como es fácil inferir desde el punto de vista lógico y jurídico), no habría ninguna duda en admitir que en orden al principio de supremacía constitucional, la “garantía” representa un *posterius* y el “derecho subjetivo” un *prius* en la simbiótica relación que se establece entre ellos.

Esta conclusión conduce a sostener que si bien es cierto nadie puede ser privado de un *derecho subjetivo* sin tener la oportunidad de ser oído, tampoco se puede invocar esta garantía cuando su operatividad formal importe obstaculizar una decisión jurisdiccional consubstancial a la existencia de un derecho cierto en peligro inminente de sufrir un daño irreparable, cuya última salvaguarda procura –precisamente– la garantía de la defensa de su titular (*prius tempore, prius ius*).

El juez dispensa esta categoría de *tutela inmediata, definitiva* y ciertamente *excepcional*, a través de métodos “invasivos” de incuestionable linaje constitucional, análogos a los que aplican los médicos en situaciones límites como única forma de salvar la vida de pacientes en riesgo inminente de muerte. Los elementos indubitables de convicción con que cuenta el juzgador –respecto de la certeza del derecho, del *daño* y el *peligro* que lo amenazan– le alcanzan para disponer una decisión judicial *inmediata* y *definitiva* –en este último caso por consumación del objeto– que impide el aniquilamiento del derecho subjetivo en riesgo.

Cualquier procedimiento (“espacio”), cualquier momento (“tiempo”), incluso antes que el proceso haya comenzado, es “oportuno” para pronunciar una decisión de naturaleza *preventiva* –inmediata y definitiva– que se agota en sí misma, porque su cometido –como se ha indicado– se reduce exclusivamente a evitar la extinción de un derecho subjetivo constitucional. Adolfo Rivas –en el mismo sentido– puntualiza que en estos supuestos: “Los hechos ponen al tribunal ante una disyuntiva imposible de soslayar; o se satisface la pretensión en ese momento, o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediabilmente” (v. La jurisdicción anticipatoria, La Ley Actualidad, 22/02/96).

La *pretensión urgente inmanente* –reiteramos– no solo aguarda una decisión jurisdiccional inmediata y definitiva, sino básicamente *preventiva*, pues su único objeto

²⁴⁰ Cfr., entre otros, Rudolf VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Heliasta S.R.L., 1993, p. 80; PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, *Rev. de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, vol. 5, 2000, p. 310.

radica en *prevenir* o evitar el acaecimiento de un daño inminente *previsto* con anterioridad; doble efecto o alcance de esta figura jurídica de naturaleza procesal que coincide con las dos acepciones que le asigna al verbo “*prevenir*” el prestigioso Diccionario de la Lengua Española (“*volitiva*”–como *evitación* del daño– e *intelectiva* – como *previsión* del mismo–).

No constituye una pretensión de “conocimiento”, pues a través de ella no se pide al órgano judicial que dilucide y determine el contenido y alcance de una relación jurídica (Palacio).

Pero sí constituye una pretensión de *mérito* o de *fondo*, ya que su objeto –más que una declaración, condena o constitución de un estado jurídico– procura preservar la *existencia*, o, lo que es lo mismo, evitar la *extinción* de un derecho, lo cual representa la más grave incidencia que pueda concebirse de una decisión jurisdiccional sobre la sustancia de un derecho subjetivo.

La *pretensión urgente inmanente*, por lo mismo, se agrega como un género nuevo a los tres conocidos de pretensiones procesales (de conocimiento, cautelares y ejecutivas). No reviste naturaleza *cautelar* –como lo sostiene Efraín I. Quevedo Mendoza– porque no es *provisoria* (obviamente es “definitiva”), ni tributaria de un proceso (o “instrumental”); tampoco el juicio que formula el juez previo a su despacho es de *verosimilitud* ni de *probabilidad* (*fumus boni iuris*), sino de “certeza” objetiva (juicio de *verdad*); y finalmente porque este juicio tampoco presupone –como el juicio cautelar– un cálculo de probabilidades acerca del contenido de la sentencia definitiva (“instrumentalizada hipotética”), procurando –como afirma Calamandrei– asegurar su eficacia práctica “en la hipótesis que esta tenga un contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles” (porque la sentencia que satisface una pretensión urgente inmanente es *real* y no *aparente*, como la providencia cautelar).

Estas ideas tienen en cuenta, básicamente, el juego dialéctico del proceso y no quieren interferir en el método de debate. Si la bilateralidad y la contradicción son garantías, no se encuentran fundamentos para alterar las facultades del juez.

Sin embargo, existe otra visión para este fenómeno de alternancia. En efecto, la función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463, que establece su aplicación inmediata a las causas en trámite y la conversión de las radicadas ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que se encuentren pendientes de sentencia al procedimiento previsto en esa ley, debe considerarse que la naturaleza alimentaria de los créditos previsionales exige una consideración particularmente cuidadosa para que no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables. Asimismo, no debe olvidarse que el tema se relaciona con la justicia de protección o acompañamiento y que el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio (CNSeg. Social. Sala II, 995/09/27, “Hussar, Otto c. ANSeS”, La Ley, 1996-B, 83, con nota de María del Carmen Besteiro - DJ, 1995-2-821 - DT, 1995-B, 2157).

El análisis que se propone es otro. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y

hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como “de acompañamiento”, donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (CS, 1983/08/02, “Abal Medina, Juan M.”, ED, 107-165 - Fallos, 305-973 - JA, 984-I-30).

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se emparenta directamente con este poder.

La alta misión de hacer justicia que corresponden a los integrantes del Poder Judicial y la necesaria confianza que en él han de depositar los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social se contraponen con cualquier interpretación que, so color de fundarse en ellos, signifique detraer de los jueces naturales el conocimiento de las causas radicadas ante sus estrados (CS, 1994/12/06, “Alonso, Jorge F. y otros”, JA, 1995-II-624).

Claro está que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamiento estériles (CS, 1996/03/26, “B., N. H.”, La Ley, 1996-C, 538 - DJ, 1996-2-425).

Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 1995/10/19, “Dessy, Gustavo G.”, La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97).

Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 1983/04/26, “Perón, Juan D., suc.”, La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

Desde esta posibilidad abierta, se continúa con la potestad de modificar cláusulas inconvenientes con la libertad de contratar, o cuando la manifestación de voluntad no sea libre o esté previamente condicionada, o directamente se evidencia abusiva.

En estos casos, la circunstancia de que algunos bancos privados e incluso instituciones oficiales puedan cobrar tasas superiores, no invalida la doctrina expuesta, pues frente a los posibles excesos en que pudieran incurrir tanto los particulares como

las referidas instituciones, es misión de los jueces adecuar las convenciones a los límites que impone el ordenamiento jurídico cuidando de que no transgredan la regla moral (CNCiv., Sala E, 1979/02/15, “Viviendas Cenit Argentino S.A. c. Tudela de Carbone, María J.”, ED, 83-665).

Observemos que se ha dicho cuando se trata de multas o intereses punitivos: mientras no se haya demostrado un perjuicio cierto por la aplicación de una pena tan gravosa como la estipulada como cláusula penal, es privativo de los jueces reducirla a márgenes de razonabilidad, máxime si admitir la aplicación lisa y llana de la estipulación acordada en el contrato importa vulnerar el contenido ético del que no pueden apartarse las convenciones que celebran los particulares. La circunstancia de que algunas financieras cobren tasas superiores –o el hecho de que deban hacer frente a costos, gastos administrativos, o de estructuras técnicas, etc.–, que disminuyan sus márgenes de ganancia, no desvirtúa la solución apuntada pues frente a los excesos en que su pudiera incurrir es misión del juez adecuar las convenciones a los límites que impone el ordenamiento jurídico para que no sea transgredida la regla moral. La reducción del interés por el órgano jurisdiccional está guiada pues por esos fines y tiene en miras la situación del deudor que debiendo devolver un capital actualizado pagaría de otra manera tasas usurarias (CNCiv., Sala G, 1981/03/12, “Cosmos, S. a. c. Groisman, Mario L. y otra”, La Ley, 1981-D, 213).

Cuando la limitación en las libertades afecta intereses generales, la atención se pone en el control de constitucionalidad y por eso se ha dicho que, es inconstitucional el artículo 14 de la ley 25.453, en cuanto prohíbe dictar medidas precautorias que afecten los recursos del Estado nacional o impongan cargas personales pecuniarias a sus funcionarios, ya que al vedar de modo ilegítimo facultades propias de los jueces resulta incompatible con la misión jurisdiccional que prevé el art. 116 de la Constitución Nacional y atenta contra las garantías y derechos fundamentales de petición y defensa, acceso a la jurisdicción y debido proceso legal (C. Fed. La Plata, Sala III, 2001/10/11, “Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. P.E.N.”, LLBA, 2002-488).

El concepto de orden público tiende a corregir situaciones creadas, abusos del derecho e injusticias generales previstas por la organización social, por lo que cumple una misión reguladora, de carácter institucional, cara al Estado, como también una misión reparadora, y solidarista (CNCiv., Sala C, 1980/08/26, “Olivera, Héctor J. c. Inmobiliaria Continental, S. R. L.”, La Ley, 1981-A, 243).

Finalmente, la función ha de estar atenta a toda alteración que esté en sus manos corregir.

Se ha dicho que, episodios como el del *sub judice* en que empleados policiales exigen dinero para no llevar adelante un procedimiento merecen severo repudio y ejemplificadora sanción, para desalentar a quienes no quieren aún comprender que no pueden agraviar impunemente a las instrucciones sobre las que se asienta la paz y la seguridad de todos. Hechos de esta naturaleza, de reiteración desafortunada en los últimos tiempos producen alarma social, pues se ha corrompido la conciencia del servicio público y se ha adulterado hasta lo profundo la responsabilidad de aquellos a quien el Estado arma para defensa de sus conciudadanos. Ocasiona ello hondo deterioro que salpica a los que cumplen fielmente con su deber, al envolverlos en la generalizada desconfianza que se despierta en el hombre común cuando precisamente aquellos destinados a custodiarlo, lo esquilmán y escarnecen con la alta misión que les fuera conferida (en el caso, se imponen cuatro años de prisión, ocho de inhabilitación

especial, accesorias legales y costas para cada uno de los condenados, habiéndose absuelto a uno de los procesados por aplicación del art. 13 del Código de Proced. Criminal (CNCrim. y Correc., Sala IV, 1979/10/12, “Lepera, José A.”, La Ley, 1980-A, 531).

Además, hay procesos en los cuales las potestades jurisdiccionales son diferentes. Nos referimos a los procesos constitucionales donde los poderes del juez acentúan una función específica que consiste en realizar el control de constitucionalidad de las leyes, aplicando el principio de legalidad.

Básicamente, todos los mecanismos son controversiales, ya sea contra el Estado (o la autoridad pública) o frente a actos de particulares. El debate se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, teniendo como adversario al agente productor del acto lesivo.

Sin embargo, las reglas de la bilateralidad y la contradicción no se aplican a pie juntillas, porque la premisa conduce a observar los hechos antes que las personas afectadas. En realidad, estas son el destino de la protección que se promueve.

De este modo, el asunto se concentra en la cuestión constitucional, evitando que las alegaciones de las partes alteren la actividad esencial que el sistema difuso tiene previsto para los Jueces americanos.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones.

Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el amparo, por ejemplo, es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas–, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

El mecanismo trabaja sobre el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad, que en los procesos constitucionales reparan en los derechos fundamentales y en las garantías permanentes que resultan inalterables, llevando así a que se analicen más los conflictos de fondo que las angustias procesales.

307 ¿No sería correcto hablar de anticipo provisorio del goce o ejercicio del derecho por vía cautelar?

Se puede ser titular de un derecho pero no ejercerlo o gozarlo en forma efectiva por múltiples razones. Cuando se disputa en torno a su titularidad en un proceso, o se impugna el acto o conducta que lo amenaza o menoscaba, hay circunstancias que – convenientemente valoradas por el legislador– autorizan al juez a conceder o a restituir en forma provisorio el goce efectivo de ese derecho al justiciable mientras dura el proceso. Este anticipo provisorio, por lo demás, procura neutralizar el daño que subsiste cuando el juez prevé que la demora de la sentencia puede impedir o disminuir la plena satisfacción del derecho subjetivo. El juez, por lo tanto, anticipa en forma provisorio su goce al cautelante y de esta suerte evita una lesión a su derecho, a veces irreparable, otras de difícil reparación ulterior.

No se percibe, hasta aquí, ningún menoscabo a la garantía de la defensa del demandado; muy por el contrario, el juez al evitar que el derecho subjetivo sucumba frente al peligro inminente de un daño verosímil, logra que el proceso prosiga normalmente su curso y permite, al mismo tiempo, que la contraria pueda continuar ejerciendo en plenitud su defensa en juicio.

Si el juez, por el contrario, en lugar de resguardar el derecho en riesgo, hubiera desoído el clamor del peticionario de la cautela, dejando que el mismo se extinguiera frente al peligro inminente de un daño quizá irreparable, no habría duda que hubiera violentado sin excusas la garantía de la defensa del titular de ese derecho y todo quedaría, por añadidura, invalidado, porque la propia Constitución declara que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Piero Calamandrei se percata claramente de ello cuando señala en su memorable Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares, lo siguiente [...]

“Indudablemente puede haber casos en los cuales, entre el daño que podría sufrir el titulado acreedor constreñido a no obtener la satisfacción del crédito hasta el pronunciamiento de la providencia definitiva, y el que podría sufrir el pretendido deudor constreñido a pagar antes de que exista contra él la declaración de certeza de la subsistencia del crédito, el primero se presenta a priori como de mayor consideración que el segundo, hasta el extremo de aconsejar una medida cautelar que dé inmediata satisfacción a una parte de la demanda del actor, cuando todavía pende la cognición ordinaria sobre la totalidad de la demanda y, por tanto, sobre la parte de la misma que provisoriamente acoge la [medida] provisional.”²⁴¹.

La menor o mayor verosimilitud que ostenta la pretensión a criterio del legislador o del juez, según el caso, representa el único disparador del despacho asegurativo o cautelar del derecho a la vida, salud, alimentario, propiedad, posesorio, etc., cuando algún daño se cierne sobre ellos sin posibilidad de que la sentencia llegue a tiempo para impedirlo, o cuando además de la susodicha verosimilitud o probabilidad del derecho, existe prueba inequívoca a favor del accionante, abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito retardatario por parte del demandado (Código Procesal de Brasil, art. 273, ref. por ley 8952/1994).

El nuevo código procesal civil de Brasil aprobado recientemente y que comenzará a regir a partir del mes de marzo del año 2016, contiene una regulación específica y detallada respecto de la tutela de urgencia. Así el Libro V con el título “De la tutela provisoria” regula la tutela de urgencia en el Título II, indicando tanto los requisitos y el procedimiento en los casos que la misma es requerida como tutela anticipada, como los requisitos y el procedimiento en los casos en que es requerida como tutela cautelar.

²⁴¹ Introducción..., *op. cit.*, p.106.

CAPÍTULO XXVII

TEORÍA PROCESAL DE LAS NULIDADES

308: ¿Qué son los vicios en los actos procesales?

Las nulidades suponen vicios que hacen revocables los actos. Las tres palabras que identifican este menester (nulidad, vicios, revocabilidad) son independientes entre sí; el vicio no siempre genera la invalidez aun cuando suponga irregularidad. En otras oportunidades la entidad del error motiva la inexistencia del acto o la nulidad insanable, circunstancias todas ellas, que nos demuestra la necesidad imprescindible de encontrar vocablos comunes que caractericen la teoría de las nulidades procesales.

Un progreso en esta área se logra al observar la relación que existe entre *nulidad* = *gravedad de la falta*, de manera que es posible deducir la nulidad de acuerdo con la importancia del vicio. Este puede ser un acto con irregularidades formales; o con errores que lo llevan a la nulidad (absoluta o relativa), o bien encontrarse en la categoría de actos inexistentes.

Pero como en el proceso el principio es que todas las nulidades son relativas, si no se manifiesta el interés para nulificar los actos posiblemente viciados, estos pueden quedar convalidados, saneados, regularizados, etcétera. Si, en cambio, promedia impugnación los actos podrán revocarse o invalidarse.

Este planteo obliga a separar debidamente las nociones de nulidad (cuando hay vicios) y revocabilidad de los actos procesales que provienen del órgano jurisdiccional, porque en este caso, la vía arreglada a derecho es el recurso, y excepcionalmente, puede el mismo juez que dictó la providencia errada, volver sobre sus pasos saneando el error incurrido.

De esta manera puede llegarse a una primera conclusión, cuando los errores productores del vicio procesal provienen de los errores *in iudicando* (de juzgamiento), se razona propiamente en el terreno de las nulidades.

En cambio, imperante el principio de las nulidades relativas, podemos decir que se desplaza la regla hacia la invalidación, de modo tal que cuando las partes incurrir en apartamientos a los señalamientos formales de expresión (de lugar, tiempo y modo), los efectos jurídicos de esos actos, son en principio válidos salvo que la naturaleza del vicio los torne inexistentes. Por tanto, técnicamente estaremos presenciando casos de ineficacia, inoficiosidad, inocuidad, o inexistencia de los actos, pero no de nulidad²⁴².

309. ¿Dónde se reglamentan las nulidades?

El Código Civil contiene una precisa construcción sobre las nulidades de los actos jurídicos, el cual, aunque con diversidad de enfoques y planificación en las categorías de irregularidades, vicios, nulidades, etc., tiene el valor de la unidad que cimenta como orden normativo; pero cuando se trata de aplicarla a todas las ramas, y en especial, al derecho procesal, se observa cierta inadecuación fundada en los principios

²⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, tomo II, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 670.

formativos que este tiene y afirma como fundantes de su autonomía, que demuestran la escasa significación que tiene la nulidad en los negocios jurídicos respecto de la relación jurídica procesal.

Supongamos que se admitiere regir las nulidades procesales por las normas sustantivas; ello llevaría a tener una base rígida de orientaciones que en vez de fundarse en la flexibilidad tolerada en las formas, implementaría un esquema demasiado formal basado en el orden público. De este modo, el orden interno que sostiene el principio dispositivo, y la publicización de proceso que le permite al juez fundamentar los principios superiores de orden, paz y convivencia social, se verían desfigurados por la rigidez abstracta de disposiciones que no tienen la vida y movilidad que luce en todas sus manifestaciones el proceso civil.

Por eso, resulta más acertado eliminar el rigor del derecho civil, sin descartar la unidad conceptual que ofrece con lograda experiencia. El fenómeno procesal estará en la concreción de sus principios y presupuestos, basados en la plena adaptación de la instrumentalidad de las formas a las necesidades que den y sirvan, para la eficacia del proceso.

310. ¿Qué vicios provocan nulidades procesales?

Las formas procesales están pensadas para determinar las manifestaciones de los actos que las partes desenvuelven en el proceso. La falta de alguno de los presupuestos que condicionan su validez intrínseca, como la ausencia de recaudos solemnes que inciden en su declaración externa, son proclives a nulificarse por el vicio que exponen en la expresión.

El principio de conservación permite, no obstante las irregularidades o imperfecciones de los actos procesales, mantener la eficacia del mismo; por tanto, los vicios que provocan nulidades procesales deben clasificarse en orden a la posibilidad de producir efectos jurídicos.

La ineficacia se puede graduar, en rigor, en base a la trascendencia de los errores, indicando las nulidades que son consecuencia de cada uno.

Sería correcto plantear que la ineficacia es el género y la nulidad la especie²⁴³; donde la ausencia de presupuestos esenciales para la constitución provocaría la máxima nulidad (*rectius*: inexistencia), y desde allí, hacia abajo, podremos encontrar nulidades absolutas y/o relativas, para terminar en irregularidades o anulabilidades de los actos.

310.1 ¿El derecho procesal tiene actos inexistentes?

La ardua y sostenida discusión que plantea el derecho civil, sobre la existencia de esta categoría, puede trasladarse al derecho procesal, pero asignando fundamentos diversos.

La inexistencia es un término en autocontradicción; si algo no existe, de suyo supone que no tiene manifestación como hecho. Por eso, solo cabe referir a una inexistencia jurídica, donde los elementos que componen la estructura del acto no responden o son inadecuados con los preceptos que lo determinan.

²⁴³ COUTURE, *Fundamentos...*, op. cit., p. 373.

El problema, en el derecho procesal, debe establecerse en esta dirección: ¿son válidos o no los actos inexistentes?

Obsérvese que en el derecho civil, no se mencionan diferencias entre existencia y validez basada en elementos que permitan ponderar con suficiencia (v.gr.: cuantitativos o cualitativos), es decir, no se proporciona guía alguna que realice la distinción. No podrá decirse que el vicio o el requisito de validez aparece cuando el ordenamiento decreta la nulidad del acto, ya que entonces el argumento es evidentemente tautológico y verbal²⁴⁴.

En cambio, el derecho procesal establece requisitos esenciales para la constitución de sus actos. Son presupuestos que hacen a la vida misma (“Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una no sentencia” –dice Couture). No hay efecto alguno, probable ni posible, porque el acto es irrelevante, se tiene como no producido. Por tanto ni siquiera es necesario que sea invalidado, ni pueden aparecer actos posteriores que lo confirmen, o subsanen.

310.2 ¿Cuándo la nulidad es absoluta?

Referimos a un supuesto de ineficacia o invalidez total. El acto lleva un vicio estructural que lo priva de lograr sus efectos normales.

Las leyes procesales contienen un mínimo de contenidos esenciales para la validez y eficacia consecuente de los actos regularmente constituidos. Si ellos están ausentes, o deficitariamente completados, no se alcanza la indispensable eficacia externa.

A diferencia de la inexistencia, la nulidad si bien es extrínsecamente inoperante, se presenta con una apariencia externa de legitimidad que hace necesaria la misión de una declaración judicial que la destruya²⁴⁵.

Estas nulidades no requieren del pedido de parte para lograr la invalidación. De lo contrario, sería posible la vida de una actuación absolutamente insanable, lo que es un contrasentido.

La instrumentalidad de las formas, no obstante su finalidad y adaptabilidad al cumplimiento de los actos, tiene ciertas reservas que hacen indisponibles algunas solemnidades, esenciales, del proceso civil. Por ejemplo, la atribución de jurisdicción, la salvaguarda del debido proceso, los actos realizados bajo violencia o intimidación, la preservación de la defensa en juicio, entre muchos más, alertan que su desconocimiento vulnera el interés público comprometido.

Por ello, la inobservancia de tales condiciones conduce irremediablemente a la anulación –aun oficiosa– de los actos viciados.

310.3 ¿Cuándo la nulidad es relativa?

El vicio que afecta estos actos es de poca entidad. No trascienden el defecto más allá de los requerimientos que las formas imponen.

²⁴⁴ NIETO BLANC, Ernesto, *Nulidad en los actos jurídicos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 109.

²⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 461.

Son eficaces pese a su irregularidad, y solo caen si producen daños o perjuicios a otro, y siempre que el afectado deduzca la invalidación consecuente (anulabilidad).

Son relativamente nulos porque dependen de la convalidación que al respecto suceda; mientras no suceda son válidos.

Un acto enquistado con un vicio leve, tiene utilidad y eficacia, y produce las consecuencias previstas si la parte perjudicada no promueve la anulación.

El art. 149 del Código Federal da ejemplo de estas nulidades cuando indica [...]

“Será nula la notificación que se hiciere en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores siempre que la irregularidad fuere grave e impidiera al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica.

Cuando del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución, la notificación surtir sus efectos desde entonces.

El pedido de nulidad tramitar por incidente, aplicándose las normas de los artículos 172 y 173.

El funcionario o empleado que hubiese practicado la notificación declarada nula, incurrirá en falta grave cuando la irregularidad le sea imputable”.

También el art. 169, a modo de presupuesto general, indica la improcedencia de la nulidad si el acto logra alcanzar la finalidad a que estaba destinado.

311. ¿Qué diferencia existe entre anulación e irregularidad de los actos?

Son consecuencias distintas que parten de las nulidades relativas. La anulabilidad supone la pretensión promovida por el afectado para invalidar el acto procesal que lo perjudica.

Particulariza los principios de convalidación, preclusión, y trascendencia, sin perjuicio de los demás presupuestos que condicionan la admisibilidad de las acciones de nulidad.

La anulabilidad, por su parte, se constituye en una consecuencia del obrar de parte interesada destinada a destruir los efectos jurídicos que obtuvo un acto viciado.

A veces, la imperfección de los actos no dará causa para nulificarlos; en estos casos, se habla de actos imperfectos, pero válidos, es decir no nulos. La imperfección supondría una merma en la garantía de las partes, pero no la anulación misma, y por ello se deja a las partes la facultad de denunciarla²⁴⁶.

Nosotros estimamos correcto plantear este tipo de imperfecciones en la siguiente categoría.

312. ¿Cuándo hay irregularidad de los actos?

La irregularidad manifiesta una forma de violar la legalidad de las formas, pero el vicio que trasuntan no es grave ni produce indefensión o crisis en el derecho al debido proceso.

²⁴⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 465.

Suceden cuando el acto se presenta deficitario en sus requerimientos formales, pero, por su escasa o nula trascendencia, no dan lugar a la revocación, ni consideran su saneamiento.

Este tipo de vicios se distingue de todos los demás porque son válidos y eficaces. Por eso resulta conveniente establecer una distinción más, a partir de enfocarlos con los medios de subsanación posibles que cuenten.

Si observamos atentamente, las causas de nulidad anteriores alteran el procedimiento y provocan un perjuicio o gravamen que funda la causa de su revocación. En este, el acto es incorrecto, pero a pesar de su irregularidad no impiden la continuidad del procedimiento ni afectan el derecho de parte alguna.

Lo interesante es que, en principio, tampoco existe interés en impugnarlos.

Ejemplo de irregularidades se dan con el tiempo en el proceso, y con algunas formas que se toleran incorrectas bajo el manto de no cercenar el derecho de defensa en juicio (v.gr.: el código cuando se refiere a los plazos pocas veces consigue el objetivo).

En resumidas cuentas, la irregularidad es objeto de pura casuística, y la distinción que la doctrina agrega respecto a que ellos son motivo de sanciones por incorrección disciplinaria, no puede constituirse como tal, porque estas dependen de un principio diferente que proviene de la moralidad en el proceso y no del tipo de incorrecciones formales que el ordenamiento destaque.

313. ¿Cuáles son los presupuestos de las nulidades procesales?

La unidad temática de las nulidades en el derecho procesal se afirma con los presupuestos que funda para su admisibilidad. Ellos adicionan razones para demostrar las particularidades que reviste la nulidad en el proceso, a diferencia de las que suceden en el negocio jurídico.

No obstante, existe cierto paralelismo con principios sustanciales; inclusive, podría afirmarse que no hay diferencias ontológicas, porque en ambas prevalece la noción de relatividad de las nulidades.

En verdad, desplazar el conjunto de principios y presupuestos al solo resguardo de las formalidades en el proceso, hasta resulta exagerado, circunstancia que merece reconsiderarse para dar a las nulidades la ubicación precisa que merecen en el concierto de la teoría general del derecho.

313.1 Principio de especificidad

El código procesal recepta este presupuesto en el artículo 169 párrafo primero, cuando indica que “ningún acto procesal será declarado nulo, si la ley no prevé expresamente esta sanción”.

El principio recuerda la regla del código Napoleón *pas de nullit, sans texte*, pero no impide que se anulen actos que eviten el compromiso con formalidades esenciales (nulidades implícitas).

El código civil y comercial trae ahora un criterio de distinción (art. 386) por el cual son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres; y de nulidad relativa son los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

Aun siendo precisa la explicación que ofrece la doctrina, respecto a que la norma indica que la nulidad no puede asumirse como una sanción; el espíritu que emite no difiere del que postula el presupuesto procesal.

En suma, los ordenamientos tutelan la finalidad de orden y seguridad en las relaciones humanas, por lo tanto, también ambos toleran nulidades en casos que no están específicamente descritos.

313.2 Principio de trascendencia

Bajo este título, el mismo art. 169, en sus párrafos segundo y tercero, dice [...]

“Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. No se podrá declarar la nulidad, aun en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado”.

El principio vuelva su fuente al derecho francés (aun sin ley expresa), *pas de nullit, sans grief* (no hay nulidad sin perjuicio); con la importancia de concatenar la finalidad de los actos con las garantías de defensa y alegación.

La instrumentalidad de las formas permite bajo este presupuesto, otorgar validez a un acto irregular si alcanzó la finalidad que, en cada caso en concreto, estaba destinado a satisfacer. No importan sus defectos, porque no existe subordinación estricta a las formas, sino a la relación que existe entre el vicio y el fin del acto.

De allí que la norma prevenga que la declaración de nulidad procede si hay perjuicio demostrado.

No existe la nulidad por la nulidad misma, no es preciso responder cabalmente a las solemnidades cuando van de por medio otras prioridades del proceso, como la celeridad, la claridad, y, en definitiva, la justicia misma.

313.3 Principio de convalidación

De acuerdo con lo recién explicado, una forma de convalidar actos defectuosos ocurre si ellos alcanzan los fines que estaban previstos al ejercerlos. Podría decirse que es una convalidación legal, donde no existe actividad de la parte.

Otra posibilidad está pensada por el art. 170 del código al referir que “La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto”.

Impera en la regla el principio dispositivo, y demás afluentes de los principios procesales (preclusión, celeridad, buena fe, etc.), sin perjuicio de concretar el carácter relativo de todas las nulidades que sucedan en el proceso.

El código procesal lo define como *subsanción* de los actos nulos (a diferencia del código civil que habla de *confirmación* arts. 387 y 388 Código referido). En ambos casos, se constata la actividad de una persona, plenamente capaz de obligarse y de disponer de sus bienes, que es parte en el proceso, y conociendo el vicio que hace anulable un acto jurídico, no ejerce actividad alguna.

El saneamiento automático que se propone con la regla, supone atender una multiplicidad de situaciones que parten de reconocer cuáles son los actos procesales que pueden convalidarse.

A riesgo de ser reiterativos, convengamos que por razones metodológicas conviene afirmar lo siguiente:

- a) Los actos inexistentes no pueden subsanarse, sencillamente porque son un *no hecho*, y carecen de las mínimas expresiones útiles que le otorguen validez formal y eficacia.
- b) Los actos nulos de nulidad absoluta no son subsanables, porque ellos están inficionados, son inválidos. Ocurre que llevan eficacia y por esta condición resuelven su utilidad mientras no exista actividad de parte legitimada que acuse la inoficiosidad. Hay consentimiento, no convalidación, es decir, la voluntad expresada ficta o realmente, asiente en la eficacia del acto, no en su validez como acto jurídico.
- c) Los actos de nulidad relativa son válidos, útiles y eficaces, mientras no sean invalidados por una providencia nulificatoria. Son actos anulables, en las características que vimos anteriormente.
- d) El caso más común, es el que establece el artículo 172 del Código procesal que establece la imposibilidad de decretar la nulidad si el acto estuviese consentido.
- e) Otra probable contingencia ofrece la impugnación tardía de las nulidades, en la cual la preclusión obra definitiva en el sentido de que la firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica la validez de los actos, a pesar de los vicios que manifiesten.

313.4 Principio de conservación

Este principio es una formulación más acotada del que rige en todo el derecho, especialmente en los de contenido patrimonial. Tiende a dar continuidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan, siempre y cuando, claro está, esa nulidad no sea de tal importancia que inficione la calidad misma del acto.

En la praxis opera complementario del principio de saneamiento; en tanto su consagración procesal la expresa el párrafo tercero del art. 169 antes expuesto.

El principio procesal de conservación apunta así, a resguardar los valores de seguridad y firmeza, de suma importancia para la función jurisdiccional, toda vez que esta aspira a obtener resultados justos, y logros fructíferos, sin menoscabarse en dispendios inútiles como los que motivan las nulidades por el solo hecho de asegurar el respaldo en las formas.

313.5 Principio de protección

Este presupuesto toma cuerpo en las vías de impugnación que analizamos en el párrafo que sigue; en particular, pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan, requiriendo tres condiciones específicas: a) que la anulación pretendida, justifique el accionar de la justicia ante la evidencia del perjuicio que generan los efectos del acto viciado; b) que la nulidad provenga de actos propios de la jurisdicción,

o de la parte contraria, c) que quien promueve la impugnación no haya dado lugar con sus actos, al vicio que denuncia.

El artículo 171 del orden adjetivo establece un aspecto de la regla en estos términos: “La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado”.

El principio demuestra una extensión del precepto *nemo auditur propriam turpitudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se expresa como doctrina o teoría de los propios actos, según el cual, no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura (Cfr. art. 1049 del Código Civil).

314. ¿Cuáles son los medios de impugnación?

La nulidad procesal puede declararse de oficio o a petición de parte. Dado que la actividad del propio tribunal no es propiamente una vía de impugnación, sino de saneamiento, quedan por verse los distintos remedios que tiene el interesado para conducir la invalidación de un acto viciado.

El Código Civil y Comercial ha dispuesto que “La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse” (art. 383)

En el sendero de lo procesal las vías impugnativas serían cuatro: el recurso, el incidente, la excepción y la pretensión autónoma.

314.1 Los recursos

El código procesal legisla distintos medios que se adecuan a la instancia y a la gravedad del vicio.

a) El *recurso de reposición*, previsto en el artículo 238, establece la posibilidad que el juez revoque por contrario imperio la misma providencia que dictada, porte o determine un vicio consecuente.

Es el medio de más breve alcance y de efectos inmediatos, porque permite introducir la denuncia en la misma instancia, si bien altera el plazo normado por el art. 170 aun cuando este se refiera a la deducción del incidente de nulidad.

b) El *recurso de apelación*, es la vía típica de alegación. La opción por ella impide ir a otra senda impugnativa.

c) El *recurso ordinario de nulidad* tiene un fundamento distinto a la apelación, de modo tal que, si bien es cierto legislación y jurisprudencia lo admiten como sucedáneo de la apelación, esta tiende a corregir los errores de juzgamiento, mientras aquel persigue subsanar la invalidez. Una coherente sistemática propicia mantener esta división: la nulidad, para los vicios u omisiones de los actos formales o errores *in procedendo*; la apelación para remediar los agravios contra el fondo material de la decisión, es decir, una crítica hacia los errores *in iudicando*.

La finalidad del recurso es corregir en la alzada los errores formales que tengan la sentencia o el procedimiento que fuera su causa. El recurso resulta exclusivo cuando es imposible reparar el gravamen por otras vías.

d) Finalmente, el *recurso extraordinario de nulidad*, esta reglamentado únicamente en los ordenamientos que admiten cierta autonomía de la nulidad ordinaria. En otros, se abastece a través de la casación con reenvío al tribunal para que dicte nueva sentencia, si ella fuera anulada.

314.2 El incidente de nulidad

Es el conducto ordinario a tenor de lo dispuesto en los artículos 170 y 172 del código procesal para petitionar nulidades que sucedan en el curso de la instancia.

Las articulaciones han de versar sobre vicios que provengan de las partes, o del mismo órgano jurisdiccional, inclusive sobre sus resoluciones.

A pesar de posiciones doctrinarias en contrario, que sostienen que el incidente no procede contra decisiones judiciales por cuanto la jurisdicción fenece al resolver el pleito; cabe señalar que las resoluciones dictadas en el curso de un procedimiento pueden tener vicios intrínsecos y extrínsecos, y dado que toda nulidad debe reclamarse en la misma instancia donde se produce, la omisión de denuncia significaría precluir la oportunidad.

314.3 La excepción de nulidad

La nulidad procedimental puede utilizarse como defensa, o excepción de fondo, según dirija sus fundamentos a demostrar el apartamiento a cuestiones formales que deben corregirse, o a solemnidades del rito que gravitan, decisivamente, en el derecho de defensa en juicio.

En los procesos ordinarios (de conocimiento plenario) las excepciones siguen el camino de las denominadas dilatorias; mientras que en los ejecutivos corresponden a la defensa de fondo por violación de las garantías constitutivas de la instancia.

314.4 La pretensión autónoma de nulidad

Se trata en este caso de ir contra la cosa juzgada; un proceso cualquiera sustanciado y finiquitado que, en algún pasaje de su historia incurre en vicios invalidantes advertidos después de dictada la sentencia.

Las nulidades del pronunciamiento radican tanto en errores *in iudicando*, como en errores *in procedendo*, sin descartar los que han malformado la voluntad interna de las partes o del mismo juzgador (revocación de la cosa juzgada por defectos volitivos, o por fraude o colusión con terceros, etc.). El objeto de revisión en esta vía no ocupa todos estos espacios, sino aquellos que demuestran vicios sustanciales que obtienen una sentencia consecuencia del fraude o estafa procesal.

La particularidad de esta vía radica en la distancia que tiene respecto de procesos similares como la eventual demanda de nulidad de actos jurídicos privados –que tiene su actividad fuera del proceso–; con el juicio de conocimiento posterior al ejecutivo –por esta vía no pueden discutirse las interpretaciones legales formuladas en la sentencia ni la validez o nulidad del procedimiento de ejecución–; con el recurso de rescisión –en

este se cuestionan fundamentos y no requisitos formales–; y con el recurso de revisión de la cosa juzgada –porque son distintos los supuestos de procedencia–.

El régimen actual del Código Civil y Comercial establece en los artículos 40 y 2564 la revisión de la cosa juzgada como una acción autónoma.

315. ¿Se puede declarar la nulidad de oficio?

El principio procesal fijado por el artículo 172 permite al juez declarar de oficio la nulidad siempre que el acto no estuviese consentido.

De manera que el problema estribaría en la posibilidad de invalidar los actos nulos que las partes hubiesen convalidado.

De conformidad con este principio, toda nulidad procesal queda subsanada por el consentimiento, desde que ellas tienen, por regla general, carácter relativo.

No obstante, la extensión del principio, no alcanza a los actos nulos e inexistentes, con las diferencias allí mencionadas.

Pero esta es solo una opinión, y la jurisprudencia –vacilante en esta materia–, sostiene que la convalidación consagrada en el artículo 170 es aplicable a toda articulación sobre nulidad de actuaciones, desde que la norma no autoriza a efectuar distinciones. Concordantemente, se ha declarado que no existen nulidades procesales absolutas y el consentimiento expreso o presunto de la parte a quien perjudica, opera la preclusión, sin que razones abstractas fundadas en el mero interés de la ley autoricen una revisión que atentaría, de entrada contra la seguridad de decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada (SC Buenos Aires, Ac. y Sent., 1975-642).

Desde otra perspectiva, se prioriza el orden público y la relación con facultades indelegables que se vinculan con la recta administración jurisdiccional; por tanto, la advertencia de actos irregulares que manifiestan inobservancia de disposiciones de carácter imperativo, como la constitución de los presupuestos fundamentales para la litis o el desarrollo efectivo de la función sin máculas que la inficionen, autorizarían a declarar de oficio las nulidades encontradas.

En medio de esta duplicidad de criterios, obra una función preventiva del juez que, de ejercitarse adecuadamente, eliminaría los riesgos de un proceso inválido.

En efecto, el artículo 34, inciso 5º apartado b) dice que es deber de los jueces “señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades”.

La mayoría doctrinaria sostiene que no procede declarar de oficio las nulidades procesales por cuanto esta es una actividad propia de los litigantes, y si estos los admiten y toleran, el juez no puede sustituir el interés en un acto absolutamente dispositivo.

En posición atenuante se piensa que puede oficiosamente actuarse un acto de invalidación, siempre que las partes aun no lo hubieran consentido.

Nosotros creemos que es posible para el juez declarar *ex officio* una nulidad procesal, no obstante fuese consentida y convalidada por las partes, si ella incide en la regularidad sustancial del proceso.

316. ¿Qué efectos producen las nulidades procesales?

El artículo 174 del código procesal establece: “La nulidad de un acto no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto.

“La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquella”

El principio es engañoso, porque además de la comunicabilidad propia de los actos el mismo efecto dominó suele darse en las nulidades decretadas.

De ordinario, la principal consecuencia del vicio declarado en el acto procesal es su ineficacia e invalidez, más allá de todas las actuaciones que hubieran ocupado a su dictado, directa o indirectamente.

Esta circunstancia podría, eventualmente, llevar a la nulidad de todo el proceso; contingencia que obliga a plantear casuística y causalmente las posibilidades nulificadoras con sus secuencias inmediatas.

Por la razón que apuntamos conviene que las nulidades operen a partir de las consecuencias que generan, toda vez que la nulidad absoluta y total es de tal gravedad, que pone en crisis la identidad misma de la justicia como valor, al interrogar la sociedad cómo es posible que ocurran tales situaciones. Inclusive, para las partes, y aun para los terceros, la seguridad de los derechos adquiridos o consolidados sufre un arrebato inesperado. Estas situaciones y otras naturales de la realidad, llevan a buscar una conciliación entre los intereses particulares y los que sostiene la generalidad.

La solvencia que busca el derecho procesal para el principio, no es de tal flexión en el derecho civil, donde aun impera la regla romana, por la cual *quod nullum est nullum producit effectum*.

En el Código Civil y Comercial (art. 389) se entiende por nulidad total la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

Los efectos de las nulidades procesales varían según se trate de un acto del proceso, de una etapa o del mismo litigio. Recordamos, una vez más, que la sentencia declarada nula por vicios procesales (intrínsecos o extrínsecos) repercute en la dimensión de las consecuencias del acto impugnativo y no por la teoría procesal de las nulidades.

En el régimen sustancial (art. 390) la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso.

316.1 ¿Qué efecto tiene la nulidad del acto?

Nulificar un simple acto del proceso (v.gr.: testigo excluido que declara y luego se anula su testimonio) no acarrea consecuencias futuras. El acto deja de existir como tal, pierde validez y eficacia, pero no transfiere a otros su nulidad.

Es una nulidad independiente que no incide en el acontecer procedimental.

316.2 ¿Qué efecto tiene la nulidad del procedimiento?

En estos casos, los vicios no corren por vasos comunicantes sino por la trascendencia que tiene el acto, que obliga a cumplirlo con regularidad y eficacia. Se trata de requisitos esenciales que resultan omitidos, y que por esta anormalidad del trámite, anulan todo lo actuado en consecuencia, volviendo el proceso al tiempo que ocurre el vicio.

316.1 ¿Qué efecto tiene la nulidad del proceso?

Aquí, la gravedad del error es de tanta importancia que genera un acusado déficit en la validez absoluta del proceso. Cuando ello sucede, se nulifica todo el procedimiento cursado.

En estos supuestos se halla en juego las garantías constitucionales del debido proceso adjetivo, con sus tutelas esenciales en el derecho a ser oído, defensa efectiva, y sentencia fundada en motivos razonablemente obtenidos del análisis de la causa.

No obstante, resulta posible utilizar en el proceso posterior las medidas que en el anulado, hubieran ocurrido con un adecuado respaldo de contradicción y bilateralidad, o, de no ser así, y demuestran que fueron obtenidas legítimamente, podría darse oportunidad al oponente para expedirse sobre ellas.

Ello, fundados en el principio de economía y celeridad procesal, evitando en consecuencia, un desgaste inútil de la jurisdicción y un esfuerzo doblado de la parte que ya actuó.

317. ¿Cuáles son los efectos disciplinarios y económicos?

La nulidad no es un suceso casual; puede que lo sea excepcionalmente, pero la generalidad muestra un conocimiento efectivo de las solemnidades impuestas a los actos procesales que se desvirtúan intencionadamente.

La inobservancia puede provenir de las partes o del mismo órgano jurisdiccional, siendo las responsabilidades de ambos diferentes, en razón de las obligaciones distintas a que ambos responden.

En el código procesal civil y comercial de la Nación, el artículo 74 establece que “si el procedimiento se anulare por causa imputable a una de las partes, serán a su cargo las costas producidas desde el acto o la omisión que dio origen a la nulidad”.

En igual sentido, pero particularizando un acto del proceso, el artículo 149, párrafo final dice: “El funcionario o empleado que hubiese practicado la notificación declarada nula, incurrirá en falta grave cuando la irregularidad le sea imputable”.

Ambos casos, objetivan sanciones económicas y disciplinarias, respectivamente, con un alcance indeterminado, porque en el primer supuesto la condena en costas deriva del mismo vencimiento que obtiene quien da lugar con su pedido a la nulidad del

procedimiento, de modo tal que sería injusto privarlo de todos los gastos que invirtió si la sentencia lo resarce desde el acto que ocasiona la nulidad; el restante, impone una falta grave al funcionario responsable de la irregularidad, encuadre que lleva a creer que se trata de inejecución de funciones propias de su cargo, porque de lo contrario, la nulidad podría, eventualmente, imputarse al mismo juez al no tener en cuenta ni aplicar el artículo 34, inciso 5º, apartado b), respecto al deber de prevenir defectos u omisiones que puedan ocasionar nulidades.

Sección quinta: el proceso ejecutivo

CAPÍTULO XXVIII EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y JUICIO EJECUTIVO

318. ¿Qué diferencias hay entre título executorio y ejecutivo?

En las relaciones de negocio, las obligaciones emergentes entre las partes se pactan contractualmente y se sostienen sobre la buena fe. De ordinario se espera que cada uno cumpla con lo prometido.

Pero si el deudor no observa la conducta debida, el sujeto activo (acreedor) –al que no les es dable hacerse justicia por propia mano–, no tiene otra vía para satisfacer su crédito que la judicial, para vencer así, la resistencia pertinaz de aquel.

Con tal previsión, el ordenamiento jurídico establece vías legales que se convierten en “acciones judiciales” encaminadas al cumplimiento de la prestación debida. En este sentido el artículo 730, inciso A del Código Civil actual, expresa “La obligación da derecho al acreedor a emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado”

Estos caminos son, básicamente, de dos tipos: procesos de conocimiento o procesos de ejecución.

En el proceso de cognición, en virtud de que el derecho invocado por el actor al incoar su demanda no se presume, se deben transitar por diversas etapas que, siguen un orden secuencial que inicia con la demanda, continúa con la prueba y concluye con el dictado de la sentencia que declara cierta o no la existencia del derecho pretendido por los justiciables.

Si el acto decisorio que condena al accionado a cumplir una prestación no es acatado dentro del plazo fijado, esa sentencia, una vez consentida o ejecutoriada, recién será pasible de ejecución.

En ambos casos, las acciones proceden únicamente a pedido de parte, siguiendo la regla de que no hay proceso sin petición del interesado, porque no puede el juez de oficio encaminarlos.

Paralelamente a este sistema inicial, la ley admite otras formas de comenzar las acciones legales sin tener que reconocer previamente los hechos que le dieron origen. Es el caso de las transacciones o acuerdos homologados, multas procesales, honorarios regulados en concepto de costas, y las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas impuestas por los jueces y Tribunales, tendientes a que las partes cumplan sus mandatos.

También constituye título executorio los convenios celebrados por las partes en la mediación (ley 26.589).

Este primer conjunto de medidas tienden a darle al acreedor formas procesales útiles para que el juez conozca la causa de la obligación y llegue a darle una sentencia

por la cual pueda conseguir un medio de coacción para el cumplimiento que voluntariamente no se realizó.

Pero hay supuestos en los cuales la ejecución forzada pueda efectivizarse sin estar precedida por un proceso de conocimiento, en razón que se presume cierto el derecho invocado por el acreedor.

Tal es lo que acontece con los llamados títulos ejecutivos extrajudiciales o ejecutivos a los que la ley les asigna efectos semejantes a una sentencia de condena, pudiéndose en estos casos solo ejecutarse deudas de dinero, líquidas y exigibles y no sujetas a condición ni contraprestación.

Otra diferencia entre el título ejecutorio y ejecutivo está dada por el embargo. En la ejecución de sentencia, la traba del embargo es imprescindible para afectar determinados bienes con el fin de ser posteriormente vendidos; en tanto que es optativo en el juicio ejecutivo. Pero adviértase que en este proceso, el embargo se tornará en esencial en la etapa de cumplimiento forzado de la sentencia de remate.

319. ¿Qué es un título ejecutivo?

El pasaporte para iniciar una ejecución lo constituye el título.

Etimológicamente la voz título (del latín *titulus*) significa en su cuarta acepción “Documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación”; y desde la faz ejecutiva “Documento público o privado dotado de fuerza ejecutiva”²⁴⁷.

Bien lo expresa la máxima chiovendana: *nulla executio sine titulo*²⁴⁸. Es decir que, sin este no habrá “acción” y por ende, tampoco ejecución.

Diversos autores han ensayado definiciones y clasificaciones del título ejecutivo; se encaró así la idea del *título-documento*, entendido como prueba legal del derecho; o del *título-acto*, conteniendo una especie de acción, o de sanción, incorporada en el documento, etc.

La escuela italiana, desde Carnelutti, consideró que la función del título ejecutivo es proporcionar al juez de la ejecución la certeza de lo que debe ser, a fin de que él pueda hacer cuanto es necesario para convertirlo en ser. De esta premisa parece que se debe deducir el principio de la dependencia del proceso ejecutivo respecto del proceso de cognición, en el sentido de que corresponde al juez de la cognición establecer la existencia de todos los presupuestos de los cuales depende la actuación de la sanción. Por tanto, a fin de que se pueda proceder a la ejecución, debería comprobarse no solo la existencia de la obligación, sino también la responsabilidad, esto es, de la sujeción a la sanción.

Tanto vale decir, que el *prius* de la ejecución debería ser la condena, y no ya porque en la condena o en la declaración de certeza de la obligación, sino también de la responsabilidad: esto quiere decir que el principio de la dependencia del proceso de

²⁴⁷ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española: <http://buscon.rae.es/diccionario/cabecera.htm>

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo 1, Reus, Madrid, 1922, p. 284.

ejecución respecto del proceso de cognición limita la noción del título ejecutivo al documento de una condena pasada en cosa juzgada²⁴⁹.

Chiovenda, por su parte, considera que la acción esta constituida como el poder de dar vida a la condición para la actuación práctica de la voluntad de la ley, que garantiza un bien de la vida; voluntad entendida en el sentido de que el acreedor consiga por el momento un determinado bien, le sea o no a él debido. El título sería el documento del que resulta esa voluntad de la ley, que representa y lleva en sí la acción ejecutiva. De aquí una intrínseca y casi eventual provisoriedad del título y de la ejecución, referida obviamente al derecho objetivamente existente antes y fuera del título²⁵⁰.

Título ejecutivo es siempre una declaración pero debiendo constar siempre esta declaración (*ad solemnitatem*) por escrito; de ahí deriva la frecuente confusión entre título ejecutivo y documento.

En un mismo orden de ideas se ha dicho que el título ejecutivo-documento puede tener como contenido un acto jurídico de la naturaleza más diversa; el mismo, sin embargo, representa la exigencia de que a los actos de ejecución forzada se proceda solo si hay un mínimo de certeza de la obligación para cuya realización coactiva el acreedor se dirige al juez. El título, por tanto, no es el mero presupuesto de hecho de la ejecución forzada, ni una condición de procedibilidad de ella, sino el hecho constitutivo de la acción, en base a la cual quien tiene la posesión de dicho título puede pedir una determinada forma de tutela ejecutiva, aunque después –por ventura– el derecho por el cual acciona resulte inexistente o no existente yá (porque entretanto se haya extinguido).

El título ejecutivo puede ser considerado desde un doble punto de vista: de la forma (documento) o del contenido (acto jurídico documental)²⁵¹.

Como se ve, prácticamente la coincidencia en la doctrina está en admitir que el título ejecutivo no equivale a certidumbre sobre el crédito; seguridad que tiene, en cambio, el título ejecutorio.

Por su parte, los *títulos ejecutorios*, se caracterizan por provenir de una declaración de certeza anterior a su formación, que los faculta a constituir en el título mismo de la ejecución forzada.

Esa declaración puede resultar de la actividad jurisdiccional (v.gr.: sentencia, laudo, o acuerdos celebrados en sede arbitral o de mediación), o de la voluntad de las partes (v.gr.: transacción o conciliación homologados judicialmente).

La sentencia no distingue el carácter que tiene (v.gr.: declarativa, de condena u homologatoria), si bien es necesario acreditar la falta de cumplimiento, para dar paso a la ejecución forzada.

Cuando es declarativa, y despeja un estado de inseguridad jurídica, la obligación consecuente será corresponder con el mandato judicial, de manera que si persisten los hechos que dieron motivo a la pretensión meramente declarativa, no impide que se ejecute por esta vía.

²⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo 1, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 300.

²⁵⁰ *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo 1, p. 300.

²⁵¹ MICHELI, Gian Antonio, *Derecho Procesal Civil*, tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1970, p. 394.

Las sentencias de condena no se vinculan, necesariamente, con obligaciones líquidas o fácilmente liquidables, aunque las comprende; en los hechos, la ejecución alcanza a las condenas de dar, hacer o no hacer.

Por ejemplo, toda sentencia homologatoria, participa de los efectos de la sentencia definitiva, y por ello su ejecución tiene lugar por la vía que contemplan los artículos 499 y siguientes.

Recuérdese que el proceso homologatorio es un sometimiento jurisdiccional voluntario, que tiene por objeto otorgar al acuerdo conciliatorio, transaccional o extrajudicial de las partes, el efecto propio de una sentencia y hacerle adquirir el carácter de título ejecutorio.

El título ejecutorio se caracteriza por el proceso judicial que lo tiene como antecedente, y en tal sentido, el artículo 500 aclara cuáles son las resoluciones alcanzadas.

320. ¿Cuáles son los requisitos para proceder con títulos ejecutorios?

El primer párrafo del artículo 499 refiere a la *sentencia consentida o ejecutoriada*, que significan cosas diferentes aunque con efectos similares.

El consentimiento de la sentencia puede ser tácito (cuando no se deducen recursos y vencen los plazos para hacerlo formalmente), o expreso (cuando se manifiesta por escrito la conformidad); también puede resultar de la impericia o negligencia del recurrente que pierde el recurso de apelación por insuficiencia o deserción.

En cambio, la ejecutoria es un término del antiguo derecho español, que significaba la sentencia condenatoria dictada por la alzada, contra la que no se podían articular más recursos.

Por eso, el término es impreciso en nuestro sistema, porque prácticamente no hay títulos que traigan ejecutoriedad inmediata, en la medida que toda sentencia (aun las dictadas en instancia única) admiten recursos contra ellas.

Fenochietto indica como únicas excepciones, la sentencia que fija la cuota alimentaria y es recurrida, en tanto el solo efecto devolutivo no suspende la ejecución (arts. 647 y 648), y en el juicio ejecutivo si, apelada la decisión, el ejecutante diere fianza de responder de lo que percibiere si la sentencia fuese revocada (art. 555 párrafo primero). Asimismo, el artículo 258 expresamente autoriza la ejecución provisional de la sentencia cuando el vencido interpone recurso extraordinario, exigiendo el precepto la concordancia entre la sentencia de primera instancia y la pronunciada por la cámara, y la fianza correspondiente²⁵².

En pocas palabras, la sentencia firme y definitiva es una sentencia que se considera *ejecutoriada* a los efectos de su lograr su cumplimiento forzado.

También, una sentencia está ejecutoriada cuando puede ser juzgada, es decir, cuando puede obtenerse el cumplimiento de sus prescripciones, ya sea porque se la ha consentido, no se dispone de medio legal para impugnarla, o cuando pudiendo impugnarla la ley prevé que el recurso respectivo será concedido al solo efecto devolutivo.

²⁵² FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 2, *op. cit.*, p. 752.

Como se advierte, el régimen de cosa juzgada ocupa este aspecto de la ejecución. Aquella, entonces, abarca dos aspectos conexos, pero claramente diferentes: a) la estabilidad de las decisiones judiciales, que es exigencia primaria de la seguridad jurídica; b) el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, derecho que representa para su titular una propiedad *lato sensu*.

La sentencia de condena indica un plazo de cumplimiento que debe estar vencido a los fines de procurar la ejecución inmediata.

El tiempo establecido no es un plazo procesal, porque la sentencia constituye un derecho acordado que se cuenta con los mecanismos para computar los intervalos del derecho del Código Civil (art. 6). El vencimiento del plazo es un presupuesto de la ejecutoriedad, como lo es el pedido expreso de ejecución compulsoria.

El párrafo final de la primera parte del art. 499 exige la “instancia de parte” para proceder ejecutivamente al cumplimiento de la sentencia.

La característica del *nemo iudex sine actore* se modifica parcialmente, porque en la ejecución forzada no se persigue declaración alguna de derechos, sino la recuperación de un crédito que se encuentra establecido en la sentencia (como documento). Por eso, se procede a ejecutar, y no a debatir ni declarar.

Con su claridad tradicional, dice Ramos Méndez [...]

“en la ejecución de sentencias, la mayoría de los datos relevantes para la ejecución se encuentran ya en el pleito y basta una simple remisión a los mismos. A estas alturas habría que ser muy lerdos para no saber quienes son las partes y si no están curadas de todos los defectos de representación y es superfluo fijar una regla de competencia, por ejemplo. También sería desproporcionado exigir una demanda formal, como acto de inicio, o pedir que se acompañe de nuevo la sentencia, que ya está, de primera mano, en las actuaciones. No se trata de enjuiciar la situación *ob novo*, sino solo de seguir las actividades necesarias para la ejecución de la sentencia”²⁵³.

321. ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la demanda ejecutiva?

La ley procesal no trae especificación alguna respecto a la forma y contenido de la demanda ejecutiva. De ahí que, en la medida que sea compatible con las normas que rigen el proceso ejecutivo, serán aplicables los requisitos previstos en el artículo 330.

Toda demanda que se presente observando las formas procesales, el tribunal la considerará procedente y dispondrá la tramitación del proceso.

En el juicio ejecutivo la fundabilidad reposa sobre el título. Así constatada la existencia de una obligación exigible, permitirá la obtención de una sentencia que mandará llevar adelante la ejecución.

De conformidad con el sistema de la legalidad de las formas, estas han sido diseñadas por el legislador y respecto de las cuales las partes ni el órgano judicial les es dable apartarse. Salvo, claro está, con las licencias que los propios ordenamientos procesales se ocupan de conceder.

²⁵³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Guía práctica para una transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 537.

El soporte papel es la materia que permitirá a través de la *escritura* exteriorizar el pensamiento. Y ello así lo será, sea nuestro sistema escriturario u oral. Dado que también en este último, los actos constitutivos del proceso habrán de ser escritos.

En lo que atañe a las características del papel, sangrías y párrafos, un ejemplo minucioso y detallado puede encontrarse en el artículo 5° de la acordada n° 2514/93 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al expresar [...]

“Deberá utilizarse para la confección de los escritos papel obra primera alisado (Norma IRAM 3100) de 70 gramos, como mínimo. Las medidas sugeridas, con el objeto de lograr uniformidad en los expedientes, serán de 29,7 cms, de largo por 21 cms. De largo por 21 cms de ancho (Norma IRAM), formato Final “A”.4”. Deberá observarse un espaciado doble con un máximo de 30 líneas por carilla y utilizarse tanto el anverso como el reverso de cada hoja. Deberá dejarse, como mínimo, un margen izquierdo de 5 cms., y un margen derecho de 1,5 cms –los que se invertirán en el reverso–, un margen superior de 5 cms, y un margen inferior de 2 cms...”.

Por su parte, ponderando el material informático que se utiliza en los tiempos que corren, el artículo 7° dispone que “en el caso de utilizarse computadoras personales deberá tenerse en cuenta que todos los procesadores de texto, así como los distintos sistemas operativos (en sus diversas versiones), disponibles en el mercado local, permitan la impresión de todos los caracteres de la lengua española (vocales acentuadas, diéresis y eñes)”.

Siguiendo las pautas sentadas en el artículo 118 de los Códigos procesales nacional y bonaerense, el Reglamento para el Justicia Nacional, alude tanto al color negro que deberá tener la tinta que se utilice, como a la posibilidad de presentar los escritos en “formularios impresos o fotocopiados mediante procedimientos que permitan su fácil lectura” (art.46).

Circunstancia, esta última, que si bien cierta jurisprudencia ha objetado por entender que carecen de seriedad; de “una debida preocupación por cumplimentar cuidadosamente un acto procesal de tanta trascendencia” como lo es la demanda, entendemos que en determinados supuestos, –v.gr.: ejecuciones fiscales– recurrir a esas formas de manera alguna importa menoscabar el ejercicio profesional.

La razón estriba en que no siempre la utilización de las llamadas *demandas seriadas*, son fruto de una especulación con el tiempo y ahorro de esfuerzos, sino el parangón de un hecho que se reitera y permite la continuidad de razones²⁵⁴.

La firma es otro de los recaudos formales que hay que cumplimentar, dado que a través de ella ejecutante y/o sus representantes necesarios o voluntarios manifiestan su voluntad.

Su importancia ya fue puesta de relieve por Vélez Sársfield al estipular en el art. 1012 del Código Civil que “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto”. La redacción actual se empalma con el art. 313 que establece: “Firma de los instrumentos privados. *Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento*”.

Su trascendencia se traduce en pronunciamientos judiciales que tachan de inexistente al escrito desprovisto de aquella²⁵⁵.

²⁵⁴ GOZAINI, O. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 2, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 495.

Consideramos que este criterio es demasiado extremo como para merecer la consecuencia que se le endilga. Se trata de una patología, –de una irregularidad nos decía Satta²⁵⁶, merecedor, a nuestro entender de una oportunidad de saneamiento. Oportunidad esta que se encuentra sujeta al límite preclusivo fijado por el juez para que el sujeto activo ratifique o rectifique el acto procesal.

Por supuesto que bastará la manifestación vertida por el presentante de no saber o de estar imposibilitado de firmar para que otro pueda hacerlo a su ruego (art.119 CPCCN).

Asimismo, la obligatoriedad del patrocinio letrado impuesta por el artículo 56, CPCN, torna necesaria la suscripción de la actuación por parte del profesional, quien además deberá indicar, “el tomo y folio o el número de la matrícula de su inscripción” (art.46 RJN).

También constituye requisito formal de la demanda la existencia prevista en el artículo 120, dado que deberán arrimarse tantas copias firmadas de la demanda y documentos a ella acompañados como partes intervengan.

Deberá tenerse presente que si la documental arrimada se encuentra redactada en un idioma que no es el español, deberá presentarse la traducción efectuada por traductor público matriculado (art. 123 CPCCN)

322. ¿Cuáles son los requisitos de la pretensión ejecutiva?

Son subjetivos y objetivos. Los primeros se refieren a:

Individualización del nombre del ejecutante: le importa al juez a fin de examinar la capacidad y la legitimación de este y al ejecutado a los fines de su defensa en juicio.

De manera tal que concretamente se sepa quién es el sujeto que reclama y que habrá de quedar alcanzado por la sentencia.

El nombre y apellido si se trata de una persona física; la razón social si es jurídica o ideal deben expresarse, como sus domicilios real o legal, respectivamente.

Si el ejecutante actúa por medio de un representante, este habrá de indicar el nombre y domicilio de su representado, acompañando la correspondiente documentación que permitirá justificar la personería que invoca (arts. 46 y 47 CPCCN).

Asimismo, el artículo 40 del CPCCN impone a toda persona que litigue por propio derecho o en representación de un tercero, la carga de constituir dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, un domicilio “legal” aunque técnicamente debió decirse procesal .

Individualización del ejecutado: será menester a fin de conocer contra quien se dirige la pretensión, para determinar su capacidad, legitimación y para que la sentencia que se dicte no devenga de cumplimiento imposible.

En el juicio ejecutivo la legitimación procesal debe emerger del título, y como ya más arriba se señalara, habrá de mediar coincidencia entre quien formula la

²⁵⁵ KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*, tomo II, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 168.

²⁵⁶ SATTÀ, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p.206.

pretensión y quien figura en este como acreedor, como así también entre la persona frente a quien se formula y consta en aquel como deudor.

De concurrir dicha circunstancia será posible disponer la preparación la vía y/o la intimación de pago, según sea la naturaleza del título.

También habrá que denunciar el domicilio real del ejecutado, y si este fuera una sociedad debe indicarse el domicilio social inscripto, a fines de practicar en él, la correspondiente citación en el supuesto de que haya que integrar el título o la intimación de pago.

Pero si el domicilio se constituyó en un instrumento público o, siendo privado, la firma fue reconocida o declarada judicialmente válida, o medió certificación notarial, en estos casos el acto de comunicación como de intimación habrán de practicarse en este domicilio con carácter de constituido.

De desconocerse el domicilio real del ejecutado entendemos precedente e la notificación por medio de edictos.

Si se trata de un título incompleto la citación lo será a los fines de reconocer la firma del documento, bajo apercibimiento de designarse Defensor Oficial.

Si se trata de un título completo al Defensor Oficial no se lo intima de pago, sino que la citación será para oponer excepciones.

Por su parte, son requisitos objetivos:

La Cosa demandada, designándola con toda exactitud: es indudable que los sujetos al recurrir a la justicia están impulsados por un interés. Quieren algo lograr, sea el cobro de las sumas adeudadas por alquileres impagos, o de expensas, etc.

Pero esa meta, la conseguirán en la medida que obtengan una sentencia que haga lugar a lo pretendido.

Para ello es necesario precisar el bien litigioso. O sea “la cosa”, palabra esta que no debe ser interpretada solo en sentido civilístico, pues también puede consistir en una conducta, en la nulidad de un acto jurídico, sobre la cual recaerá el pronunciamiento

El objeto de la pretensión, es decir, el efecto jurídico que se persigue, es analizado desde dos ángulos: el mediato o sea el bien de la vida sobre el cual recaerá el fallo.

El inmediato apunta al contenido que de este se busca obtener.: o sea mandar llevar adelante una ejecución,

De ahí que Calamandrei expresara que “no basta, pues, tener en cuenta solamente el objeto inmediato, o solamente el mediato: sino que es necesario, en todo caso, coordinar entre sí estos dos aspectos, de cuya combinación nace la exacta identificación del *petitum*”²⁵⁷.

323. ¿Qué significa precisar el monto reclamado?

En el juicio ejecutivo la relevancia de la precisión del monto surge de la propia norma al establecer que *se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título*

²⁵⁷ CALAMANDREI, *op. cit.* p. 288.

que traiga aparejada ejecución, se demandare por obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables (art.520 CPCCN).

La suma que se encuentra determinada en el título es líquida. Es tanto que si se puede fácilmente calcular mediante simples operaciones aritméticas a base de constancias que obran en aquel, es liquidable.

La liquidez se refiere al capital, no a los accesorios, por eso corresponde reclamar el importe del capital puro, con más intereses y costas, pero sin añadir los intereses y multas que se hubieran pactado. Ello, porque el juez mal podrá disponer la intimación de pago por ese total cuando se han incluido rubros ilíquidos, sujetos a debate y/o a la apreciación del magistrado a mérito de las circunstancias económicas imperantes al momento de la decisión.

Si la obligación fuera en moneda extranjera la ejecución debe promoverse por el equivalente en moneda nacional, según la cotización del banco oficial que corresponda, al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día de pago (art.520 CPCCN).

Frente a esto, y no obstante que el proceso ejecutivo no es el andarivel apropiado para debatir sobre la constitucionalidad de una norma, son reiterados los fallos que han declarado la inconstitucionalidad de las leyes 25.561,25563 decretos 214/02,762/02 y de todo norma que en su consecuencia se dicte en este juicio, o “cuando se produce perjuicio irreparable difícil de conjurar mediante la sustanciación del juicio ordinario posterior; o cuando lo resuelto reviste gravedad institucional o cuando existen circunstancias de excepcional gravedad”²⁵⁸.

Por último, debe ser exigible la obligación documentada, es decir que el plazo se encuentre vencido y que ninguna condición o prestación la condicionen.

Así la vía ejecutiva podrá prepararse, requiriendo previamente que el deudor reconozca que la condición se ha cumplido, en el supuesto de ser la deuda condicional; que el juez fije el plazo dentro del cual el pago habrá de efectivizarse, si el acto constitutivo de la obligación no lo determina o si autorizara al deudor para hacerlo cuando pudiera o tuviera medios para hacerlo (arts. 525 inc. 3 y 4 CPCCN).

324. ¿Cuáles son los títulos ejecutivos?

Los requisitos del título ejecutivo son: a) consignar una obligación de dar sumas de dinero, b) suma que debe ser líquida o fácilmente liquidable, y c) exigible y de plazo vencido; d) esto debe constar en un instrumento público, o privado que debe bastarse a sí mismo.

El juicio ejecutivo no investigará nada que no conste en el título. En consecuencia el crédito debe ser cierto para poder ser ejecutado, ya que si el mismo fuere dudoso o controvertido se debería recurrir a un juicio de conocimiento.

En síntesis, los presupuestos sustanciales del título ejecutivo (requisitos necesarios) son:

- Obligación de dar sumas de dinero.
- Suma líquida o fácilmente liquidable.

²⁵⁸ KIELMANOVICH, *op. cit.*, pp. 818-819.

- Deuda exigible.
- Objeto cierto.
- Plazo vencido o condición cumplida.
- Que conste en instrumento público o privado.

324.1 Obligación de dar sumas de dinero:

Solamente pueden llevarse a juicio ejecutivo deudas u obligaciones de dar sumas de dinero.

Si la obligación fuese en moneda extranjera, la ejecución se ha de promover en su equivalente convertido de conformidad con la cotización que informe el Banco Central de la República Argentina, que es a nuestro criterio, el banco oficial que menciona el artículo 520, párrafo 3°.

En tanto que un instrumento público constate una obligación exigible de dar cantidades de dinero líquidas o fácilmente liquidables, existirá título ejecutivo.

324.2 Suma líquida o fácilmente liquidable

Una suma es líquida cuando está especificada en el título (por ejemplo un cheque), y es fácilmente liquidable cuando para determinar la suma alcanzaría una simple operación aritmética (v.gr.: en un contrato de alquiler sumar los meses que debe el deudor).

El Código Procesal ordena la integración de un título que, una vez cumplida, satisfaga las condiciones ejecutivas del artículo 520 del mismo ordenamiento; esto es, que contenga el reconocimiento autónomo de deuda líquida y exigible formulado por el deudor, o bien que dicho reconocimiento pueda ser intelectualmente aislado de cualquier contraprestación a cargo del acreedor (CNCom., Sala A, 1999/10/29, “Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario c. Hospital Privado Córdoba S. R. L.”, DJ, 2000-2-579).

Pero, si el monto no es líquido o fácilmente liquidable, no se hallan reunidos los exigencias imprescindibles para que pueda prosperar una causa ejecutiva.

Cabe destacar que, el ejecutante debe proveer el cálculo que revele la cantidad líquida de dinero cuya ejecución solicita no bastando con su manifestación de que el monto es fácilmente liquidable, de lo contrario su pretensión sería inadmisibile.

Por otro lado el artículo 522 establece “que si del título ejecutivo resultare una cantidad líquida y otra que fuese ilíquida, podrá procederse ejecutivamente respecto de la primera”.

De ello surge que la deuda puede ser parcialmente líquida, y en ese caso el acreedor podrá reclamar solo la parte líquida.

Para lograr el cobro de la deuda ilíquida al acreedor deberá recurrir a un juicio de conocimiento.

324.3 Deuda exigible

La obligación resulta exigible cuando la deuda cierta ha vencido y se encuentra en mora. Además hay que tener en cuenta que si ella esta documentada en instrumento público o privado, esto no convierte en exigible la deuda, sino el vencimiento del plazo de pago. Si no hay exigibilidad no hay título ejecutivo.

324.4 Plazo vencido o condición cumplida

El recaudo se integra con el precedente de exigibilidad ya mencionado; la particularidad está en que la exigibilidad admite la actuación directa del acreedor, mientras que el plazo o la condición cumplida hacen a la esencia ejecutiva del título.

Precisamente por eso, la obligación que tenga un plazo para su cumplimiento y que este vencido, es la única que podría exigir el cumplimiento de la obligación y por lo tanto, su inexistencia, determinaría la falta de título ejecutivo.

La deuda se torna exigible cuando es de plazo vencido, pero a veces, el cumplimiento del término no lleva necesariamente a la exigibilidad del crédito, porque ello puede depender del tipo de deuda o de la liquidez que consiga demostrar.

Cuando la deuda está vencida, pero no es exigible, la vía es preparar la vía ejecutiva, porque se trata de un típico instrumento incompleto para estar revestido de las características del título ejecutivo.

324.5 Títulos completos e incompletos

Fuera de las características recién expuestas, la demanda ejecutiva presenta otras características que vuelven a condicionar la rapidez del procedimiento. En efecto, se clasifican los títulos ejecutivos en *completos e incompletos*.

Los primeros aparejan por sí solos ejecución (arts. 520 y 523), mientras que los restantes son aquellos a los que les falta alguno de los requisitos mencionados, pero que pueden integrar a través de una etapa previa de formación (arts. 525 y 526).

Por tanto, no existen problemas en que las partes acuerden darle fuerza ejecutiva a un documento que celebren entre ellas, pero si no se encuentra dentro de los enumerados en el artículo 523, será preciso recurrir a la etapa de plenitud formal.

325. ¿Se puede ejecutar parcialmente una deuda?

La ejecución parcial depende de las condiciones de liquidez, vencimiento y exigibilidad que tiene la deuda. Si ella es en parte líquida y en parte ilíquida, basta consignar la líquida con el reconocimiento del deber de satisfacer la parte ilíquida ulteriormente.

En tal sentido se indica que, si se trata de una deuda en parte líquida (la cantidad ya fijada en la sentencia), y en parte ilíquida (la cantidad que en definitiva correspondiere en razón de la mora), rige entonces el artículo 869 del Código Civil en cuya virtud podrá exigirse por el acreedor, y deberá hacerse el pago por el deudor, de la parte líquida, antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea.

Y si bien el precepto se refiere a la facultad del acreedor y al correlativo deber del deudor, la doctrina y jurisprudencia han interpretado que si el deudor o un tercero

depositan en calidad de pago la totalidad de la parte líquida de la deuda, el acreedor está obligado a aceptarlo, sin que pueda argüir que se trata de un pago parcial.

En consecuencia, para calcular la desvalorización habida desde la mora en el cumplimiento de la sentencia, deberá computarse desde entonces hasta el pago, deducir este, y reajustar nuevamente el pago resultante.

326. ¿Cómo se clasifican los títulos?

El código enumera, sin demasiado orden ni rigurosidad, una serie de instrumentos públicos y documentos privados a los que les reconoce fuerza ejecutiva directa; sin embargo, la diversidad provoca confusiones en orden al trámite procesal porque, aun encontrándose admitidos como títulos ejecutivos a los que corresponde el juicio previsto en el título, ocurre que algunas de las formas instrumentales aprobadas tienen una regulación especial que juegan diferentes aunque preserven las etapas ineludibles que señala el artículo 523.

Algunos de los títulos enumerados por el artículo 523, como los instrumentos públicos y los papeles de comercio, traen aparejada ejecución, pues son títulos completos. Los restantes, en cambio, requieren ser complementados o perfeccionados, e incluso formados, mediante el cumplimiento de ciertos trámites previos a la apertura del juicio ejecutivo

326.1 Instrumento público

El instrumento público (art. 289 del Código de fondo) hace plena fe entre las partes y frente a terceros, y recibe la calidad de título ejecutivo cuando contiene una deuda pactada que se encuentra vencida y en condiciones de ser exigible.

La fuerza del acuerdo entre partes aumentado por la calidad del funcionario que lo emite, asigna al título una condición especial que hace inadmisibles en el juicio ejecutivo la redargución de falsedad del instrumento.

El instrumento público se ejecuta con su documento original o con el testimonio que lo acredita, y aun con la fotocopia autenticada que constata su celebración y demás condiciones.

326.2 Documentos privados

La estipulación contractual mediante la cual se acuerda fuerza ejecutiva a un instrumento privado es irrelevante si no concurren los presupuestos concernientes a la estructura y función del título ejecutivo. Ello, en tanto no basta el pacto de la vía ejecutiva para determinar por sí sola la existencia de un título ejecutivo válido.

Ahora bien, si el instrumento expresa la obligación de pagar una suma líquida y es privado, es un título ejecutivo incompleto, de allí la necesidad de la preparación de la vía ejecutiva a los fines de completarlo. Tal circunstancia se logra si iniciada la ejecución del título la firma no es desconocida por la persona a la que se le atribuye.

En consecuencia, el instrumento privado suscrito por el obligado, y reconocido judicialmente constituye un título ejecutivo.

No obstante, el solo reconocimiento de un instrumento privado no le otorga al mismo la claridad de título ejecutivo, pues también debe reunir los presupuestos procesales que abren la vía ejecutiva, a saber legitimación sustancial activa y pasiva, objeto cierto y determinado, plazo vencido y obligación pura o condición cumplida.

No parece exacto que en la ley procesal nacional argentina, el título ejecutivo suponga comprobación fehaciente de la obligación; resulta difícil atribuir fehaciencia (habida cuenta de las condiciones de la dación de fe en el derecho privado), al peculiar título consistente en el certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria (art. 523, inc. 5° citado; Código de Comercio, art. 793), emanado para colmo del acreedor que en el régimen bancario en vigencia; o mucho más difícil aún, al certificado de deudas por expensas comunes, expedido por el consorcio de propietarios; más bien se presenta como preferible interpretar que el título ejecutivo llamado “convencional” por la doctrina procesalista es un sucedáneo histórico por extensión, de la ejecutoria de sentencias con fundamento ontológico en el rigor formal antes que en la fehaciencia, pero con un menor grado de certeza.

Basado en esta apreciación, se ha dicho que el convenio otorgado en instrumento privado por el cual un letrado se comprometió a iniciar y proseguir hasta su total terminación un juicio pactándose por ello los honorarios, que le corresponderían, no trae aparejada ejecución en los términos de lo dispuesto en el Código de Procedimiento, ni puede prepararse a su respecto la vía ejecutiva, pues las cuestiones que podrían suscitarse en esa contienda excederían el limitado ámbito cognoscitivo del juicio ejecutivo, de donde también se desprendería una lesión a la garantía de defensa en juicio (C.Civ. y Com., Junín, 1997/05/29, “Muñoz Saggese, Orlando J. c. Eguren, María E. A.”, LLBA, 1998-372).

En síntesis, el documento privado que tiene ejecución directa es aquel que no necesita citar a la otra parte para que reconozca la firma, exigiéndose para ello, que esta se encuentre registrada en el protocolo del escribano interviniente.

En caso contrario, no tiene el ejecutante la obligación de demostrar la autenticidad de la firma del ejecutado inserta en el título, puesto que él no obra en virtud de un instrumento privado simplemente, sino de un título ejecutivo, es decir, de un verdadero documento idóneo en sí mismo para servir como prueba de la existencia de la obligación.

326.3 Confesión de deuda líquida y exigible

La confesión que refiere la norma se vincula con la declaración (espontánea o provocada) que celebra ante juez competente, la persona que admite ser deudor de quien pretende usar el documento como título ejecutivo.

En realidad, el requisito de confesar “deuda líquida y exigible” no es tan estricto, porque en los hechos es suficiente admitir la existencia del crédito, mientras que del contenido del instrumento surjan las condiciones establecidas. Obviamente, encontrándose allí indicados las sumas a pagar, las fechas de vencimiento y el estado actual de la deuda; en conjunto surgirá la mora y la exigibilidad respectiva.

Inclusive la mención al “juez competente” no fija una disposición ineludible, porque lo que pretende es asegurar la intervención del juez natural –evitando el juzgamiento por “comisiones” o “tribunales especiales”– en el acto donde sucede la confesión.

En tal sentido, es válida la confesión prestada ante juez que era a la sazón competente, aunque el mismo haya devenido luego incompetente.

326.4 Cuentas aprobadas judicialmente

El título ejecutivo lo conforma el documento que por sí solo no trae aparejada ejecución, y es sometido al reconocimiento del deudor en los términos del artículo 525, inciso 1°.

No se trata obviamente de las cuentas judiciales que son producto de la liquidación (art. 503) o de la tasación de costas (art. 77), ni de aquellas que provienen del procedimiento reglado en los arts. 652 y ss. La norma se aplica a los casos poco frecuentes de las cuentas corrientes no bancarias que se deben integrar con la admisión y demás requisitos cartulares, para convertirse en título ejecutivo hábil y suficiente.

326.5 Títulos de crédito

En materia de títulos de créditos la ley procesal no asigna más que dos condiciones, una referida a la calidad del documento a ejecutar en cuanto sea una deuda líquida, vencida y exigible; y la otra, respecto a los trámites inevitables del procedimiento ejecutivo (art. 546).

En lo demás, hay remisiones permanentes a las leyes especiales o al Código de Comercio.

326.6 Crédito por alquileres o arrendamientos

El inciso 6° del artículo 523 del Código Procesal asigna la calidad de título ejecutivo al crédito por alquileres o arrendamientos de inmuebles. Esta vía no se limita al rubro de locaciones periódicas, pues el concepto se amplía con toda otra prestación dineraria a cargo del locatario (art. 1028, Código actual de fondo).

La deuda devengada por la locación urbana o rural, es un título ejecutivo que necesita ser formado si el contrato fuese verbal o completado si el contrato hubiese sido hecho en instrumento privado.

El crédito se puede ampliar con la repetición de impuestos, suministros de luz eléctrica y servicio telefónico ya pagados que estaban a cargo del inquilino.

327. ¿Cómo es el trámite del proceso de ejecución de sentencias?

La ejecución de sentencias es un derecho del vencedor que cuenta con el pronunciamiento que lo favorece; y al mismo tiempo, es una potestad que se enmarca en la dimensión de sus facultades procesales. No hay ejecución sin actor que lo solicite.

La iniciativa de parte, no obstante, no se basta a sí misma; es necesario que el deudor (ejecutado) haya manifestado en forma expresa (por escrito) o tácitamente (por el transcurso del tiempo) que no cumplirá con el mandamiento, es decir, que el tiempo acordado para el acatamiento se encuentre vencido.

Sin embargo, tampoco estos son requisitos bastantes y autosuficientes, porque el obligado puede tener o encontrar limitaciones propias o provocadas. Por ejemplo, son

vallas naturales de la ejecución forzada no poderse plantear al Estado Nacional, los estados extranjeros, representantes diplomáticos y consulares, sin tener su expreso consentimiento (condición que se extiende a las personas que integran la legación y demás miembros de la familia).

Las provocadas son excepciones al progreso de la compulsión, que no se sostienen en la disposición del artículo 506 (que cuestionan el título, antes que el procedimiento) sino en la imposibilidad material de proceder por esa vía por tratarse de bienes que están fuera del comercio, o son inembargables (art. 219, Código Procesal).

También hay situaciones conexas que generan trabas al proceder por ejecución, que se dan cuando el deudor se encuentra en concurso; o con causales de inhabilitación, entre otras.

La mecánica se articula del siguiente modo: una vez que se aprueba la liquidación, o se notifica la sentencia que condena al pago de suma líquida y determinada, la vencedora tiene derecho a que se embarguen bienes de propiedad del condenado hasta cubrir los importes correspondientes con sus acrecidos eventuales.

El embargo ejecutorio es una modalidad dentro de otras que tiene esta medida cautelar. La principal característica es que para su procedencia no se exigen los presupuestos que tienen las demás precautorias (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), ni requiere la prestación de contracautela. Tampoco es un medio de aseguramiento, porque verdaderamente se constituye como una etapa ineludible y forzosa. Si no hay embargo, no hay ejecución.

Si bien es cierto el código dice que “el embargo de bienes” procederá “de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo”, cabe observar que la remisión no confunde la naturaleza del embargo; en realidad se pretende definir el modo como se ha de practicar ese acto procesal que tomará bienes o cosas para aplicarlos a un fin preciso y determinado, como es la ejecución de la sentencia.

Al ser un trámite esencial para el proceso compulsorio, la providencia que resuelve la traba del embargo, no es susceptible de apelación, debiendo el afectado –en su caso– oponer excepciones en la oportunidad de la citación de venta (conf. art. 505).

Hay una sola excepción a esta regla, que está previsto en el párrafo final del artículo 504, según el cual el acreedor puede solicitar que se intime por cédula u otro medio fehaciente (art. 136) al ejecutado, para que pague la cantidad líquida y determinada que contiene la sentencia, o la liquidación que estuviera aprobada.

Esta es una facultad del acreedor ejecutante, y no se puede disponer de oficio como un requisito previo al embargo.

Al quedar constituido el embargo como una etapa del proceso de ejecución pura, el mismo se convierte en un acto del sistema, que no se puede confundir con las medidas de aseguramiento propias del derecho privado (prenda o hipoteca, por ejemplo), aun cuando algunos efectos sean similares.

328. ¿Cómo funciona el procedimiento en el juicio ejecutivo?

A diferencia de los juicios de conocimiento, el examen de admisión de la demanda, incorpora en los procesos ejecutivos, el estudio del título que se aplica como respaldo documental de la pretensión.

Este análisis se concreta antes de proveer la petición, y lleva como finalidad determinar si los instrumentos acompañados se encuadran en los requisitos de los artículos 523 y 524. Es decir, consistirá en el control de los *presupuestos* procesales y recaudos sustanciales necesarios para la existencia de *título ejecutivo*.

De manera que de encontrar que no reúne los extremos exigidos por ley para la prosecución de este tipo de proceso, el juez rechazará *in limine* la presentación.

Se debe tener en cuenta que este estudio, si bien se realiza de oficio, no es definitivo pues vuelve a calificar al tiempo pronunciar la sentencia ejecutiva, donde impera el principio cardinal en la materia, por el cual: *nulla executio sine titulo*. Esta evaluación de las aptitudes del título se debe realizar aun sin que el ejecutado haya opuesto excepciones.

En el supuesto de que el título no trajese aparejada la ejecución, el juez deberá constatar el debido cumplimiento de la preparación de la vía ejecutiva.

Comprobada la fehaciencia del título se ordena *un mandamiento de intimación de pago*

Se denomina mandamiento de intimación de pago al documento firmado por el juez con el cual se requiere al deudor el pago de la suma que resulte adeudar según el título o para que, en su defecto, dé a embargo bienes suficientes para cubrir su importe²⁵⁹.

El mandamiento es una orden judicial de emplazamiento para cumplir de inmediato el pago de una obligación previamente instrumentada, que ya cuenta con una admisión formal que ha verificado su procedencia. Por ello, el embargo es un acto contingente del cual se podrá prescindir, en determinados supuestos.

La intimación de pago y la traba eventual del embargo, a pesar de ser actos personales, pueden practicarse con cualquier persona que se encuentre en la casa (art. 339 en concordancia con art. 141).

El domicilio puede ser convencional o real, pero ello no obsta a las notificaciones que se practiquen siempre que allí se encuentre el emplazado.

La intimación de pago se realiza sobre el capital reclamado más la suma que el juez presupueste para responder a intereses y costas. En caso de que el accionante pretendiera cobrar lo adeudado con algún tipo de actualización (v.gr.: en el caso de que se intente ejecutar alguna deuda en dólares) deberá abonar la correspondiente tasa de justicia sin perjuicio del resultado de tal pretensión.

En caso de no encontrarse el ejecutado constituido en mora, la intimación de pago (art. 886 Código Civil y Comercial) hace las veces, con las siguientes aclaraciones:

Mora del deudor. Principio. Mora automática. Mora del acreedor. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación. El acreedor incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago de conformidad con el artículo 867 y se rehúsa injustificadamente a recibirlo.

De su lado el artículo 887 dispone como excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

²⁵⁹ Cfr. FENOCHIETTO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 3, *op. cit.*, p. 61.

a) *Sujetas a plazo tácito*: si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

b) *Sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho*: si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.

Ahora bien, procede la traba del embargo en el supuesto de que el ejecutado no pague en el acto de emplazamiento la totalidad de las sumas establecidas en el mandamiento. En el caso, el Oficial evaluará conjuntamente con la persona autorizada a diligenciar la medida, que bienes son posibles de ser gravados hasta cubrir las sumas reclamadas.

Si bien de común se procede a inventariar los bienes con las indicaciones del acreedor, entendemos que se trata de una facultad privativa del Oficial de Justicia, quien actúa como representante delegado por el juez.

No obstante, el autorizado puede indicar los bienes muebles que someterá al gravamen y que dejará en depósito y custodia de quien se encuentra en la casa. En caso de no aceptar el conferimiento, los bienes podrán trasladarse y quedar constituido el depositario que el Oficial de Justicia autorice a requerimiento del acreedor o su representante en la diligencia.

Una vez que los bienes se afectan, se exige al deudor que informe si ellos se encuentran gravados y en qué condiciones y calidades.

Si los bienes que se pretenden discernir son inembargables (art. 219), aunque se insista en tomarlos, el Oficial de Justicia debe imponer el criterio procesal que prohíbe afectarlos (“no se traba nunca embargo” dice el art. 219), pero si autoriza la práctica, queda en el afectado el requerimiento de su levantamiento en los términos del art. 220.

A partir de la notificación comenzará a correr el plazo para dar cumplimiento a todas las intimaciones que tal instrumento público contiene (oposición de excepciones, constitución de domicilio procesal, etc.).

329. ¿Cuáles son las excepciones al progreso de la acción ejecutiva?

Las excepciones se refieren a obstáculos formales (dilatatorias) o sustanciales (perentorias) según que impidan el progreso de la acción ejecutiva, o eliminen directamente la procedencia, respectivamente.

El código las enumera en el art. 544 y son:

329.1 Incompetencia

Cuando el ejecutado alega la ausencia de un presupuesto procesal, como es la competencia del juez interviniente en la ejecución, deberá expedirse a su respecto en la sentencia, toda vez que en el juicio ejecutivo no aparece prevista la declaración especial previa de admisibilidad o inadmisibilidad de las excepciones.

La excepción de incompetencia es oponible y admisible sin limitación alguna. En tal sentido, su tratamiento por el juzgador deberá ser todo lo amplio que fuere menester para determinar con precisión quién será competente para sentenciar la causa. Ello supone que se pueda cuestionar la competencia por cualquiera de las causas que determinan su configuración (v.gr.: territorio, grado, materia, etc.).

329.2 Falta de personería

Falta de personería en las partes o sus representantes es insuficiencia de personalidad que le permita estar en juicio y efectuar con derecho la pretensión que persigue. No se trata de afectar la relación jurídica entre quien reclama y el objeto que para sí pretende, sino de advertir que quien ejecuta o es ejecutado, no tiene capacidad civil para estar en juicio.

La mayor confusión existente entre legitimación y capacidad es el nexo que se quiere trabar con el concepto de parte, insumiéndole a este un carácter sustancial o vinculado con la pertenencia del derecho subjetivo que, en realidad, nada tiene que ver.

En todo caso, la capacidad para ser parte proviene de normas materiales, en el sentido de capacidad de goce o disfrute; pero la capacidad para obrar depende de los presupuestos procesales.

329.3 Litispendencia

El impedimento procesal al que hace referencia el inciso 3º, tiene un ámbito más restringido en el proceso ejecutivo en relación con la litispendencia que —como cuestión previa— contempla el artículo 347, inciso 4º, para los procesos de conocimiento.

La excepción debe fundarse en la existencia de otro juicio seguido entre las mismas partes con relación al documento cuya ejecución pretende el actor.

329.4 Falsedad o inhabilidad de título

Se trata de una de las excepciones denominadas “sustanciales” porque se dirigen a cuestionar la validez formal o material del título ejecutivo. En el primer aspecto la oposición se plantea contra las formas extrínsecas que tiene el documento base de la acción ejecutiva; en el restante, se atacan los presupuestos imprescindibles para constituir una relación jurídica válida.

Por este medio de defensa, de suma amplitud y consideración en la práctica cotidiana, se persigue concretar el principio central del juicio ejecutivo, según el cual *nulla executio sine titulo*.

Las formas de plantear la excepción reconocen dos carriles principales:

- a) La *denuncia de falsedad*, que juega como defensa de fondo cuando se ataca la firma del instrumento; o la inexistencia de la deuda; y
- b) la *inhabilidad de título*, que cuestiona las formalidades exteriores del título.

329.5 Prescripción

La excepción de prescripción opera como una forma de liberar por el transcurso del tiempo, una obligación previamente documentada.

Se debe interponer en la primera presentación en juicio, momento que en el juicio ejecutivo puede ser anterior al emplazamiento que diligencia el Oficial de Justicia al notificar la intimación de pago.

En efecto, si el título ejecutivo no era completo y debió someterse a la etapa preliminar de preparación a la que debió concurrir el ejecutado.

En el actual Código Civil con el título: *Oportunidad procesal para oponerla* (art. 2553) establece que: “La prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución. Los terceros interesados que comparecen al juicio vencidos los términos aplicables a las partes, deben hacerlo en su primera presentación”.

En realidad, este es una etapa preparatoria, donde aun no existe un juicio, propiamente dicho.

Además, cabe recordar que la reforma introducida por la ley 22.434 al Código Procesal, se inclinó por una interpretación distinta a la efectuada por la Cámara Civil en pleno (La Ley, t. 1976-B, 285), acerca de qué debe entenderse por la “primera presentación” a la que alude el artículo 3962 del Código Civil, al disponer en el artículo 346, párrafo 4° que “la prescripción podrá oponerse hasta el vencimiento del plazo para contestar la demanda o la reconvenición”, norma que tiene en la actual redacción una pequeña pero importante variable, por la cual se establece que “en los casos en que la obligación de comparecer surgiera con posterioridad al plazo acordado al demandado o reconvenido para contesta, podrá oponerla en su primera presentación”, dejando en claro así que, la excepción se articula al tiempo de constituir debidamente la relación jurídico procesal.

329.6 Pago documentado

La excepción de pago exige que se agregue la documentación que compruebe la cancelación parcial o total de la deuda reclamada.

Su admisión depende de la verosimilitud del recibo, el cual tiene que emanar del ejecutante y estar plenamente vinculado o referenciado con el crédito que se ejecuta, sin que sean necesarias otras investigaciones.

Por tal razón, la suficiencia del documento probatorio exime la apertura a prueba de la excepción planteada.

329.7 Compensación

La compensación opera como defensa en el juicio ejecutivo con las mismas exigencias probatorias que la excepción anterior.

La procedencia de la compensación está sometida a ciertas restricciones. Se admite si la ejecutada prueba la existencia de un título ejecutivo contra el actor, de la misma naturaleza que contra él se demanda.

329.8 Quita, espera, remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado

Todas ellas son defensas que se sostienen en renunciaciones que puede realizar el acreedor dentro de la disponibilidad de sus derechos y que importan la extinción de la obligación originaria.

Si la renuncia se relaciona con una parte del crédito, hablaremos de *quita*, y la excepción versará sobre esa porción de capital o intereses que deviene improcedente de reclamo.

330. ¿Qué es una sentencia de remate?

La nominación de sentencia de remate, extraída de la ley de enjuiciamiento civil española, no es feliz, dado que ella no se dispone la venta en pública subasta de ningún bien, sino que: o se ordenará mandar llevar adelante la ejecución, o en caso contrario se desestimará la pretensión incoada.

El artículo 551, apartado primero del CPCCN estipula que *la sentencia de remate solo podrá determinar que se lleve la ejecución adelante, en todo o en parte, o su rechazo.*

Como la estructura formal de esta sentencia no está específicamente reglamentada en la ley adjetiva, hay que ponderar diversas situaciones:

a) El ejecutado no opuso excepciones: en este caso el juez, tratándose de un título ejecutivo hábil y no mediando irregularidades en el procedimiento, dictará sentencia en el plazo de diez días. La sentencia no requiere otro fundamento que el que se exige para las providencias simples, debiendo mandar llevar adelante la ejecución contra el ejecutado hasta hacerse al acreedor íntegro pago del capital reclamado, con más los intereses pactados, o los que en su caso establezca el juez por considerar que aquellos son excesivos y las costas.

Se difiere la regulación de honorarios hasta la etapa de aprobación de la liquidación definitiva y se dispone practicar la notificación del pronunciamiento.

b) Si el ejecutado se allana a la pretensión ejecutiva, el juez haciendo referencia a este acto procesal, mandará llevar adelante la ejecución.

c) En el supuesto de que el ejecutado articulara excepciones, la estructura se adecua a las previsiones del art. 161 del CPCCN. Es decir que además de indicarse el lugar, fecha y firma, debe contener *la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas.*

El magistrado ponderará las alegaciones efectuadas por el ejecutado al articularlas, las del ejecutante al contestarlas, valorando, de haber sido producida la prueba y brindando el fundamento jurídico aplicable al caso.

Si desestima las excepciones, mandará llevar adelante la ejecución. Si en cambio hace lugar a las mismas, desestimará la pretensión incoada.

Las costas, a mérito del principio objetivo de la derrota, se imponen a la parte vencida, salvo las correspondientes a las pretensiones de la otra parte que hayan sido desestimadas. Asimismo, de haber sido declarada procedente la excepción de pago parcial, al ejecutado se le impondrán solo las correspondientes al monto admitido en la sentencia. (confr. art. 558 CPCCN).

“Si el ejecutado [...] hubiese litigado sin razón valedera u obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes, o que de cualquier manera hubiese demorado injustificadamente el trámite, se le impondrá una multa a favor del ejecutante, cuyo monto será fijado entre el cinco por ciento y el treinta por ciento del importe de la deuda, según la incidencia de su conducta procesal sobre la demora del procedimiento” (arts. 551, CPCCN).

Será en la oportunidad de dictar sentencia que corresponderá ponderar la aplicación de la sanción por conducta procesal.

331. ¿Cómo es la cosa juzgada en la sentencia ejecutiva?

No obstante que el juicio ejecutivo persigue la satisfacción de la obligación que el título contiene, al poder el ejecutado oponer determinadas excepciones, luego de haber sido intimado de pago, tal circunstancia torna en contenciosa esta etapa del proceso.

Pero el debate está desprovisto de la amplitud de que goza el juicio de conocimiento, dado que la propia ley adjetiva se ocupa de marcar los límites de ese conocimiento. La frontera está dada por las defensas enumeradas en el texto legal, y a las que hemos hecho ya referencia.

De ahí que al estar el debate circunscrito a “aquellas cuestiones expresamente permitidas, se llega a un resultado parcial, que exige la posibilidad de un proceso posterior en el que se pueda debatir lo que estuvo vedado a las partes”²⁶⁰. Así se podría sostener que la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada formal.

Ahora bien, cuando el juez falla respecto de cuestiones que han sido en este juicio ejecutivo ampliamente debatidas, la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada material.

332. ¿Cuáles son las ejecuciones especiales?

A la par de reglamentar el juicio ejecutivo, los códigos procesales, contemplan las llamadas “ejecuciones especiales”, caracterizadas por la brevedad del trámite y por la limitación de las defensas que el ejecutado puede oponer.

Han sido pergeñadas con el fin de estimular créditos personales con garantía real o prendaria, o para facilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contribuyente, tales como impuestos, tasas o servicios.

Dos normas, de carácter general, refieren tanto a los títulos que autorizan estas ejecuciones; como a las reglas procedimentales aplicables.

En tal sentido, expresan: *Los títulos que autorizan las ejecuciones especiales solo serán aquellos que se mencionan expresamente en este Código o en otras leyes* (arts. 595 CPCCN).

En las ejecuciones especiales se observará el procedimiento establecido para el juicio ejecutivo, con las siguientes modificaciones:

1. Solo procederán las excepciones previstas en el capítulo siguiente o en la ley que crea el título

²⁶⁰ GOZAINI Osvaldo A., *Respuestas Procesales*, op. cit., p. 114.

2. Solo se admitirá prueba que deba rendirse fuera de la circunscripción territorial del juzgado cuando el juez, de acuerdo con las circunstancias, lo considerar imprescindible, en cuyo caso fijará el plazo dentro del cual deberá producirse.

332.1 Ejecución hipotecaria

Hipoteca, según la ley civil (art. 2205), es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

De ello resulta que el acreedor tiene una duplicidad de derechos: por un lado es sujeto activo de una obligación personal –crédito– y por otro este se encuentra garantizado con el derecho real de hipoteca.

La acción que el acreedor puede ejercer contra el deudor a fin de que este cumpla con la deuda garantizada con la hipoteca, tiene naturaleza personal dado que emerge del derecho creditorio. De ahí que la hipoteca es un derecho real accesorio al personal.

El acreedor hipotecario goza del derecho de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre como la de ser preferido en el pago respecto de los demás acreedores del deudor.

Si este no cumple con su obligación, el acreedor debe demandar su satisfacción, ejerciendo la acción personal en el lugar acordado para el cumplimiento de aquella. Pero si el bien hipotecado hubiera sido vendido por el deudor, podrá el acreedor hipotecario perseguir la cosa en poder de quien la haya comprado a través del ejercicio de una acción real.

Si se hubiera pactado el pago de la deuda en diversos plazos y se dieron letras o pagarés, estos deben estar inscriptos en el registro correspondiente y constar en la escritura hipotecaria su existencia.

A esta ejecución corresponde imprimir, por mandato legal, el trámite del juicio ejecutivo, con las modificaciones introducidas respecto de las excepciones admisibles: a saber: incompetencia, falta de personería en el ejecutante o ejecutado, o en sus representantes, litispendencia, falsedad e inhabilidad de título, cosa juzgada.

Si el ejecutado solicitara la nulidad de la ejecución, en este caso solo podrá articular las excepciones de prescripción, pago total o parcial, quita, espera y remisión (arts. 544 CPCCN).

También el deudor, dentro del plazo para oponer excepciones, podrá petitionar la caducidad de la inscripción hipotecaria.

Sin embargo, la falta de inscripción o de reinscripción de la hipoteca tiene consecuencia respecto de terceros y el derecho real no queda afectado, dado que entre las partes se perfecciona mediante la escritura hipotecaria y es válido en tanto la obligación garantizada perdure²⁶¹.

Si al requerirse informes sobre las condiciones del dominio del bien, se advierte que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de trance y remate

²⁶¹ PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 695.

contra aquel, se intimará al tercer poseedor para que en el plazo de cinco días pague la deuda (capital, intereses y costas) o abandone el bien (no implica desprenderse de la propiedad, sino entregar la posesión para que el ejecutante pueda pedir el remate, y no para que se apropie del bien o lo conserve en su poder), bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él (art 599 CPCCN).

El tercer poseedor es aquel que se convierte en propietario del inmueble por transmisión del dominio realizada mediando entrega de la posesión, escritura pública y su correspondiente inscripción registral.

332.2 Ejecución prendaria

Partiendo de la referencia que la ley procesal efectúa, cabe efectuar un distingo: *la prenda con registro* es la que se constituye a favor de aquellos acreedores mencionados en el artículo 5 del decreto-ley 6810/63, y ley 21.412, a fin de asegurar el pago de una suma dineraria o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones, a las que los contratantes le otorgan un valor consistente en una suma de dinero. Se requiere solo la inscripción en el Registro, en tanto que el bien queda en poder del deudor.

La *prenda civil* es la que el deudor constituye cuando entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad del cumplimiento de una obligación cierta o condicional, presente o futura. Se advierte aquí que los bienes pasan al prestamista.

El contrato de prenda tiene una naturaleza real.

Los contratos de prenda con registro se materializan en formularios que expiden los registros, en los que se efectuará la inscripción siguiendo los trámites correspondientes sujetos a un arancel fijado por el Poder Ejecutivo (decreto-ley 15.348/46, art. 6 y 17).

Inscripto este contrato se puede transmitir por vía de endoso, el que también debe ser inscripto a fin de ser oponible a terceros.

Los bienes muebles o semovientes, los frutos o productos, pueden ser prendados. Las cosas inmuebles que por su destino están incorporadas a una propiedad hipotecada, solo se pueden preñar mediando conformidad del acreedor hipotecario. Esto es lo que la ley denomina prenda fija; pero también está la prenda flotante, que se constituye sobre mercaderías y materias primas, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, cuando su objeto es asegurar el pago de obligaciones cuyo plazo no excede de ciento ochenta días.

En los contratos de prenda civil, lo decisivo es la posesión de la cosa por parte del acreedor, es decir debe haber mediado tradición de las cosas.

El artículo 600 del CPCCN fue modificado por la ley 22.434, dado que incorporó como excepciones admisibles en esta ejecución, además de las contempladas en los incisos 1, 2, 3, y 9 del artículo 544 las previstas en los incisos 4 y 6 de dicha norma y en el artículo 545 y *las sustanciales autorizadas por la ley de la materia*.

La prenda civil para ser oponible a terceros, debe constar en un instrumento privado de fecha cierta, o público.

El documento debe hacer referencia al importe del crédito y precisar pormenorizadamente los objetos prendados.

Toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda es nula, o que prive al acreedor a pedir la venta de la cosa.

Si el deudor no pagase, el acreedor puede requerir la venta de la prenda en pública subasta con citación del deudor. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra en remate, o por la venta privada, o por su adjudicación.

De conformidad con el art. 601 CPCCN en la prenda civil *solo serán oponibles las excepciones que se mencionan en el art. 597, primer párrafo.*

Serán aplicables, en lo pertinente, las disposiciones que rigen la ejecución hipotecaria y la ejecución de prenda con registro.

332.3 Ejecución comercial

A ella alude el artículo 602 del CPCCN disponiendo [...]

Procederá la ejecución comercial para el cobro de: Fletes de los transportes marítimos, terrestres y aéreos, acreditados con la póliza de fletamento o conocimiento o carta de porte o documento análogo, en su original, y en su caso, el recibo de las mercaderías.

Crédito por las vituallas suministradas para la provisión de los buques, justificado con las respectivas facturas valoradas, aprobadas por el capitán, consignatario o cargador por cuya orden las haya entregado al acreedor.

Esta ejecución puede promoverse por cuestiones concernientes al flete o a las vituallas.

Refiere Podetti²⁶² que el vocablo flete proviene del bajo alemán *fracht*, y que en el Vocabulario Jurídico, la voz francesa *fret*, se da como tomada del holandés *vrecht* que sería precio del transporte. En tanto que el crédito por las vituallas es aquel que resulta del aprovisionamiento de las cosas necesarias para la alimentación no solo de los tripulantes del buque, sino de las personas que, en razón de un contrato de pasaje, transporta el mismo.

El trámite es el del juicio ejecutivo, y las excepciones admisibles son la incompetencia, falta de personería, litispendencia, falsedad o inhabilidad de título y cosa juzgada, nulidad de la ejecución, prescripción, pago total o parcial, quita, espera y remisión.

Estas cuatro últimas solo podrán probarse por instrumentos públicos o privados o actuaciones judiciales que deberán ser presentadas en sus originales o testimoniadas (art. 603 CPCC).

332.4 Ejecución fiscal

A través de esta ejecución se persigue *el cobro de impuestos, patentes, tasas, retribuciones de servicios o mejoras, multas adeudadas a la Administración pública, aportes y contribuciones al sistema nacional de previsión social y en los demás casos que las leyes establecen.*

La forma del título y su fuerza ejecutiva serán las determinadas por la legislación fiscal.

²⁶² PODETTI, *Tratado de las ejecuciones*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p.240.

Se trata de títulos que tiene un origen administrativo, en los cuales la certificación de la deuda efectuada por funcionarios autorizados, constituye título ejecutivo, de conformidad con lo que determinan las leyes sobre la materia.

En lo que atañe al procedimiento y excepciones el artículo 605, CPCCN dispone que *la ejecución fiscal tramitará conforme a las reglas que estableciere la ley que específicamente regula la materia impositiva u otro título al que también por ley se haya atribuido fuerza ejecutiva. A falta de tales disposiciones o en lo que ellas no previenen procederán las excepciones autorizadas por los incisos 1°, 2°, 3°, 9° y en el art. 545 y las de falsedad material o inhabilidad extrínseca del título, falta de legitimación para obrar pasiva en el ejecutado, pago total o parcial, espera y prescripción.*

Las excepciones de pago y espera solo podrán probarse con documentos.

CAPÍTULO XXIX

LA SUBASTA JUDICIAL

333. ¿Cómo se subastan los bienes embargados?

La subasta se guía por la regulación formal que el código establece en el capítulo que denomina “subasta judicial forzada”, que tiene la particularidad de convertir al juez en vendedor, extrayendo del patrimonio del ejecutado el bien, que será adjudicado mediante este acto, al mejor postor o al ejecutante, mediando el pago del saldo del precio y concretando la tradición de la cosa.

Para el desarrollo intervendrá un auxiliar de comercio, que es *martillero*, quien deberá aceptar su cargo dentro del tercer (3º) día de ser notificado. El mismo tiene que estar registrado y poseer matrícula habilitante. Podrá ser propuesto por la parte actora o por el juez; deberá sujetarse estrictamente a las directivas emanadas del Tribunal y tendrá derecho al cobro de la *comisión* (honorarios que serán fijados por el juez y que podrá perder si incurre en algún incumplimiento).

Además, tiene la obligación de *rendir cuentas* dentro de los tres (3) días de realizado el remate (de la que se correrá traslado a las partes por el término de cinco (5) días) y de depositar (en el Banco de depósitos judiciales y a nombre del juez y de la causa) las sumas correspondientes al monto total del precio o de la seña; debiendo acompañar las constancias relativas a la publicación de los edictos y el original del Boleto de Compraventa.

Sus funciones comprenden desde exhibir el bien objeto de subasta, la guarda del mismo, hasta proceder a dirigir la venta en dicho acto con sus pertinentes actuaciones posteriores, para todo lo cual podrá solicitar se le adelanten fondos a los fines de afrontar aquellos gastos que sean necesarios para la prosecución del trámite.

El primer aspecto fundamental de la subasta es la publicidad de su decreto, la cual se perfecciona a través de *edictos* que se publican generalmente por dos (2) días, con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación al acto, en el Boletín Oficial y otro diario de circulación en la jurisdicción.

Tal decreto y sus correspondientes edictos deberán precisar Juzgado y Secretaría donde tramitan los autos; indicar nombre de las partes; lugar, fecha y hora de la subasta; obligación del comprador de abonar la *seña*; identificación del martillero interviniente; su comisión; *base* del remate; condiciones de venta; estado de ocupación; horario de visitas para conocer el bien y valor de las expensas comunes del último mes y su deuda si correspondiera y fuera posible.

La finalidad de la publicación es para anunciar oficialmente la subasta y con el objeto de otorgar conocimiento público al cambio producido sobre los derechos reales, más aún si los bienes en cuestión son registrables. Por ende, cualquier falencia en ella puede acarrear la nulidad de la subasta.

Podrá, asimismo, realizarse propaganda adicional por otros medios de comunicación, la cual será efectuada a cargo del ejecutante si supera el dos por ciento (2%) del monto de la base; de lo contrario, será afrontada por el ejecutado.

El decreto que contiene la orden de subasta debe establecer, además, la citación a la misma de los *Jueces embargantes e inhibientes* y a los *acreedores hipotecarios* para que los mismos, dentro de los tres (3) días, acrediten los certificados o títulos pertinentes y reclamen el grado de preferencia para solicitar el aumento de la base de la subasta.

Ahora bien, otra de las características trascendentes a considerar en este acto procesal, es la relativa a los recaudos a evaluar previo al remate de *bienes muebles o semovientes o bienes inmuebles*.

En el primer caso, el ejecutado deberá declarar los gravámenes que puedan existir sobre el bien (embargo, prenda), como así también, nombre y domicilio de los acreedores, monto del crédito y Juzgado y carátula del expediente en el cual se ha determinado gravar el bien, si correspondiera. Asimismo, la subasta se ordenará sin base; con pago del precio al contado o con facilidades, según lo hubiera fijado el juez; requiriendo al deudor y solicitando informe de los bienes que fueran registrables y el secuestro de los mismos.

En cambio, para los *bienes inmuebles*, ciertas condiciones varían.

Si bien también debe individualizarse el bien a rematar y las condiciones de la operación (forma de pago, plazos, etc.); se fijará una base (precio básico) que servirá como límite mínimo a las ofertas de los postores. Dicha base tiene como fin evitar ventas abusivas, primando su transparencia y regularidad; y se fijará en relación a los dos tercios (2/3) de la valuación fiscal actualizada al año en que se ordenó el decreto de subasta. De no existir tal valuación, esta se determinará a partir de la realización de pericias y tasaciones de oficio efectuadas por expertos, cuyos resultados se sustanciarán a los efectos de interponer objeciones fundadas. Por lo demás (análisis del título de propiedad, deudas impositivas o de expensas comunes y estado de ocupación) se rige por los principios mencionados con anterioridad.

334. ¿Cómo se realizan los bienes del deudor?

Durante el desarrollo del acto de subasta se ofrecerán las posturas u ofertas por parte de los eventuales adquirentes del bien. Finalmente, el martillero lo venderá al denominado “mejor postor”.

Vale decir, que si la situación particular lo amerita para su preservación (v.gr.: coacciones sobre la voluntad del público asistente, ofertas abusivas, falsos compradores, etc.) y con autorización judicial, circunstancias que deberán conformar parte del decreto y su publicación, las posturas podrán efectuarse *bajo sobre* (a sobre cerrado). También, si así estuviera dispuesto, podrá comprarse *en comisión*, es decir, que quien aparece como adjudicatario en la subasta, puede omitir dar a conocer la identidad del verdadero hasta el tercer (3º) día de realizada.

Una vez adjudicado el bien al mejor postor, este deberá abonar, en el mismo acto, la seña establecida e integrar el saldo del precio dentro del quinto (5º) día de aprobado el remate, si la venta se hubiese concretado al contado; de lo contrario, se respetarán las facilidades de pago establecidas; pudiendo *compensar* el precio hasta su crédito, el acreedor que resultase comprador en la subasta.

Si la venta judicial hubiera recaído sobre bienes inmuebles o muebles registrables, se confeccionará Boleto de Compraventa (instrumento público) en el cual se constituirá domicilio dentro del radio del Juzgado. Esto no será necesario en el caso

de bienes muebles no registrables, dado que con la entrega de posesión y la extensión de un simple recibo queda consolidada la venta.

Si el adquirente no integrara el precio en el plazo estipulado, se lo considerará *postor remiso*, lo cual implica responsabilizarse de la disminución del precio obtenido en la segunda subasta, por los intereses acrecidos y las costas irrogadas. A partir de ese momento, si las nuevas subastas fracasasen (por ejemplo, por falta de postores) seguirá disminuyendo el monto de la base hasta alcanzar la instancia de subastar sin limitación de precio.

También existe la posibilidad de permitir al ejecutado, *per se* o a un tercero, una suerte de pago *in extremis* para recuperar el bien, pero con ciertos condicionamientos, a los efectos de humanizar, en cierta medida, los alcances del proceso, a saber: depositar el importe del capital, intereses, costas, una vez y media (1 ½) el monto de la seña, comisión del martillero y sellados del Boleto. Esta figura es conocida como *sobreseimiento* y solo procede durante el plazo en que el comprador aún no hubiera integrado el saldo del precio hasta que es considerado postor remiso.

Finalmente, el perfeccionamiento de la venta se alcanza con la *aprobación del remate*; la presentación por parte del ejecutante, en tiempo y forma, de la *liquidación* de capital, intereses y costas, de la cual se dará traslado a la contraria; la prestación de *fianza* para proteger los intereses del ejecutado que quisiera promover juicio ordinario posterior; el *pago del precio* y la *tradición* del bien a favor del adquirente.

En cuanto al instrumento que ostenta la transmisión de dominio, bastará con el testimonio de las constancias del expediente y el cumplimiento de requisitos fiscales, administrativos y de inscripción registral. Las medidas atinentes a la *escrituración*, cuyos gastos corresponden al ejecutado, solo tienden a reunir en un único instrumento todas las mencionadas constancias del acto procesal en estudio.

También, se procederá al *levantamiento de las medidas precautorias* y a la *desocupación* del inmueble por parte de quienes carezcan de legitimidad y derecho de permanecer en él.

Es dable resaltar, además, que nuestro sistema adjetivo regula la factibilidad de la existencia de *subastas progresivas* (aquellas que se realizan en distintas fechas, siendo suspendidas cuanto se ha cubierto el monto de capital, intereses y costas); la aplicación de sanciones pecuniarias (*multas*) ante situaciones de dilación indebida o articulaciones infundadas de las partes y/o adquirente con ánimo malicioso y/o temerario y la plena vigencia de los *privilegios* o *preferencias* en el orden de cobro de los acreedores, de acuerdo a la prioridades establecidas por la legislación de forma y de fondo.

En última instancia, es preciso recordar que las subastas en las cuales, por propia voluntad, las partes requieren al órgano jurisdiccional que proceda a la disposición de los bienes, se encuentran articuladas por la regulación sustancial y las normas de carácter procesal solo serán aplicables en cuanto sean conciliables con aquellas.

335. ¿Cuáles son los deberes que tiene que cumplir el adquirente en una subasta judicial?

Las *cargas*, *deberes* y *facultades* del comprador encuentran regulación en los artículos 579 a 582 CPCCN.

En realidad, dichos deberes pueden sintetizarse en tres (3) actuaciones bien diferenciadas: a) constitución de domicilio, b) efectivización del pago del precio y c) pedido de declaración de *indisponibilidad de fondos*, que en concreto, configura una facultad más que un deber.

Ahora bien, cabe analizar cada supuesto en particular.

- a) El adjudicatario (quien adquiere en definitiva el bien objeto de subasta, poseyendo a partir de ese acto los derechos atinentes al mismo, constituyéndose en parte del trámite de aprobación del remate), deberá constituir domicilio, a pedido del martillero, en el mismo acto de la firma del instrumento de compra, dentro del radio de asiento del Juzgado o Tribunal interviniente, bajo apercibimiento de la modificación del régimen de notificaciones a *ministerio legis*. Además, podrá ser parte en acciones atinentes a la validez de la subasta, a cuestiones relativas al pago del precio, al sobreseimiento del juicio peticionado por el sujeto pasivo, a la escrituración, etc.
- b) Como principio general, dentro de los cinco (5) días de aprobado el remate, se notificará por cédula al adquirente para emplazarlo en un término de cinco (5) días a depositar (si corresponde a una venta al contado) la suma de dinero correspondiente al saldo del precio, lo cual se efectuará en el Banco de depósitos judiciales a la orden del juez de la causa en los autos pertinentes. Dicho plazo reviste carácter perentorio, es decir, que vencido el mismo sin haberse procedido a cumplimentar la obligación precitada, el juez ordenará sin previa intimación la realización de una nueva subasta, siempre que las razones de dicho incumplimiento no constaran debidamente fundadas, pudiendo el adjudicatario (ahora postor remiso) integrar el precio hasta el momento de decretarse el nuevo acto, comprendiendo esto solventar los perjuicios ocasionados; a los fines de preservar el principio de economía procesal (temporal y de gastos pecuniarios). También es factible que, si el adquirente es, simultáneamente acreedor del ejecutado, pueda solicitar previa denuncia de tal situación y con la necesaria liquidación, traslado y notificación al martillero, la compensación de su crédito con el valor (saldo) de la venta, solo materializando el pago de la seña. Todo, bajo el atento análisis y autorización del órgano jurisdiccional, que deberá comprobar la existencia o no de otros acreedores privilegiados. Al convertirse el comprador en parte a los efectos de promulgar trámites incidentales y con la finalidad de resaltar la vigencia de principios tales como el de moralidad y buena fe procesales, es viable la aplicación de multas, tanto a él como a su letrado, ante la circunstancia de plantear cuestiones improcedentes para postergar el cumplimiento de la integración del precio, sin hallarse las mismas suficientemente argumentadas. Es dable aclarar, que conservan legitimación para exigir el cumplimiento de los deberes antes mencionados, tanto el ejecutante como el ejecutado.
- c) La finalidad perseguida es asegurar los elementos mínimos que le permitan al comprador afianzar la adquisición del bien rematado, indisponiendo los fondos hasta la escrituración, tradición o inscripción del bien y la operación concretada. Esto implica que los fondos depositados solo podrán ser utilizados para solventar los gastos de escrituración e impositivos relacionados con aquellos para lograr la transmisión definitiva; no pudiendo ser dispuestas otras extracciones a excepción de la disponibilidad del monto excedente al fijado como indisponible. Obviamente, el plazo durante el cual se resuelva la indisponibilidad deberá ser razonable (v.gr.: diez (10) días hábiles para

inmuebles afectados al régimen de Propiedad Horizontal) y estará sujeto a que las demoras que puedan producirse no le sean imputables al adjudicatario. Parte de la doctrina sostiene, asimismo, en relación a los requerimientos impositivos, que si el precio del remate no alcanza a cubrir dicha clase de deudas que gravan el bien y que son previas a la compra judicial, de todos modos deberá otorgarse al adquirente la escritura pertinente, por haber quedado extinguido el privilegio del Fisco al haber aceptado el precio de venta.

336. ¿Cuándo se puede plantear la nulidad de la subasta?

En primer término, es dable aclarar que la subasta judicial constituye un acto procesal que, concatenado con otros (v.gr.: decreto de subasta, edictos, rendición de cuentas, pago del precio, etc.) configura, en su conjunto, el procedimiento correspondiente al cumplimiento forzado de la sentencia.

Por ende, le son aplicables los artículos 592 y 593 del CPCCN, que regulan la posibilidad de declarar la nulidad de dicho acto de disposición, encontrándose regido el mencionado articulado por idénticos principios, presupuestos y regulación atinentes, genéricamente, a las nulidades procesales.

A los efectos de su procedencia, es requisito comprobar: la existencia de *vicio* en cualquier recaudo del acto que lo prive de cumplir su finalidad; el *interés jurídico* demostrado por la parte que solicita la declaración; la comprobación de la *teoría de los propios actos* (que la parte solicitante no sea responsable del acaecimiento del vicio) y la inexistencia de *convalidación* o *reparación* del acto viciado. Se debe precisar, además, la necesaria aplicación del principio de *especificidad*, a los fines de aplicar las nulidades con carácter restrictivo y excepcional, promoviendo una *praxis* y conducta prudentes, prolijas y que reflejen la buena fe tanto de las partes como del órgano jurisdiccional; como así también, del principio de trascendencia (perjuicio concreto, cierto y comprobable) y del carácter relativo que ostentan, como principio general, las nulidades procesales.

Todo lo expresado debe configurarse siempre que la subasta en cuestión no hubiera sido aprobada judicialmente, situación ante la cual tiene primacía la aplicación del artículo 1051 CC, referido al adquirente a título oneroso y de buena fe.

Lo cierto es que nuestro CPCCN, regula dos (2) formas de concretar la solicitud de nulidad de la subasta judicial: a *instancia de parte* (art. 592) y de *oficio* (art. 593).

En el primer caso, la parte deberá plantear la nulidad del remate dentro del quinto (5º) día posterior a su celebración, es decir, a partir de la fecha en que se efectivizó la venta judicial (plazo perentorio e improrrogable), si el vicio acaeció en el acto mismo de la subasta. Si hubiere sido comprobado en la etapa de publicidad (edictos), a partir de la última publicación; y si surge en un acto previo al remate, desde que la parte tomó conocimiento del vicio.

En cuanto al trámite, como regla, es utilizada la *vía incidental*, a excepción de que la subasta padezca vicios de fondo que la desvirtúen como acto sustancial, razón por la cual debería tramitar a través de la *acción autónoma de nulidad* (vgr.: ejecución de bienes ajenos al patrimonio del ejecutado, fraude a los acreedores,

etc.), que se regirá por su propia normativa, sin ser aplicable lo estipulado en el art. 592.

Serán viables el rechazo *in limine* ante fundamentos manifiestamente improcedentes o inverosímiles con su consiguiente fijación de multa; la presentación de copias para los respectivos traslados (personalmente o por cédula); el ofrecimiento de prueba a ser producida ante la aparición de hechos controvertidos y la impugnación de la resolución que pone fin al incidente, mediante la vía del recurso de apelación.

Es de utilidad conocer que la legitimación para solicitar la declaración de nulidad, la ostentan todos aquellos que han intervenido en el acto viciado, a saber: ejecutante, ejecutado, adjudicatario, martillero, terceristas de mejor derecho y dominio, condómino al cual se le ejecutó su parte indivisa, y terceros que acrediten interés legítimo.

Por último, los efectos que provoca la declaración de nulidad importan retrotraer la causa hasta el momento inmediato anterior a la producción del vicio sin anular los actos posteriores pero independientes de aquel viciado; restituir las sumas de dinero desembolsadas en concepto de comisión, seña y demás gastos, conservando el martillero el derecho al cobro de su comisión, solo si no hubiere ocasionado el vicio, de lo contrario, perderá tal prerrogativa y deberá afrontar el resarcimiento por daños; exigir la reparación del daño a través de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios y aplicar costas a quien hubiere manifestado negligencia.

Finalmente, el artículo 593, que regula la declaración de oficio, presume que es el juez el más interesado en el control de la subasta, pues es quien la ha decretado y debe aprobarla fundamentadamente.

Por ello, esta posibilidad se permite a raíz de graves irregularidades que comprometan su autoridad, deterioren su prestigio, creen un estado de incertidumbre que vulnere la seriedad de la subasta y afecten la garantía de debido proceso, vgr.: apartamiento manifiesto del martillero de las órdenes impartidas judicialmente, libertad de postores cercenada por terceros, omisión de recaudos exigidos por el artículo 566 CPCCN, etcétera.

No procederá la declaración de oficio si las partes hubieren convalidado el acto en cuestión o bien, si el vicio se hubiere ocasionado como consecuencia de los propios errores jurisdiccionales o de su insuficiente o inexistente control y dirección sobre el proceso.

CAPÍTULO XXX

LOS PROCESOS UNIVERSALES. EL JUICIO SUCESORIO

337. ¿A qué se denominan procesos universales?

Se ha dicho que la función principal de los jueces es la de resolver las cuestiones litigiosas sometidas a su consideración. En efecto, en el orden nacional, en la Ley 27 se delimitó la naturaleza y las funciones de la Justicia Nacional, estableciéndose que ella “[n]unca procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte” (confr. art. 2 de la Ley 27).

Sin embargo, el legislador le asignó también al órgano jurisdiccional otras funciones en procesos en los que, en principio, no existe una controversia o conflicto y a los que se denomina procesos voluntarios, fundándose en razones de seguridad jurídica (vgr.: sucesiones, rectificación de partidas, etc.).

Luego, si se considera el contenido sobre el que versará el proceso, se los puede clasificar en procesos *singulares* o procesos *universales*. En los primeros, se controvierten una o más pretensiones referentes a hechos, cosas o relaciones jurídicas determinadas. Claramente, en la mayoría de los casos que vemos a diario en los tribunales, nos encontramos ante procesos de esta naturaleza singular.

Empero, existen procesos en los que, al mismo tiempo y ante un mismo juez, se examinan una universalidad de cuestiones patrimoniales que afectan a un caudal común, con miras a su liquidación y distribución. Estos son los llamados procesos universales y que, en nuestro derecho, son el proceso sucesorio por un lado, y el concursal y de quiebra que están legislados en la ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

En ambos casos, los jueces que intervienen en esos procesos tienen competencia para resolver todas las cuestiones concernientes al patrimonio de los sujetos afectados (a quienes se los denomina causantes) y que se susciten entre los interesados (herederos universales, sucesores singulares, acreedores).

En definitiva, en este capítulo, intentaremos abordar brevemente lo relativo a los procesos universales y de naturaleza voluntaria (no contenciosa), tal como es el proceso sucesorio.

338. ¿Qué es un proceso sucesorio?

Considerando los efectos jurídicos que la muerte de una persona causa en cuanto a la transmisión de su patrimonio —entendido este último como la universalidad de bienes: activo y pasivo; no como atributo de la personalidad—, en el artículo 2277 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se dispuso que “[l]a muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley (...) La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”.

Vemos entonces que desde el mismo momento en que una persona muere (hecho jurídico), se produce *ipso iure* su sucesión en las personas a las que la ley les reconoce

el carácter de herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite).

Cabe aclarar que cuando la ley sustantiva se refiere a “la apertura de la sucesión” no se está refiriendo al proceso sucesorio en sí, sino a la situación jurídica en la que se encontrarán los sucesores desde el momento mismo en que ocurre la muerte del causante. Ello es así, pues, por ejemplo, acaecida la defunción de una persona, sus herederos forzosos desde ese mismo momento estarán habilitados para ejercer actos de administración y de disposición sobre el patrimonio relicto que se transmitió a ellos por el efecto de la sucesión.

Luego, el proceso sucesorio es el trámite de naturaleza judicial en el que, para fines determinados (que se tratarán en el párrafo siguiente), se reconocerá el carácter de heredero de una o varias personas y que concluirá con la asignación y eventual división de la herencia con todos aquellos que se hayan presentado haciendo valer sus derechos patrimoniales.

339. ¿Cuál es el objeto?

A diferencia de lo que preveía el Código Civil de Vélez, nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación le dedicó varios títulos del Libro Quinto a establecer los parámetros generales sobre los que deberá girar el proceso sucesorio, para luego regular lo relativo a la partición de la herencia, las sucesiones intestadas y las sucesiones testamentarias en particular.

Vemos entonces que, claramente, en un código de fondo como es el civil y comercial, se establecieron normas de neto carácter procesal. Si bien mucho se podrá criticar o decir con relación a si su tratamiento en un código de fondo fue o no atinada (en especial por la sistematización normativa), no nos detendremos en ello en este momento, pues no forma parte de este estudio.

Sí corresponde mencionar que de conformidad a lo que se legisló en el artículo 2335 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, “[e]l proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes”.

Consideramos acertada la actitud del legislador al definir el objeto del proceso sucesorio (más allá, insistimos, de si fue pertinente hacerlo en un código de fondo), pues si bien van a persistir algunas dudas acerca de si es necesario o no iniciarlo para concretar determinados trámites cotidianos cuando una persona muere (vgr.: cobrar los herederos un seguro de vida o disponer de cosas muebles no registrables, etc., para lo cual entendemos que no sería necesaria la iniciación del proceso – ver párrafo siguiente), ello de algún modo delimitará la posibilidad de actuación dentro del proceso tanto para los que comparecen a hacer valer sus derechos, como la de terceros ajenos sin interés y la propia del juez.

Como veremos más adelante, también es un efecto derivado de ese objeto la custodia y conservación de los bienes del acervo, pudiendo el juez ordenar medidas conservatorias de la masa relicta, con cargo en los que invocan el carácter de herederos o en terceras personas.

340. ¿Es un proceso necesario?

La respuesta a esta pregunta la encontramos, nuevamente, en la redacción del

actual artículo 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En él se dispuso que [...]

“[s]i la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos”.

Vemos, claramente, dos situaciones bien marcadas.

La primera de ellas es que, si los herederos del causante son sus ascendientes, descendientes o cónyuge, solo sería necesaria la promoción del proceso sucesorio a los fines de proceder a realizar la transferencia de los bienes que son registrables (inmuebles, automotores, embarcaciones, etc.), más no para todas las restantes cuestiones relativas a la administración o disposición de los bienes relictos no registrables (vgr.: cobrar un seguro de vida, disponer de algún bien mueble no registrable, percibir el pago de un canon locativo, etc.).

Sin embargo y pese a ello, existen muchas dudas acerca de la necesidad o no de promover el juicio sucesorio cuando llega la hora de cobrar, por ejemplo, la indemnización en un juicio oportunamente promovido por el causante. Y ello es así pues, independientemente de las acciones de las que pudieran ser pasibles los que se presentaron a continuar aquel juicio para el caso de defraudar los derechos de los restantes coherederos o acreedores, en esos casos son los jueces que dirigen aquellos procesos los que, en orden a lo prescripto en la ley sustantiva, debieran asegurar que esas sumas sean entregadas a la totalidad de los interesados a través del juez que entiende en el proceso sucesorio y con ello garantizar que el patrimonio del causante sea correctamente distribuido. Ello es así pues, en muchas ocasiones, pueden existir más coherederos (o acreedores simples o con legítimo abono) de lo que se presentaron a continuar el juicio promovido por el difunto. Nótese entonces que, en esos casos, no se trata de la transferencia de bienes registrables; pero sí sería necesaria la promoción del trámite sucesorio a fin de garantizar que dichas sumas sean entregadas a todos los que invoquen o tengan derechos involucrados sobre los bienes del causante (sucesores y/o eventuales acreedores).

Ello guarda relación con el objeto del proceso sucesorio y que comentáramos en el párrafo anterior, cuando se estableció que el proceso sucesorio tiene por objeto “...identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, *cobrar los créditos, pagar las deudas*, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes...”, pues si en él se le encomendó al juez de la sucesión la correspondiente distribución de la masa de bienes entre todos los herederos y el pago de los créditos de los acreedores que pudo haber tenido el causante, sería pertinente y necesario iniciar el juicio sucesorio a los efectos de citar a todos los eventuales herederos y acreedores mediante el procedimiento estatuido a ese efecto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La otra situación bien acentuada en el artículo referenciado es la necesidad inevitable de iniciar el proceso sucesorio cuando los herederos no sean los allí identificados (ascendientes, descendientes o cónyuge – herederos forzosos). Es decir, cuando a la sucesión concurren otros herederos que no sean los mencionados por el

artículo 2337 citado, no podrán tomar posesión de la herencia, sino pidiéndola a los jueces competentes, justificando su vínculo o exhibiendo el testamento; supuesto en el que será –sin dudas– necesaria la iniciación del proceso sucesorio.

341. ¿Cuáles son los procesos sucesorios?

La sucesión será intestada o *ab intestato* si el llamamiento de los herederos lo determina la ley; o testada o *testamentaria* cuando ese llamamiento fue formulado en vida por el causante en un testamento válido.

Puede suceder que de una sola persona (causante) existan ambos procesos sucesorios en trámite, pues si en vida testó a favor de un heredero solo uno de los bienes integrante del acervo (vgr.: uno de diez departamentos de su propiedad) será necesaria la promoción del juicio sucesorio testamentario a efectos de declarar la validez de ese testamento, mientras que para la restante masa de bienes sería necesaria la promoción del proceso *ab intestato*.

En el artículo 2424 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se estableció que [...]

“[I]as sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados”.

Por su parte, en el artículo 2462 se legisló que [...]

“[I]as personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

342. ¿Cuál es la competencia judicial?

Bajo la nueva legislación de fondo unificada, el legislador en el artículo 2336 del Código Civil y Comercial de la Nación ratificó que [...]

“[I]a competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto. El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones de testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición. Si el causante deja solo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponde al domicilio del heredero único”.

Vemos, entonces, que al igual que lo que ocurría con anterioridad a la unificación, será juez competente de un proceso sucesorio aquel que ejerza jurisdicción en el territorio donde el causante tenía su último domicilio.

Cabe recordar que la asignación de la competencia de un juez encierra profundas raíces de orden público, sea que se trate de jueces que en sus sentencias aplicasen o interpretasen derecho común o federal; y como se sabe, de conformidad a lo dispuesto

en el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, solo resulta prorrogable la competencia asignada a los jueces cuando se trate de la territorial y en asuntos netamente patrimoniales.

Es decir que, si a lo anterior se suma que el juez que eventualmente entienda en un proceso sucesorio podrá también ser el competente en todas las acciones derivadas (y que allí se mencionan de modo no taxativo), la regla es la improrrogabilidad de la competencia.

En efecto, en algún precedente, la CSJN se ha expedido diciendo que “[a]unque en el proceso sucesorio se haya dictado declaratoria de herederos a favor de un hermano y este haya retirado la mayoría de los fondos, debe declararse la incompetencia del juez ante el cual tramitó, si resulta que el domicilio del causante estaba ubicado en otra jurisdicción” (confr. CS, Fallos 213:399).

Es que, tal como se ha dicho, la competencia para intervenir en el juicio sucesorio es de orden público y no es prorrogable.

Incluso, en analogía a lo que se interpretó del viejo artículo 3285 del Código Civil de Vélez, la excepción prevista en el último párrafo del artículo citado se refiere solo a la competencia en las acciones que los acreedores del difunto entablan contra el único heredero una vez aceptada la herencia y no a la competencia territorial del juicio universal (confr. CS, Fallos 312:176).

343. ¿Qué es el fuero de atracción?

Como estudiáramos en la respuesta a la pregunta anterior, vimos como en el segundo párrafo del artículo 2336 del Código Civil y Comercial de la Nación se estableció que [...]

“...El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones de testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición...”.

Es decir que, al igual que el viejo artículo 3284 del Código Civil, aquí nuevamente se impone, con carácter de orden público (confr. CS, Fallos 192:79; 195:485; 211:1449; 260:131; entre otros), una jurisdicción obligatoria que responde al propósito de facilitar la liquidación de la herencia, la división de los bienes y el pago de las deudas, concentrando ante el juez del sucesorio las demandas deducidas contra la sucesión aún indivisa, en beneficio de los acreedores y herederos de la sucesión.

A ello denominamos “fuero de atracción”. Es decir, que si uno de los procesos allí mencionado (insistimos, de modo no taxativo) llegase a promoverse ante un juez distinto que el juez de la sucesión, la competencia de este último “atraerá” el proceso que hasta ese momento se encuentra tramitando ante otro juez para ponerlo bajo la órbita de su competencia.

Se le confiere al juez de la sucesión competencia para entender en los procesos en que sea parte demandada el causante, mientras dure el estado de indivisión de los bienes de la masa hereditaria y hasta que se produzca la partición definitiva, facilitándose de este modo la liquidación de la herencia, la división de los bienes y el pago de las deudas.

Vemos, nuevamente, como una norma contenida en un Código de fondo resulta ser de neto carácter procesal.

En efecto, dicha regla determina quién es el juez competente en el sucesorio; se ejercerá un desplazamiento de competencia modificando las reglas ordinarias, incluso el pacto de prórroga (cuando este existiera y estuviera permitida) y, en definitiva, sienta el principio de unidad de competencia, ya que un único juez hará el inventario, liquidará y ordenará la transmisión de un patrimonio como universalidad jurídica (confr. arg. CCiv., sala C, 4/12/1997, LL 1998-C, 504; entre otros).

Este instituto solo funcionará cuando la sucesión revista el carácter de sujeto pasivo de una obligación; es decir, cuando se encuentre demandada en un proceso y no cuando tenga el carácter o calidad de parte actora. Ello, sin perjuicio de lo que hemos adelantado en la respuesta a la pregunta número 340, quinto párrafo, respecto a la necesidad de iniciar el proceso sucesorio para asegurar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2337 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El fuero de atracción se extingue con la aprobación de la partición de los bienes que componen el acervo hereditario y no con la inscripción de la declaratoria o del testamento que deja subsistente el estado de indivisión (SC Buenos Aires, Ac. 37.923, 1987/09/01, “Carradoni Juan s/ Beneficio de litigar sin gastos”). Por lo que si no se ha acreditado la venta del único bien que integra el mismo y la inscripción de la declaratoria por tracto abreviado, subsiste el estado de indivisión (SC Buenos Aires, Ac. 66.356, 1997/03/11, “Fracchia Hnos. S.A. s/ Tercería de Dominio”).

Por último, cabe mencionar que tampoco opera el fuero de atracción ante las acciones reales, dado que solo son atraídas por la sucesión las acciones personales. Las reales (como la demanda por reivindicación, expropiación o las posesorias) se exceptúan del fuero de atracción y deben interponerse ante el juez ordinariamente competente, a menos que las partes se sometan en forma voluntaria al juez que entiende en el sucesorio.

344. ¿Qué requisitos se exigen para iniciar un proceso sucesorio?

De conformidad con lo establecido en el artículo 689 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...]

“[q]uien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, prima facie, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante. Si este hubiera hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo, cuando estuviere en su poder, o indicar el lugar donde se encuentre, si lo supiere. Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberá denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos”.

El artículo transcrito reconoce un requisito de carácter sustancial y otros de carácter formal.

El primero de ellos, se refiere a ser “parte legítima”. Si bien comprendemos que “parte legítima” no es lo mismo que “heredero legítimo” podríamos afirmar, en principio, que ellos son los sujetos a los que alude el artículo 2424 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive; y a falta de ellos, serían “herederos legítimos” el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en el que están situados los bienes del causante.

Por su parte, cuando la sucesión es testada, a fin de determinar la legitimación del sujeto que la inicia, habrá que estarse a la institución efectuada por el causante en el testamento, considerando las reglas previstas en los artículos 2484, 2485, 2486, 2487 y 2488 del nuevo Código Civil y Comercial unificado.

Independientemente de lo anterior, los acreedores del sujeto fallecido también estarán legitimados para iniciar el proceso sucesorio una vez que hayan transcurrido cuatro meses de la fecha de deceso del causante. Sin embargo, su intervención cesará cuando se presente al proceso algún heredero o se provea a su representación en forma legal, salvo inacción manifiesta de estos, en cuyo supuesto los acreedores podrán continuar con el procedimiento (confr. art. 694 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Nótese que, estos últimos, no son “herederos legítimos” pero sí “parte legítima”; reconociéndose así la distinción a la que se hizo alusión precedentemente.

Luego, en cuanto a los requisitos formales, la norma exige la presentación de la partida de defunción del causante, la presentación del testamento –si hubiere–, formular en el escrito de inicio la denuncia de los nombres y domicilios de los restantes herederos si se conocieren.

Cabe agregar aquí que, pese a no mencionarlo de modo expreso el artículo 689 del Código Procesal, deberá en el escrito liminar denunciarse también cuál es el patrimonio que conforma la masa hereditaria a transmitir. Ello es así pues, si consideramos lo estudiado en el parágrafo 339, la iniciación del proceso sucesorio no tendría justificación alguna si no tuviesemos que “determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes”.

Es decir que, aunque no se mencione en el artículo 689 del Código Procesal, deberá denunciarse también el acervo hereditario o, al menos, parte de él.

Asimismo, es preciso señalar que la exigencia de presentar la partida de defunción del causante al momento de iniciar el proceso, lo es –entre otras cuestiones– a los efectos de determinar la competencia del juez, pues si bien el último domicilio del causante (que es el que determinará dicha competencia) puede no ser el que figura en aquella partida, ella resulta una prueba indiciaria al respecto (ver parágrafo 342). Pero además, porque de ella surgirá la acreditación del hecho de la muerte del causante (confr. art. 96, segundo párrafo, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

De igual modo y de conformidad a lo prescripto en el decreto ley 3003/1956 por el cual se creó el Registro de Juicios Universales y a lo dispuesto en el artículo 690 del Código Procesal Civil y Comercial, dentro de los tres días de iniciado en la Capital Federal alguno de los procesos universales a los que nos referimos, el presentante deberá comunicarlo al dicho registro, entregando a tal efecto, por duplicado, un formulario que contendrá los datos indispensables para la individualización del causante y el juzgado y secretaría donde quedará radicado el juicio.

Este requisito hará operativo, aunque de modo local y no nacional, el fuero de atracción al que nos referimos en la respuesta a la pregunta 343.

Por último, para el caso en que los presentantes no lo denunciaren, el juez podrá ordenar el libramiento de un oficio al Registro de Actos de Última Voluntad que funciona bajo la órbita del Colegio de Escribanos con el objeto de averiguar si el causante expresó o no su última voluntad en un testamento celebrado por acto público (confr. Ley 404 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

345. ¿A qué se llaman medidas conservatorias?

Como los bienes relictos pueden estar expuestos a riesgos de pérdida o deterioro, en muchos casos resulta necesario ordenar medidas de seguridad con el objeto de individualizar el haber sucesorio y conservarlo.

En el artículo 690 del Código Procesal, se previó la posibilidad de que, a pedido de parte o de oficio, el juez disponga las medidas que considere convenientes para la seguridad de los bienes y documentación del causante.

Claramente, al no encontrarnos en un proceso contradictorio, este tipo de medidas no requieren para su dictado que los solicitantes deban acreditar la verosimilitud del derecho que invocan ni peligro en la demora, tal como sucede con las medidas cautelares adoptadas dentro de un proceso de conocimiento contencioso.

Son medidas de seguridad: 1) efectuar el inventario de los bienes, pues no persigue juzgar sobre la propiedad de los bienes, sino determinar su número y en algunas oportunidades su valor; 2) designar un administrador provisorio de esos bienes, en tanto exista la posibilidad de que sea imperiosa la necesidad de administrar la masa de bienes (vgr.: alquiler de departamentos, manejo de cuentas bancarias, dirección de sociedades, etc.); 3) librar mandamiento de constatación a los efectos de verificar el estado de conservación y ocupación de ciertos bienes que integran el acervo; entre otras.

La amplitud de los términos del precepto, permite el dictado de cualquier medida conservatoria, sea ella de las típicas –nominadas– o atípicas, siempre que resulte eficaz a los fines del aseguramiento del acervo.

346. ¿Cómo tramita una sucesión?

El trámite para iniciar, desarrollar y finalizar un proceso sucesorio se encuentra definido por el legislador tanto en el Código Procesal como en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Pese a que son contados los casos en los que se vuelven conflictivos los procesos sucesorios (por ejemplo, a la hora de realizar la partición de la herencia), podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los procedimientos más sencillos de los previstos en el Código Procesal.

Como todo proceso judicial, este se inicia con el escrito introductorio en donde uno o varios de los sujetos legitimados, invocando su calidad de tal y cumpliendo los requisitos descriptos en el parágrafo 344, le solicita al juez competente que disponga la apertura del proceso sucesorio.

Claramente, el procedimiento estatuido para el proceso sucesorio testamentario difiere del procedimiento previsto para el sucesorio intestado. En nuestro país no tenemos culturalmente aprehendida la posibilidad o el derecho que tenemos de testar y eso hace que, la mayoría de los casos, se trate de sucesiones intestadas (o *ab intestato*), más que testamentarias.

Seguidamente veremos cómo se tramita la sucesión intestada, mientras que desde el parágrafo 353 en adelante –al que nos remitimos– estudiaremos el trámite de la testada.

En la sucesión intestada, una vez que el juez comprueba el deceso del causante

(partida de defunción) y habiéndose denunciado en aquel escrito de inicio el acervo sucesorio, se dispondrá la publicación de edictos en el Boletín Oficial (B.O.) y, en caso de ser pertinente –considerando la importancia del patrimonio relicto y si su inscripción pudiera excederse del valor que importa la inscripción de un bien como bien de familia– en algún diario de amplia circulación del lugar donde se encuentran ubicados dichos bienes (vgr.: si el causante era titular dominial solo de un automotor marca Fiat 600, modelo 1985, el juez solo dispondrá la publicación de esos edictos en el B.O. pues el valor de dicha inscripción no superaría la regla mencionada precedentemente; mientras que si el causante era titular dominial de diez departamentos en la zona de Recoleta, en la Ciudad de Buenos Aires, será pertinente que el juez ordene la publicación de los edictos en el B.O. y en un diario de amplia circulación en ese lugar, como por ejemplo La Nación, Clarín, etc.). Ello, con la intención de que se dé publicidad de la apertura del sucesorio y que, todos aquellos eventuales herederos no conocidos, legatarios o acreedores, se presenten ante el juez a hacer valer sus derechos sobre el patrimonio relicto.

Asimismo, el juez dispondrá la citación por cédula, oficio o exhorto de todos aquellos herederos que hayan sido individualizados con nombre (el término jurídico nombre involucra hoy a lo que se denomina prenombre –José– y apellido –Pérez– confr. art. 62 y sigs. del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) y domicilio por los que se presentaron en el escrito de inicio.

Pues bien, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que, a su vez, tiene la característica de ser la Capital Federal– hoy nos encontramos con dos normas de neto carácter procesal en las que se establecieron cosas distintas y que se encuentran ubicadas en Códigos distintos: el de forma y el fondo.

En efecto, mientras que en el artículo 699 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se previó que [...]

“[I]a publicación de edictos [se hará] por tres días en el Boletín Oficial y en otro diario del lugar del juicio, salvo que el monto del haber hereditario no excediere, prima facie, de la cantidad máxima que correspondiere para la inscripción del bien de familia, en cuyo caso solo se publicarán en el Boletín Oficial. Si el haber sobrepasare, en definitiva, la suma precedentemente indicada, se ordenarán las publicaciones que correspondan”,

en la redacción del actual artículo 2340 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se estableció que [...]

“... Justificado el fallecimiento, se notifica a los herederos denunciados en el expediente, y se dispone la citación de herederos, acreedores y de todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, por edicto publicado por un día en el diario de publicaciones oficiales, para que se lo acrediten dentro de los treinta días”.

Independientemente de la confusa redacción que trae consigo este último artículo citado, lo claro es que mientras que el Código Procesal prevé que la publicación debe efectuarse por tres (3) días, en el nuevo Código Civil y Comercial unificado se estableció el plazo de un (1) día para la publicación.

Abrimos un paréntesis aquí para formular una aclaración.

Entendemos que la intención del legislador en la redacción de este nuevo artículo 2340 fue acertada si se tuvo en mira la idea de simplificar y acortar los tiempos que importa aquella publicación y la de reducir los gastos que ella implica.

Ahora bien, en tanto los Códigos de forma (el procesal) son dictados por cada una de las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en uso de sus facultades no delegadas y que, el Código Civil y Comercial de la Nación tiene regencia en todo el territorio de la Nación, podría decirse que de modo tácito esta última norma (art. 2340) modificó en dicho sentido el artículo 699 del Código Procesal Civil y Comercial.

Sin embargo, entendemos que ello no es así, pues los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mantienen para sí su autonomía y las facultades de legislar sobre sus propios códigos de forma (confr. arts. 5° y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional).

Por ello, podría interpretarse que en el Código Civil y Comercial unificado se estableció un plazo mínimo para la publicación de los edictos, debiendo –eventualmente– las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respetar ese piso. Sin embargo, a igual conclusión debiera llegarse si en el Código de fondo se hubiera establecido un plazo mayor para la publicación que en los códigos de forma locales, pues afirmar lo contrario llevaría a la conclusión de que el artículo 2340 del Código Civil y Comercial de la Nación sería inconstitucional por infringir el régimen federal (confr. arts. 1°, 5° y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional).

Sin intención de extendernos mucho más sobre el punto, no es un dato menor que en el caso del Código Procesal Civil y Comercial y el Código Civil y Comercial de la Nación, ambas normas fueron dictadas por el mismo órgano legislativo, es decir por el Congreso Nacional. Pero al respecto, solo queda añadir que debe tenerse siempre presente que el Código Procesal Civil y Comercial fue dictado por el Congreso de la Nación (sin perjuicio de las posteriores reformas que de él hubieron – vgr.: la del año 2002) con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, cuando funcionaba como órgano deliberativo competente para el territorio de la Ciudad de Buenos Aires en su calidad de Capital Federal; y fue en dicha reforma constitucional en donde se le reconoció a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía gubernamental y jurisdiccional (confr. art. 129 de la Constitución Nacional) y solo hasta que se constituyeran los poderes que surgirían del nuevo régimen de autonomía de la Ciudad, el Congreso iba a ejercer legislación exclusiva sobre su territorio (cláusula transitoria décimoquinta de la reforma constitucional del año 1994). Es decir que, habiendo entrado a funcionar los tres poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ejecutivo, legislativo y judicial) e independientemente de que aún no se haya traspasado a su órbita de jurisdicción la justicia civil, no puede reconocerse en el Congreso Nacional la facultad de seguir dictando normas de forma, cuya atribución es exclusiva y excluyente de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, una vez vencido el plazo de aquella citación (30 días), el cual comienza a contabilizarse desde el día siguiente al de la última publicación de edictos efectuada (que por lo dicho, creemos que debe mantenerse la de tres –3– días prevista en el Código Procesal), a pedido de parte, se deberá darle intervención al Ministerio Público Fiscal, cuya principal función en este tipo de proceso es la de controlar los requisitos legales tendientes a que se acrediten los vínculos que fueron invocados (o a dictaminar si el testamento goza de las formalidades que le permiten ser tenido por tal y se pueda aprobar en cuanto a sus formas, si se tratare de una sucesión testamentaria).

Una vez que el expediente retornó a la sede del juzgado y no habiendo el Fiscal advertido impedimento legal alguno, el juez dictará la declaratoria de herederos.

Dictada esta, cesará el interés del Ministerio Público Fiscal para seguir interviniendo en el proceso y a partir de allí se comenzará con los trámites para la partición de la herencia, la inscripción de la declaratoria y de esa eventual partición en los registros públicos respectivos, debiendo las partes interesadas –en caso de ser legalmente exigible– abonar lo que corresponda a tasa judicial (1,5% del valor de los bienes transmitidos; confr. art. 3, inc. c, de la ley 23.898) y a impuestos, tasas y/o contribuciones al Fisco.

Una vez finalizada la partición y los trámites de inscripción en los registros, restará que el juez regule los honorarios de los profesionales del derecho que intervinieron y su cobro, para el caso en que no hayan sido desinteresados extrajudicialmente.

Hasta ahí el trámite básico que tiene una sucesión intestada simple.

Pero como hemos visto, puede suceder que sea necesaria la designación de un administrador del patrimonio relicto para asegurar su conservación y eficaz administración, valga la redundancia.

Nuevamente, aunque con mayores similitudes, al momento de reglarse quién puede ser designado como administrador judicial de la sucesión, vemos que en el Código Procesal se previó que [...]

“[a] pedido de parte, el juez podrá fijar una audiencia para designar administrador provisional. El nombramiento recaerá en el cónyuge supérstite o en el heredero que, prima facie, hubiere acreditado mayor aptitud para el desempeño del cargo. El juez solo podrá nombrar a un tercero cuando no concurrieren estas circunstancias”; mientras que en el nuevo artículo 2346 del Código unificado se estableció que “[l]os copropietarios de la masa indivisa pueden designar administrador de la herencia y proveer el modo de reemplazarlo. A falta de mayoría, cualquiera de las partes puede solicitar judicialmente su designación, la que debe recaer preferentemente, de no haber motivos que justifiquen otra decisión, sobre el cónyuge sobreviviente y, a falta, renuncia o carencia de idoneidad de este, en alguno de los herederos, excepto que haya razones especiales que lo hagan inconveniente, caso en el cual puede designar a un extraño”.

En esta ocasión, la diferencia es solo cualitativa en el sentido de que, en primer lugar, la nueva legislación de fondo da preeminencia a la voluntad de las partes por sobre la autoridad del juez o de la ley a la hora de realizar la designación, pues mientras que en el Código de forma se estableció de modo imperativo que “el nombramiento recaerá” (en vez de “podrá recaer”) sobre el cónyuge supérstite primero o en el heredero que, prima facie, hubiere acreditado mayor aptitud para serlo. Coinciden ambas regulaciones al establecer que solo se nombrará a un tercero o extraño no heredero cuando ninguno de los descriptos en la norma pueda ejercer el cargo o cuando por razones especiales ello sea necesario.

347. ¿Se puede tramitar extrajudicialmente?

En verdad, la respuesta puntual a la pregunta del acápite se presenta como negativa.

En el pasado ha habido varios intentos de sacar de la órbita de la competencia de los tribunales civiles la tramitación de las sucesiones (al menos para el dictado de la resolución que aprueba en cuanto a sus formas el testamento o hasta el dictado de la declaratoria de herederos) para hacerlo un trámite netamente extrajudicial, con carácter

notarial.

En su momento, se proponía la modificación del artículo 3462 del Código Civil de Vélez, en el que se preveía la posibilidad de que los herederos, presentes y capaces, pudieran efectuar la partición de la herencia de manera extrajudicial, para efectuar también de modo notarial (ante un escribano público) la declaración de herederos con la sola comprobación de los vínculos a través de las partidas respectivas.

Sin embargo, ello nunca sucedió e inclusive, en el actual Código Civil y Comercial unificado, se mantiene la misma tesitura que en el Código de Vélez. En efecto, en el artículo 2369 del nuevo Código se legisló que “[s]i todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial”. Mientras, la partición deberá ser indefectiblemente judicial en los casos previstos en el nuevo artículo 2371 del Código unificado.

Por su parte, en el artículo 698 del Código Procesal Civil y Comercial se prevé – en lo que aquí interesa– que [...]

“[a]probado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en el caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del juez no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes (...) Si durante la tramitación extrajudicial se suscitaren desinteligencias entre los herederos, o entre estos y los organismos administrativos, aquellas deberán someterse a la decisión del juez del proceso sucesorio”.

Vemos, entonces que, necesariamente, a los efectos de declarar herederos en la sucesión intestada o de aprobar en cuanto a sus formas un testamento en la testamentaria, se requiere promover el trámite sucesorio en sede judicial.

Luego de ello los herederos podrán, del modo y en las condiciones establecidas en la ley, realizar la partición de la herencia de manera extrajudicial.

348. ¿A qué se llama sucesión *ab intestato*?

Ya hemos mencionado a lo largo de todo este capítulo que la llamada sucesión *ab intestato* es la que actualmente está definida en el artículo 2424 del Código Civil y Comercial de la Nación; y que es aquella que se tramita cuando no existe testamento dejado por el causante o cuando el mismo no contuviere institución de heredero alguna; o en aquellos casos en que el testador, sin haber indicado sucesores, agota su patrimonio en legados particulares; o cuando el testamento resultare nulo; o si los herederos mencionados repudien la herencia o cuando medie declaración de indignidad de los herederos beneficiados.

Es decir, la intestada es aquella sucesión en la que se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación; o, como hemos visto, al Estado nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados los bienes a transmitir.

En otras palabras, la institución de los herederos legítima la efectúa la misma ley.

En cuanto al trámite de este proceso *ab intestato* nos remitimos a lo ya expuesto

en el párrafo 346.

349. ¿Qué es la declaratoria de herederos?

A diferencia de lo que ocurre en un proceso sucesorio testamentario (en donde el juez se limita a aprobar el testamento en cuanto a sus formas y a rubricarlo), en la sucesión *ab intestato* los jueces dictan lo que se llama declaratoria de herederos.

Se denomina “declaratoria de herederos” al acto de naturaleza jurisdiccional en el que el juez competente de una sucesión intestada, mediante el dictado de una resolución y de acuerdo a las pruebas de los vínculos que fueron invocados y acreditados con las correspondientes partidas, dejará “reconocido” el carácter de heredero del causante en las personas que se presentaron a hacer valer ese derecho.

Como hemos dicho, cuando se tratare de descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, desde el momento de la muerte del causante ellos lo suceden de pleno derecho, sin necesidad de que se efectúe el reconocimiento judicial de esa calidad (confr. art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación). Ello solo será necesario en los casos comentados en el punto 340.

Ese reconocimiento, el juez solo lo hará respecto de quienes se presentaron acreditando en debida forma tener esa vocación hereditaria; y el modo de establecer el estado de familia y consiguiente parentesco derivará, en principio, de la presentación de las respectivas partidas o de los documentos que legalmente puedan considerarse a ese fin.

Cabe tener presente que la declaratoria de herederos no es una sentencia *stricto sensu*, pues no decide una controversia o cuestión litigiosa alguna. Ella se limita a la verificación formal del fallecimiento del causante y del título hereditario que hayan invocado los que se presentaron. Reconoce, entonces, la calidad de heredero de quienes se han presentado, mas no causa estado; incluso frente a quienes intervinieron en el proceso, razón por la cual es esencialmente modificable.

En otras palabras, establece la presunción de que los herederos que han sido declarados los son en verdad y ello habrá de subsistir mientras no se decida lo contrario en el juicio posterior de exclusión de herencia. Como tampoco impide sostener que existan otros herederos que puedan compartir los bienes si más tarde se presentan a reclamarlo.

En ella no se hace mérito alguno respecto de la porción a la que le corresponde a cada uno de los que concurrieron a hacer valer sus derechos. Ello queda reservado para la etapa posterior cual es la de la partición (la que dijimos puede ser incluso extrajudicial) y posterior inscripción de esa partición.

Cabe en este punto remarcar que, tal como se expresó en el artículo 702 del Código Procesal, la declaratoria de herederos se dictará sin perjuicio de terceros. Es decir que, cualquier pretendiente podría promover demanda impugnando su validez o exactitud, para excluir al heredero declarado, o para ser reconocido como él.

350. ¿Se pueden admitir otros herederos después de dictada la declaratoria?

Como consecuencia de lo que hemos mencionado en el punto anterior con relación a que la declaratoria no es una sentencia *strictu sensu* (de aquella en las que se

pone fin a un conflicto o controversia) y, por ende, no tiene la potencialidad de adquirir calidad de cosa juzgada. Como consecuencia de ello y al no causar estado incluso para quienes intervinieron en el proceso, dicha declaratoria con posterioridad a su dictado se podría ampliar en la medida de que quien se presente invocando derechos hereditarios así lo acredite; incluso podría ello hacerse con posterioridad a que esté concluida la etapa de partición de la herencia.

En efecto, ello está expresamente establecido en el artículo 703 del Código Procesal al indicar que “[l]a declaratoria de herederos podrá ser ampliada por el juez en cualquier estado del proceso, a petición de parte legítima, si correspondiere”.

Ahora bien, en el artículo 701 del Código Procesal, se previó el supuesto en el que, los herederos que hubieran acreditado el vínculo conforme a derecho, podrán, por unanimidad, admitir otros coherederos que no hayan podido acreditar en debida forma su carácter de tal, sin que ello implique el reconocimiento en él de un estado de familia.

La idea de este artículo fue la de suplir la exigencia de presentar partidas o prueba supletoria cuando ello resulte dificultoso o imposible; pero ello, reiteramos, no implicará en modo alguno el reconocimiento del estado de familia.

El interlocutor se preguntará entonces ¿cuál es el límite? ¿Podrían dichos reconocimientos afectar derechos de terceros? Al respecto, corresponde mencionar que los acreedores de los herederos (ya no del causante) a quienes perjudique la inclusión en la herencia de otros, por reconocimiento del deudor (herederos), podrán impugnarla válidamente (a la inclusión o reconocimiento), demostrando que no son tales y que se ha procedido en fraude a sus derechos.

351. ¿Qué es el reconocimiento de *legítimo abono*?

Del mismo modo en el que los herederos que lograron acreditar su carácter pueden reconocer esa calidad en otras personas que no pudieron hacerlo, en el artículo mencionado se reconoce también la posibilidad de que los herederos ya “declarados” puedan también –por unanimidad– reconocer acreedores del causante.

La intención del precepto es la de evitar un juicio posterior contra los herederos del causante en los que el acreedor (del causante) deba acreditar su calidad de tal. Al efectuarse en el proceso sucesorio el reconocimiento por parte de los herederos de esa calidad en la persona del acreedor, se le está reconociendo, valga la redundancia, el derecho a obtener lo que se llama *legítimo abono*.

Una vez reconocido ese *legítimo abono* al acreedor se lo podrá desinteresar de modo inmediato saldando el crédito reconocido y sin la necesidad de que este inste un proceso independiente para exigir su cobro. O bien, cuando no existiere posibilidad de desinteresar al acreedor, ello sirve para no discutir en el futuro su calidad de tal.

352. ¿Qué efectos produce la declaratoria de herederos?

Ya nos hemos referido a la calidad que tiene la declaratoria de herederos y a la provisionalidad que ella tiene con relación a la inclusión de los herederos y a la posibilidad que existe de que sea ampliada cuando se presentare otra persona acreditando el carácter de heredero.

Por ello se ha dicho que, sin perjuicio de los efectos que en el artículo 702 del Código Procesal se mencionan, la declaratoria de herederos es un pronunciamiento

judicial de alcance probatorio.

Sin embargo, es respuesta al interrogante del acápite que, la declaratoria de herederos otorga la posesión de la herencia a quienes no la tuvieron por el solo hecho de la muerte del causante.

Volvemos, entonces, sobre lo que ya hemos mencionado en los párrafos 340, 348 o 349 cuando dijimos que cuando se tratare de los ascendientes, descendientes y cónyuge supérstite, desde el momento mismo en que se produce el deceso del causante entran en posesión de la herencia (confr. art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación), sin necesidad de que sea dictada declaratoria alguna. Sin embargo, para quienes carezcan de esa calidad (vgr.: un hermano, un tío, etc., que tienen carácter de colaterales) tendrán que recurrir al juez de la sucesión para que les sea reconocida esa calidad en la declaratoria.

Su dictado (o la aprobación del testamento, cuando se trate de una sucesión testamentaria) produce con relación a esos sujetos el efecto de que entren en posesión de la herencia sin que resulte necesario ninguna otra formalidad, dado que se trata de una universalidad jurídica o de una parte de esa universalidad, pero no la posesión “material” de los objetos que componen la herencia.

Dicha regla hoy está expresamente prevista en el artículo 2338 del nuevo Código Civil y Comercial unificado, al preverse en él que [...]

“[e]n la sucesión de los colaterales, corresponde al juez del sucesorio investir a los herederos de su calidad de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado. En las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del artículo 2337”.

353. ¿Cómo tramita una sucesión testamentaria?

Debe considerarse, en primer lugar, que las disposiciones generales contenidas entre los artículos 689 a 698 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son aplicables tanto a la sucesión intestada como a la testada (vgr.: competencia, fuero de atracción, medidas conservatorias, etc.).

Sin embargo, cuando se tratare de una sucesión testamentaria, el trámite previsto se diferencia con la intestada.

En el párrafo n°344 nos hemos referido a los requisitos generales que la ley exige para poder iniciar un proceso sucesorio. Solo cabe recordar que, cuando la sucesión es testamentaria, al iniciar el proceso deberá acompañarse el testamento correspondiente, sea este ológrafo o por acto público; como así también verificarse la legitimación del sujeto que la inicia en base a lo prescripto en los artículos 2484, 2485, 2486, 2487 y 2488 del nuevo Código Civil y Comercial unificado.

De igual modo, será requisito exigible el cumplimiento de lo dispuesto en el decreto ley 3003/1956 y, nuevamente, el juez podrá ordenar el libramiento de un oficio al Registro de Actos de Última Voluntad que funciona bajo la órbita del Colegio de Escribanos con el objeto de averiguar si el causante expresó o no su última voluntad en un testamento celebrado por acto público (confr. Ley 404 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

353.1 El testamento.

En el artículo 2462 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se legisló que [...]

“[l]as personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

Constituye principio común que el testamento es un acto escrito y solemne, de modo tal que las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento del acto tienen carácter *ad solemnitatem* y su omisión engendra –en principio– nulidad.

En los artículos 2472 a 2476 del Código Civil y Comercial unificado, se previeron las reglas que deberán ser respetadas a la hora de determinar si un testamento contiene las formalidades allí contempladas para su validez. Incluso, en el artículo 2474 el legislador fue contundente al estipular que “[l]a inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero, satisfechas las formas legales, la nulidad de una o varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto”.

Son dos los tipos de testamento posibles para nuestra legislación: el ológrafo (art. 2477 del nuevo Código Civil y Comercial) y, luego, el celebrado por acto público (art. 2479 del citado código de fondo). Nos remitimos a los párrafos siguientes.

353.2 Presentación del testamento. Legitimados.

Cuando el causante hubiese dejado testamento, quien solicita la apertura del proceso sucesorio deberá presentarlo en caso de tenerlo en su poder o bien indicar el lugar donde se encuentra. En estos casos el proceso deberá ser iniciado por el o los herederos instituidos, legatarios, los beneficiarios de un cargo, con la partida de defunción y el testamento en el estado que se encuentre, sin necesidad de acreditar vínculo.

353.3 Testamento ológrafo.

El testamento ológrafo es aquel que deja el testador escrito de su puño y letra.

En el artículo 2477 del Código Civil y Comercial unificado se dispuso que [...]

“[e]l testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquel le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, solo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador”.

La redacción de la norma es precisa en cuanto a los requisitos para la validez del testamento, salvo –estimamos– en el último párrafo. Consideramos que cuando la norma se refirió a que “[l]os agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, *solo si han* sido hechos por orden o con consentimiento del testador”, debió

decir “[l]os agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, *salvo que hayan sido hechos por orden o con consentimiento del testador*”, pues del modo en que quedó redactada no guarda lógica alguna la salvedad efectuada.

353.4 Trámites previos.

Por tratarse de un instrumento privado (el testamento ológrafo), quien lo presente deberá ofrecer dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador. Los propuestos, declararán en la audiencia que debe fijar el juez, citándose también a los presuntos herederos, cuyos domicilios fueran conocidos. El objeto de la audiencia es reconocer la firma del causante.

Si los testigos reconocieran la letra y firma del testador, el juez procederá luego a rubricar el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice.

Como toda prueba testimonial, los dichos de los testigos serán valorados de conformidad a la regla de la sana crítica, lo fundamental es que brinden suficiente razón de sus dichos, hallándose facultado el juez a denegar la protocolización si las declaraciones carecen de fuerza de convicción. Por otra parte, importa señalar que son los amigos íntimos del causante quienes pueden resultar los más calificados para brindar esta información.

Si el testamento fuese acompañado en sobre cerrado, el juez lo abrirá en la audiencia referida, en presencia del secretario, procediéndose luego al reconocimiento por parte de los testigos ofrecidos. Sin embargo, cabe la aclaración que aunque el ológrafo se acompañe en sobre cerrado, no nos encontramos en presencia del testamento cerrado al que se referían los viejos artículos 3665 y siguientes del Código Civil de Vélez, el cual, bajo la nueva regulación Civil y Comercial unificada, desapareció.

Por lo demás, ante la eventualidad de que alguno de los interesados en la herencia llegare a formular alguna objeción respecto a las formalidades del testamento, ello deberá tramitar por vía incidental.

354. ¿Qué es la protocolización?

El trámite previsto en los artículo 704 y siguientes del Código Procesal persiguen la protocolización del testamento ológrafo, que solo tiene por objeto convertir al testamento (hasta ese momento instrumento privado) en instrumento público, pero sin atribuirle validez ni produce cosa juzgada alguna.

Asegura, por otro lado, el eventual extravío o daño que pueda sufrir el instrumento agregado al expediente, pues una vez protocolizado quedará en la matriz del escribano que haya sido designado para hacerlo.

Es decir que la protocolización del testamento ológrafo es solo una actuación preparatoria tendiente a reunir los elementos necesarios para la iniciación del proceso sucesorio.

Si el testamento llegara a extraviarse con anterioridad a su protocolización no será admisible prueba alguna tendiente a acreditar su existencia ni contenido. Solo si la pérdida se produjera luego de la rúbrica del juez, una vez producido el reconocimiento por parte de los testigos ofrecidos, puede admitirse la incorporación de una copia de dicho instrumento, certificada por el actuario, permitiendo citar nuevamente a los

testigos para que reconozcan si es igual a aquel que tuvieron a la vista en oportunidad del reconocimiento.

Ocurrido el reconocimiento del testamento y efectuada la rúbrica por parte del juez, este dará intervención al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida acerca del cumplimiento de todos los requisitos legales para tener finalmente por válido el testamento.

355. ¿Cuándo se abre el proceso testamentario?

El proceso sucesorio se abre con la presentación del testamento por acto público o bien con la protocolización del testamento que convirtió el instrumento privado en público.

Se dispondrá la notificación personal a los herederos instituidos, beneficiarios y albacea si existiera, a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos, en el plazo de 30 días. Lo que no descarta la posibilidad de efectuar la notificación por cédula, pues puede ocurrir que ignoren precisamente que han sido designado beneficiarios.

En el mismo acto se ordenará la publicación de edictos.

El juez en la misma providencia de apertura se pronunciará en cuanto a la validez de sus formas extrínsecas. La aprobación de testamento equivalente a la declaratoria de herederos de la sucesión *ab intestato*, lo que no impedirá que de existir alguna cuestión litigiosa, impugnaciones por vicios que causen su nulidad, estas se canalicen por la vía del proceso de conocimiento.

Al igual que de lo que ocurre con declaratoria de herederos en la sucesión *ab-intestato*, en las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto que (en ambos casos) se tratare de los herederos forzosos mencionados en el primer párrafo del artículo 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación (confr. art. 2338, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial unificado).

356 ¿Cómo se administran los bienes de una sucesión?

A diferencia del Código Civil de Vélez, donde no se previó el tema de la administración de la sucesión, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sí se le dedicó un capítulo dentro del Título VII del Libro Quinto.

Ya hemos visto en los puntos 345 y 346 que la designación de un administrador de la masa sucesoria constituye una medida conservatoria del patrimonio relicto y que, no habiendo el causante designado administrador de su futura sucesión, por ejemplo en un testamento, la ley da preeminencia a la voluntad de las partes para realizar dicha designación en uno de los sujetos a los que se refiere el artículo 2346 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En el artículo 2347 del nuevo Código Civil y Comercial, se dispuso que el administrador pueda ser designado por el causante en el testamento. Y las funciones que este o ellos tendrán serán las establecidas de modo genérico en los artículos 2353 a 2355 del Código unificado.

Así, el administrador debe realizar los actos conservatorios de los bienes y

continuar con el giro normal de los negocios del causante. Podrá, por sí solo, enajenar las cosas muebles susceptibles de perecer, depreciarse rápidamente o cuya conservación sea manifiestamente onerosa.

Para la enajenación de otros bienes necesitará del acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial.

Recordemos también lo que referimos en el párrafo 340 (5to. y 6to. párrafos), pues en el artículo 2354 se estableció que previa autorización judicial o de los copartícipes si son plenamente capaces y están presentes, el administrador “deberá” cobrar los créditos del causante, continuar las acciones promovidas por este, iniciar las que son necesarias para hacer efectivos sus derechos, y presentarse en los procesos en los cuales el causante fue demandado. En ningún caso, podrá realizar actos que importen disposición de los derechos del causante.

Vemos que el artículo citado faculta y, a su turno, obliga al administrador a percibir los créditos del causante y a continuar las acciones promovidas por aquel.

Sin embargo, aun cuando el administrador sea pasible de ser responsabilizado por la mala administración que hiciera de la masa relictiva, lo cierto es que a los efectos de la percepción de los créditos del causante derivados de un juicio promovido en vida por aquel, estimamos que resulta más conveniente que el titular del juzgado que dirige esos procesos realice la transferencia de las sumas que pudieran corresponder en concepto de crédito del causante a la órbita de la jurisdicción del juez de la sucesión. Ello así, considerando, insistimos, lo dispuesto en el artículo 2335 del Código Civil y Comercial y la seguridad y economía que podría llegar a brindar efectuar esos pagos a través de dicho proceso si se considera que en él estarán presentes todos los que invocaron un derecho participativo sobre la masa relictiva, incluso el de los acreedores con o sin legítimo abono (confr. arts. 2357, 2358 y c.c. del Código Civil y Comercial).

Una vez concluida la administración, el administrador deberá presentar la cuenta definitiva de su labor (confr. arts. 2361 y 2362 del Código unificado).

Son aplicables las reglas para la administración extrajudicial fijadas en los artículos 2323 a 2329 del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también rigen de igual modo las disposiciones contenidas en los artículos 709 a 715 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, en las sucesiones testamentarias puede existir la figura del albacea, quien es la persona designada por el testador para hacer cumplir su última voluntad, custodiando los bienes y dándoles el destino que les haya dispuesto el testador.

El albacea será el encargado de la seguridad del caudal hereditario y de practicar el inventario de los bienes con citación de los interesados. Deberá, asimismo, pagar los legados y, eventualmente, demandar a los herederos y legatarios por el cumplimiento de los cargos que el testador les haya impuesto (confr. art. 2526 del Código Civil y Comercial).

357. ¿A qué se llama inventario y avalúo?

El inventario en el proceso sucesorio consiste en la enumeración y descripción de todo el activo que integra la herencia. El avalúo es la diligencia por la cual se asigna a cada uno de los bienes un valor, al momento de practicarse el inventario.

Ambas operaciones posibilitan conocer la integridad del caudal para efectuar

una justa liquidación y adjudicación. Verifican con exactitud el acervo, para que al momento de la distribución puedan confeccionarse adecuadamente las hijuelas correspondientes.

La realización del inventario definitivo no es imprescindible y puede ser reemplazado por la denuncia de bienes, salvo que este haya sido pedido por acreedores o lo imponga otra disposición legal (confr. art. 2342 del Código unificado).

Hay que agregar que si existieren menores o incapaces interesados, se deberá contar con la conformidad del representante del Ministerio Público de la Defensa (Asesor de Menores e Incapaces), cuya representación ejercerá en los términos y con los alcances del artículo 103 del Código Civil y Comercial.

Por otro lado, hemos visto en el párrafo anterior que el encargado de hacer el inventario en una sucesión testamentaria podrá ser el albacea testamentario en el caso de que este exista.

Con relación a la tasación, se ha dicho que esta tiene por objeto poner en conocimiento de los comuneros y del juzgador el valor real de los bienes a partirse.

Para una mejor gestión –actuando el principio de economía y celeridad– y para que todos los bienes sean valuados contemporáneamente, se recomienda que la realización de ambas diligencias sea simultánea.

Sin embargo, no importa lo apuntado un imperativo legal pues podrán los herederos efectuar una denuncia de bienes y acordar el valor de realización de los mismos, sin perjuicio de lo que deba realizar el albacea en el caso de la sucesión testamentaria.

358. ¿A qué se denomina partición y adjudicación?

La partición es el acto que pone fin a la comunidad hereditaria al dividirse los bienes de la herencia, convirtiendo a cada heredero en dueño exclusivo de las cosas que se le adjudican. Se concreta la transmisión hereditaria con la determinación de los bienes recibidos del causante por su adjudicación.

Mediante esta operación cesa el transitorio estado de indivisión, materializando cada heredero en bienes concretos, sobre los cuales ejerce un derecho exclusivo, la porción ideal que le tocaba en la herencia.

Con la asignación se tiende a localizar los derechos de cuota; antes de él, los derechos se traducen en una fracción numérica, después se materializan en objetos determinados.

Este acto supone una pluralidad de herederos. En principio, la partición es obligatoria, ya que los interesados pueden solicitarla en cualquier tiempo (confr. artículo 2365 del nuevo Código Civil y Comercial).

Es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión. Puede haber prescripción adquisitiva, en el supuesto de que alguno de los herederos entre en posesión de la herencia de manera exclusiva como único dueño (confr. artículo 2368 del Código Civil y Comercial). Resulta innecesaria si la división de los bienes relictos puede hacerse a través de una simple operación numérica, como cuando se trata de distribuir dinero.

De conformidad a lo establecido en el artículo 2369 del Código Civil y

Comercial unificado, si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Si no acuerdan en hacerlo de esta forma, la partición deberá ser judicial (confr. artículo 2371, inciso c, Código Civil y Comercial unificado).

Y deberá ser judicial también en supuestos cuando haya copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; o cuando terceros, fundándose en un interés legítimo, se opusieran a que la partición se efectúe privadamente.

Finalmente, cuando la partición deba realizarse judicialmente, con designación de un partidor oficial (confr. art. 2373 del Código unificado), la operación se realiza por medio dicho partidor, quien tiene a su cargo la formación de lotes o hijuelas de cada heredero, obrando como delegado del juez.

359. ¿A qué se denomina proceso concursal?

La palabra “concurso” deriva del verbo concurrir. Según el diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de la palabra trae a colación la palabra concurrencia, la que significa “[c]onjunto de personas que asisten a un acto o reunión”.

En el caso que nos ocupa, el proceso concursal judicial, serán los acreedores de un sujeto al que también se lo denomina causante, quienes concurrirán a hacer valer sus derechos. Es decir, por la cesación de pagos del deudor (causante), todos sus acreedores, interesados en el cobro de su crédito “concurrirán” ante el juez que resulte competente a intentar hacerlo del modo en que está estatuido en la ley 24.522 y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Mientras, el proceso de quiebra es un proceso que no solo puede ser peticionado por el actor/concursado (como es en el concurso preventivo), sino también por sus acreedores y que tendrá como principal objeto la realización de la totalidad de los bienes del deudor para que con el producido líquido se abonen los créditos de todos los acreedores en proporción al monto de cada uno de ellos y de acuerdo al orden de preferencias o privilegios.

El presupuesto objetivo de inicio de un procedimiento concursal o de quiebra es la cesación de pagos o insolvencia del patrimonio del deudor, respectivamente. Es decir, cuando el deudor no se encuentra en condiciones o se ve imposibilitado de afrontar sus deudas.

En cambio, en un proceso de ejecución individual (vgr.: proceso ejecutivo), en principio, no nos encontramos ante esa circunstancia de hecho pudiendo perseguir el cobro efectivo y rápido de un crédito derivado del incumplimiento de una obligación particular, sobre el patrimonio del deudor.

Cuando se produce la apertura del proceso, el cobro de las acreencias podrá ser por acuerdo voluntario entre el administrador de la masa concursal y los acreedores (para lo cual, como ya se dijo, se deberán considerar las preferencias y los privilegios de cada uno de ellos), o de modo forzoso en el caso de que no exista ese acuerdo (liquidación de bienes).

En base a estos presupuestos podemos considerar que el proceso concursal se inicia debido a la incapacidad de pagar (cesación de pagos) del causante o fallido (denunciada por él mismo o por sus acreedores).

360. ¿Reglamenta el código procesal este tipo de procesos?

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no regula el proceso concursal.

Sin embargo, sus previsiones serán norma supletoria y complementaria de la ley 24.522 en la que se regularon ambos casos, debiendo tener presente su última e importante reforma a través de la ley 25.563, cuyas modificaciones introducidas en torno a lo relativo a la emergencia productiva y crediticia son de orden público.

En cuanto al Código Civil y Comercial unificado, el proceso concursal se va mencionando en los institutos específicos a lo largo de toda su normativa. Allí se indica cómo se procederá en caso de concurso preventivo o quiebra frente a las diferentes situaciones contempladas en los institutos del Código.

CAPÍTULO XXXI

PROCESOS CONSTITUCIONALES

361. ¿A que se llama procesos constitucionales?

Todos los procesos constitucionales llevan como finalidad ofrecer una vía de protección a los derechos fundamentales del hombre que se encuentran afectados. Este encuadre no se restringe a la dimensión de los intereses personales porque admite dispensar la herramienta pertinente a otro tipo de intereses *supra* individuales, como los colectivos, difusos y aun los que representan un sector corporativo.

Recordemos que cuando se habla de protección constitucional de las libertades se pretende actuar en dos sectores: uno destinado a salvaguardar el principio de supremacía de las Normas Fundamentales, y otro aplicado directamente al conflicto constitucional donde la atención se centraliza en la persona.

Es evidente, entonces, que el modelo constitucional incide directamente en la implementación de los procedimientos de tutela, porque en un sistema difuso, donde la actuación de los jueces es amplia y sin demasiadas limitaciones, el control lo ejercen todos quienes tienen jurisdicción y en cualquier tipo de proceso; en cambio, en el sistema concentrado, el instrumento de revisión está diseñado especialmente para actuar ante el Tribunal Constitucional.

En síntesis, los procesos constitucionales responden a una consigna universal que afianza los derechos humanos, eludiendo el marco procesal que restringe la identificación de los procedimientos judiciales como lucha entre partes donde la verdad se obtiene merced al esfuerzo probatorio de quien afirma.

No se trata en aquellos de obtener una victoria a costa del vencimiento, sino de resolver con la Constitución y demás derechos contenidos o no en ella, pero que apuntalan y preservan los derechos del hombre.

362. ¿Cuáles son los procesos constitucionales?

Siempre teniendo en cuenta el modelo constitucional al que cada Estado adscribe, se pueden trazar algunas líneas comunes en la caracterización de los procesos constitucionales.

Nosotros hemos de hacerlo siguiendo el objeto que persiguen, de este modo hay tres sectores de atención:

- a) Los que tienen como finalidad asegurar el principio de la supremacía constitucional.
- b) Los que garantizan los derechos y garantías individuales.
- c) Los que tutelan y protegen los derechos colectivos y difusos mediante las llamadas acciones colectivas.

Inclusive podría haber un cuarto sector en los mecanismos de protección transnacional de los derechos humanos, pero nos parece que ellos se adaptan mejor al sistema donde actúan, admitiendo que constituyen una aplicación específica del *derecho procesal transnacional* (es decir, que tienen reglas diferentes a las del debido proceso

constitucional, que hemos bosquejado a través de esta introducción al derecho procesal constitucional).

En el primer grupo se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, sean *directas* (demanda de inconstitucionalidad; acción declarativa de certeza) o *indirectas* (excepción de inconstitucionalidad). En el grupo siguiente están el amparo (también conocido como mandamiento de seguridad, recurso de protección, acción de tutela, etc.), el *habeas corpus*, la protección de datos personales (*habeas data*), las acciones de cumplimiento, entre otras. Finalmente tenemos las acciones colectivas.

363. ¿Qué características tiene el proceso de amparo?

En el derecho comparado el amparo es un proceso destinado a proteger los derechos y libertades de las personas físicas.

Etimológicamente amparar es tutelar, o valerse del apoyo de alguien o de algo para lograr cierta protección. Además, amparar viene del latín *anteparare* que significa ‘prevenir’, lo cual en conjunto, suponen encontrar un remedio para el acto lesivo, y una prevención contra la amenaza.

El amparo puede tener dos lecturas: como derecho inalienable de las personas, que lo conservan aun en situaciones de emergencia suprema; y como garantía procesal destinada a dar un procedimiento para reclamar contra el perjuicio o afectación sufrido.

En el primer caso se habla de un “derecho de amparo”, que suele llamarse *derecho a la tutela judicial efectiva*. En el restante, se encuentra el proceso constitucional de amparo con sus reglas y características.

Por supuesto que el sistema procesal obra determinante para esclarecer cuanto puede servir la herramienta en un sistema constitucional difuso respecto de los mecanismos jurisdiccionales concentrados. Si bien, los dos mantienen la noción de “garantía constitucional”, en unos la protección llega desde los jueces ordinarios, mientras que en el otro se confía la actuación a las magistraturas constitucionales.

En nuestro país el artículo 43 de la Constitución Nacional, creado después de la reforma del año 1994, trajo un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo. Se abandonó la figura procesal para constituirse en un “derecho” o “garantía” específico, cuya principal concreción fue instalar el derecho al amparo.

363.1 ¿Qué tipos de amparo existen?

En Argentina se establecen los siguientes modelos de amparo:

- a) Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas.
- b) Amparo contra actos u omisiones de particulares.
- c) Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes.
- d) Amparos especiales según se trate de “cualquier forma de discriminación”, “protección del ambiente”, “derechos de la competencia”, “derechos del usuario y consumidor”.
- e) Amparo colectivo, para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa).

- f) Habeas Data
- g) Habeas Corpus.

363.2 ¿Cómo trabaja el amparo como proceso?

El amparo es antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre. Su tipo es abstracto, es decir, no necesita concretar la demanda para resolver su protección. Por eso, el amparo es también, al mismo tiempo, una figura preventiva.

La acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reporten la seguridad que para los derechos se necesitan, de forma tal que una actuación condicionada a ese tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño.

La urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo, porque la reforma constitucional, como hemos dicho anteriormente, ingresó en el artículo 43 un derecho tutelar nuevo que no es, específicamente, el juicio de amparo, sino el “derecho a tener un proceso rápido y expedito” cuando no exista una vía judicial más idónea. El proceso de amparo se convierte así en la auténtica garantía procesal.

El mecanismo del amparo responde a la necesidad de salvaguardar los derechos consagrados en la Constitución Nacional, en aquellos casos en que no existe una vía apta para ese objeto, sin que ello importe alterar las instituciones vigentes ni extender la jurisdicción legal o constitucional de los jueces, y sin olvidar que la propia índole de la acción solo hace que proceda en situaciones de imprescindible necesidad de ejercerla, máxime cuando se presenta la posibilidad de intervención del Poder Judicial en actos que competen a la Administración Pública, cuando se trate de accionar contra actos de esa autoridad.

En las reglamentaciones se trata al amparo como proceso sumarísimo; pero a veces, simplemente, se enuncia el acto lesivo contra el cual se admite la vía.

En Argentina esta distinción surge al confrontar el artículo 321, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con el artículo 43 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 16.986, en lo que se muestra un paralelismo absoluto entre el proceso sumarísimo y el amparo.

Esta similitud nos lleva a investigar si dicha simetría es solo en el procedimiento o también apunta a los motivos que habilitan el trámite urgente.

En el amparo son tres las condiciones exigidas para su procedencia: a) violación o amenaza del algún precepto reconocido por la Constitución; b) ilegalidad o arbitrariedad clara y manifiesta del acto lesivo y c) inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave o irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes.

Por su parte, estos requisitos son necesarios para asignar la vía sumarísima cuando la denuncia constitucional proviene de actos de particulares, sin importar las otras situaciones.

La norma procesal no prevé un plazo de caducidad para deducir la pretensión, como lo hacen las leyes que regulan el amparo; lo que no impide apreciar en la inmediatez con que se formule el reclamo la urgencia que permita y justifique la senda procedimental.

Lo mismo sucede con la competencia, donde pueden suscitarse opiniones diversas. En el sentido, puede ser aplicable el art. 5 inciso 3° del Código Procesal citado; en otro, se podría extender por analogía el art. 4 de la Ley 16.986.

Por su parte, resulta de uso el artículo 337, tanto como en su ámbito el artículo 3 de la ley de amparo, de manera que la demanda puede rechazarse *in limine*.

La legitimación procesal tiene características propias que corresponden a la acreditación del derecho subjetivo cercenado, no siendo posible extender el carácter de parte a terceros que tengan igual interés pero sin resultar “afectados” por el acto u omisión.

Asimismo, la legitimación pasiva relaciona el amparo a una autoridad pública o al acto de persona privada, y en el proceso sumarísimo a un particular debidamente identificado.

Respecto al proceso, en sí mismo, conviene apuntar que el amparo remite a las normas procesales en todo cuanto no estuviere legislado, y el artículo 498 párrafo primero dispone que el trámite sumarísimo se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con las modificaciones que seguidamente indica.

La supletoriedad anunciada merece algunos reparos que se motivan en la compatibilidad del proceso sumario con la urgencia que caracteriza el procedimiento en estudio.

En definitiva, la forma de sustanciar el amparo suele encontrar diversidades según el acto lesivo que se considere.

363.3 ¿Cómo es la legitimación en los procesos constitucionales?

El proceso de *amparo* debe focalizarse en la perspectiva del sistema que lo desarrolle. Si bien las cuestiones de legitimación no son profundamente diferentes, los mecanismos concentrados reservan la vía para las acciones de inconstitucionalidad, similares al recurso extraordinario que bosqueja el método americano. En cambio el sistema difuso, por vía de principio, ha dejado al amparo como proceso reservado cuando no exista un recurso más idóneo, es decir, sostenido en su carácter subsidiario²⁶³.

En cambio en el proceso de *habeas data* no es simple el acceso en la medida que depende del objeto que se pretenda. Diferentes son las condiciones si uno persigue un “derecho de acceso” a las fuentes de información; o se quiere un “control sobre la base de datos”, u otra intención lo motive²⁶⁴.

Por su lado en el *habeas corpus*, en su parte pertinente, el artículo 43 de la Constitución Nacional argentina, sostiene que “... la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolver de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Se puede afirmar que la inclusión en el capítulo de “nuevos derechos y garantías” de este derecho a la libertad no hace más que ponerse a tono con un tiempo trazado por

²⁶³ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 4, México, pp. 116-117 y ss.

²⁶⁴ Cfr. GOZAÍNI Osvaldo A., *Derecho procesal Constitucional, Habeas Data Protección de Datos Personales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2001, p. 398 y ss.

las aspiraciones mundiales reflejadas en los textos de pactos y tratados que, en nuestro caso, son de aplicación obligatoria (art. 75 inc.22 de la carta magna).

En líneas más generales, cuando uno refiere a los derechos o intereses difusos, o adopta el nominado por la Constitución Nacional y señala a los derechos de incidencia colectiva, la temática principal del estudio puede resolverse desde frentes diversos. En primer lugar, corresponde acordar una interpretación sobre que son y a que se refieren los derechos o intereses difusos. Luego analizar el objeto que protegen. Seguidamente, cuales son las personas que pueden petitionar en su nombre, y las reparaciones que tienen derecho a reclamar. Paso siguiente será determinar el procedimiento aplicable, si el judicial o administrativo, y en su caso, las modalidades intrínsecas que cada uno defina; evidentemente, también en estos casos, habrá de analizarse la decisión resultante y sus efectos consecuentes. Y, finalmente, como es bueno realizar en todo estudio, un recorrido del derecho comparado propone observar como organizan estos problemas otras legislaciones del mundo.

La transformación de los derechos responde hoy a la necesidad de verificar que en el plano de cada disciplina antes cerrada en definiciones previstas para las personas que se protegen, actualmente, son los intereses los que resuelven el replanteo y avizoran un cambio esencial en las modalidades instrumentales y tuitivas de cada derecho.

363.4. ¿Cómo es la legitimación actual en el nuevo Código Civil y Comercial)

El Código Civil y comercial se apartó del anteproyecto y dejó solo dos derechos: a) derechos individuales; y b) derechos de incidencia colectiva.

En el párrafo final del artículo 14 dice que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

La titularidad de derechos individuales es de las personas sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece la ley de fondo. Con la limitación del artículo 240 que establece [...]

“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

364. ¿Qué características tiene el proceso de habeas data?²⁶⁵

La calidad de proceso constitucional del habeas data resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental.

Se debe recordar que la consagración de esta garantía puede ser *autónoma* como en la Constitución de Brasil; derivada como *especie* tal como resulta en Argentina donde se cataloga como sub tipo de amparo; o *subsidiaria* de otros procesos menos específicos pero de mayor cobertura como el recurso de protección chileno, la tutela colombiana o el amparo del Perú.

²⁶⁵ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Habeas Data, Protección de Datos Personales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2001, p. 383 y ss.

En cada caso la originalidad latinoamericana muestra paralelos en la condición constitucional que tiene la figura, pues casi todos los países coinciden en darle un lugar al proceso dentro del capítulo de garantías procesales.

La diferencia con Europa es evidente; aquí la protección sobre los datos personales se toma de la tutela fundamental al derecho de intimidad, donde los Tribunales Constitucionales y los jueces comunitarios tienen una cobertura normativa amplia y completa desde las directivas de la Unión y la legislación específica de cada nación (donde se destaca España entre todos los demás).

Por su parte, Estados Unidos sigue la línea de sus enmiendas en materia de derechos subjetivos y colectivos prefiriendo las acciones individuales cubiertas por una ley que defiende la privacidad de los hogares y las personas.

La posición legal donde el habeas data se instala no es una cuestión menor. Siguiendo el esquema enumerado se podría afirmar que América ha creado un “proceso constitucional” propio (autónomo) o derivado (como modalidad del amparo); Europa tiene derechos y deberes a partir de las leyes de tratamiento de datos personales y Estados Unidos una acción especial que difiere en poco de las pretensiones destinadas a la defensa de la intimidad.

Ahora bien, esta línea de presentación no es simétrica con la eficacia que cada uno acredita. América no tiene hasta ahora una experiencia valiosa para mostrar; Estados Unidos ha evolucionado en la tutela de la privacidad sobre los datos pero es regresiva en otros aspectos; mientras Europa orienta desde la comunidad económica una potencia arrolladora de normas y resoluciones que persiguen más ideales que protecciones concretas o particulares.

Sobre esta base, la naturaleza jurídica del habeas data no varía al ser siempre un proceso constitucional, aunque las reglamentaciones pueden cambiar los procedimientos.

No cabe duda que Argentina tiene un proceso constitucional propio logrado desde la interpretación amplia del artículo 43 de la Constitución. Pero además, el capítulo VII de la Ley 25.326 incorpora una “acción de protección de datos personales” que se aleja del modelo amparista, pese a que el artículo 37 declara aplicable el procedimiento de este proceso constitucional.

La conclusión interesa reafirmarla para evitar disquisiciones sobre la jerarquía que tiene, toda vez que es diferente la ubicación y el rango de garantía según se interprete nacida desde la Constitución, legislada por una ley procesal o reglamentada con independencia de su ubicación normativa.

364.1 ¿El habeas data es diferente del amparo?

La autonomía del habeas data como proceso diferente al amparo se sostiene por la identidad propia que tiene el objeto a demandar. Se tiende a proteger los datos personales de la persona que se han ingresado en un archivo, registro o banco de datos.

El *habeas data* reconocido en el artículo 43 constitucional vincula el *conocimiento* o derecho de acceso, con la *finalidad* del archivo, circunstancia que demuestra la necesidad de acreditar algo más que un interés informativo.

El derecho de entrada al banco de datos se debe fundar en la presunción que se tiene respecto a la hipótesis de estar concernido y, en su caso, plantear la necesidad de conocer que datos se registraron, con qué finalidades y para cuáles propósitos.

Tal como surge de la norma fundamental, la subsidiariedad del reclamo es posible, de modo tal que se podría solicitar el acceso y la información para que, una vez confirmada la presencia individual en el registro, se concreten las pretensiones consecuentes de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad.

Pero ello no es así, al menos no resulta más que una hipótesis probable para formalizar la demanda.

La doble vía de ingreso a los archivos públicos o privados que contienen datos personales se puede concretar directamente al titular del registro, como requerimiento extrajudicial; o a través de la acción de *habeas data*.

Sin embargo, el conocimiento también se puede lograr con diligencias preliminares, y particularmente por la medida que permite proponer al futuro demandado que *preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad sin cuya comprobación no pueda entrarse a juicio* (en cuyo caso, debería informar si es titular del archivo y si tiene registrado en el mismo al requirente).

Por otra parte, *el juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se fundan, repeliéndolas de oficio en caso contrario.*

364.2 ¿Quién puede reclamar por sus datos personales? ¿Ante quién?

Estas son cuestiones que se vinculan con el derecho de acceso y control sobre los archivos. En cada caso se debe resolver quienes tienen posibilidades reales de actuar, así como saber quiénes son las justas partes o legitimados que pueden responder por los derechos y obligaciones emergentes.

Inicialmente, reconocer los sujetos procesales del *habeas data* lleva la necesidad de asegurar la plenitud constitucional de protección a la intimidad o privacidad para quienes sean legítimos portadores del derecho que reclaman y frente a quienes deben asegurar el cumplimiento del mandato superior emitido por el artículo 43.

Sin embargo, no es suficiente partir del concepto que sirve de portada a esta norma constitucional. En efecto, la afirmación que “toda persona” pueda interponer la acción de *habeas data* respecto a los datos que a ella se refieren, no aclara la extensión ni el alcance que asigna a la legitimación activa; tampoco esclarece si los únicos obligados son *los titulares de archivos públicos, o privados destinados a proveer información*, y está ausente un criterio central sobre los derechos esenciales que tutela el *habeas data*. Se sabe que son los datos personales, pero se debiera indicar cómo pueden ellos provocar una lesión en otros derechos sensibles de la persona (v.gr: honor, imagen, reputación, etc.) y perseguir su restitución desde el proceso constitucional.

La finalidad del *habeas data* es impedir que en bancos o registro de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone el proceso, cuando dicha información está referida a aspectos de su personalidad que estén directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

La diferencia entre el secreto y la intimidad está presente en este capítulo. Obsérvese que quien deduce la demanda no es titular ni dueño del secreto que está registrado. Es el legitimado pasivo –el que opera el archivo– quien tiene el secreto, que al ponerlo en contacto con otros medios evita la ocultación y los expone ante otras personas, provocando, con ese acto de circulación, el perjuicio que habilita el *habeas data*.

También la amenaza de difusión permite la vía.

Por eso la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos. En cambio, el secreto está proyectado a terceros que lo conocen y que se convierten en garantes de la confidencialidad.

Frente al derecho de las personas a conocer su inclusión en bancos de datos o cualquier archivo, se encuentra el derecho de los administradores o titulares de ellos, sean públicos o privados.

Palazzi diferencia según se trate uno u otro registro, responsabilizando al funcionario que está a cargo del mismo cuando sea público; y al representante legal cuando sea privado. Puede suceder que el mantenimiento del registro o base de datos esté a cargo de un tercero especializado –caso de empresas de computación–, que puede llevar a integrar la litis con este para que la resolución final le sea válidamente oponible, sobre todo en el caso de registros desactualizados o erróneos que hayan causado algún perjuicio económico o moral²⁶⁶.

Cada modalidad de *habeas data* reconoce variables en los legitimados pasivos correspondientes. En Argentina, la Ley 25.326 dice que: “La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes”

364.3 ¿Qué es el derecho de acceso?

La norma constitucional es clara: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad...”, disposición que no excluye la aplicación de otros artículos de la ley fundamental que abarca en el concepto de *personas* a las entidades ideales (arts. 15, 22 y 23).

En consecuencia, quien promueve un *habeas data*, primero debe lograr el acceso a los registros del caso, para después plantear las acciones de control efectivo que contra el mismo quiera deducir.

Estas pretensiones son objetivas y el grado de afectación perturba por igual a personas físicas y morales. Si el registro es inexacto, la fidelidad de la información altera la identidad y la verdad objetiva que trasciende al dato almacenado. Si la información está desactualizada, cualquier afectado tiene derecho a que los datos transferidos que le conciernen sean actuales y concretos, y no especulaciones ni perfiles logrados tras el tratamiento. Si el archivo conserva datos secretos o confidenciales de la persona, esta –sin importar su cualidad física o jurídica– tiene derecho a plantear la reserva o supresión.

En suma, el tratamiento de datos personales es el control efectivo que la norma constitucional quiere asegurar y, por ello, cuando se informa que *toda persona tiene*

²⁶⁶ PALAZZI, Pablo, *El habeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la era de la información)*, en Jurisprudencia Argentina del 20/12/95.

derecho, se está diciendo que cualquiera sea el afectado existe un derecho a conocer y rechazar las informaciones y los razonamientos usados en los sistemas de almacenamiento cuyos resultados la perjudiquen, como para lograr una vía directa para rectificar, completar, esclarecer, poner al día, eliminar o requerir la confidencialidad y secreto de los datos que han sido recolectados.

En tal sentido la ley 25.326 (B.O 2/11/2000), en su ley de 48 artículos fue observada por el poder ejecutivo en los incisos 2 y 3 del artículo 29, referidos a las autoridades del órgano de control y a la totalidad del artículo 47, que disponía el blanqueo registral para los deudores que al momento de la entrada en vigencia de la Ley, hubieren pagado sus deudas; los incisos 2 y 3 del artículo 29 por Dec. Nacional 995/00 (B.O 2/11/2000); y el artículo 47, incorporado a la Ley de protección de Datos Personales por la Ley 26.343 (B.O 9/1/2008).

364.4 ¿Cómo se hace la demanda de habeas data?

El artículo 38 de la ley 25.326, divide la pretensión en etapas ofreciendo un modelo anómalo que puede tener varias dificultades. Dice la norma, en el inciso 2º [...]

“El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley”

Sobre esta línea de actuación, en consecuencia, el actor debe: 1) solicitar el acceso a los bancos de datos, archivos o registros, indicando las causas por las cuales presume que en ellos se encuentra; 2) debe demostrar que ha cumplido la etapa de requerimiento extrajudicial; 3) ha de motivar adecuadamente sus consideraciones sobre la calidad de información falsa, inexacta o discriminatoria que alega contra los datos almacenados, y 4) en su caso, podrá plantear en forma subsidiaria o posterior, las pretensiones de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales.

El artículo 42 (ampliación de la demanda) establece que [...]

“Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días”.

En los términos presentados, la ley propone dividir las etapas procesales: a) una instancia administrativa, donde plantear el derecho de acceso y, en su caso, el reclamo de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad; b) negado el acceso o estimado insuficiente la cobertura otorgada, se deduce la demanda ante el juez competente persiguiendo tomar conocimiento de los datos que a él se refieren y lograr saber la finalidad que tienen como destino; c) una vez que se ha evacuado el informe por el titular o usuario del archivo, se puede ampliar la demanda, concretando la pretensión (actualización, rectificación, supresión o confidencialidad).

Al quedar propuesta la demanda, el juez competente debe estudiar la procedencia formal y objetiva para resolver. Esto es, decidir si la acción es admisible en los carriles comenzados, rechazar *in limine* por carecer de fundamento o razonable

proposición, o bien, ordenar medidas de saneamiento destinadas a expurgar vicios del acto de pedir que, hacia adelante, pudieran llevar a nulidades del procedimiento.

364.5 ¿Qué resuelve la sentencia en el habeas data?

En líneas muy amplias y a los fines de presentar el meollo del problema podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

Cuando el modelo previsto para el control de constitucionalidad es concentrado (Tribunales Constitucionales) el debate se sostiene acerca de si es jurisdiccional o no el pronunciamiento. Como tal, los alcances objetivos y subjetivos dependen de la consideración que reciba el carácter de la sentencia, pues si fuera interpretada como resolución que permita aplicar o inaplicar una norma, los efectos se reducen a la validez misma de la ley.

En los sistemas difusos, el tema de la bilateralidad del proceso lleva a posiciones opuestas. O se justifica la sentencia en los términos como se expide en un proceso común, haciendo verdad el precepto que el juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; o se permite al juez resolver la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

En uno u otro caso, vemos que el habeas data es un proceso constitucional de ribetes muy particulares; con un objeto muy preciso y una libertad a custodiar que le facilita incursionar más allá de los límites que la pretensión y la resistencia (demanda y contestación) pueden acotar.

En definitiva, el juez deberá resolver si hubo o no afectación a la persona cuando se tomaron y procesaron sus datos personales; y en su caso, seguir –o no– las peticiones consecuentes respecto a actualizar, renovar, suprimir o guardar la información compilada en estricta reserva y confidencialidad.

364.6 ¿Qué características tiene el proceso de habeas corpus?

Las garantías constitucionales, en el artículo 43 incorporado en la reforma de 1994, establece expresamente las garantías específicas del amparo, el habeas data –aunque a esta, sin denominarla así y el de *habeas corpus*–.

El habeas corpus, garantía derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional fue regulado legalmente desde antiguo.

La acción de *habeas corpus* tuvo principal objetivo proteger la libertad personal, ambulatoria y de desplazamiento de las personas, ante detenciones o arrestos ilegales. Sus remotos orígenes en la Carta magna de 1215, denotan el enfrentamiento y la tensión entre el poder político y los individuos en el mantenimiento y goce de la libertad de estos últimos.

Al mismo tiempo, hacer lugar a la petición de *habeas corpus* genera conflicto entre poderes.

La determinación de cuándo una detención o arresto son ilegales y hacen procedente el *habeas corpus* decretando la libertad, constituye el problema sustantivo a resolver, respecto a esta garantía.

La interpretación de la legitimidad de los arrestos y la protección contra limitaciones o amenazas contra la libertad ambulatoria o de desplazamiento, en la Argentina, marcó la evolución de la garantía hacia su ampliación, consagrada normativamente en la Ley 23.098 (B.O 25/10/1984).

La disposición legal contempló los tipos de *habeas corpus* ya consagrados por la doctrina y la jurisprudencia. *El habeas corpus reparador*, para los casos en los cuales ya se hubiere perdido la libertad física; el *habeas corpus preventivo* para la hipótesis de una amenaza a la libertad ambulatoria; el *habeas corpus correctivo*, que opera ante el agravamiento en el modo y forma en que se cumple la detención legítimamente ordenada; y el *habeas corpus restringido*, para el supuesto de una restricción indebida de la libertad.

364.7 ¿Qué tipos de *habeas corpus* están regulados?

Habeas corpus clásico protege contra las detenciones o arrestos ilegales. Estas se producen por falta de causa legítima o razonable en la detención, o porque la orden no parte de autoridad pública o esta es incompetente. De acuerdo a la ley reglamentaria, la garantía procede ante acción u omisión, pero siempre de autoridad pública; y se optó por desestimar el empleo de *habeas corpus* ante la detención de personas por parte de la autoridad privada, pues esas situaciones encuentran remedio en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, como el Código Penal.

Habeas corpus preventivo fue reconocido por el artículo 3º, inciso 1º de la ley 23.098. Según norma, el procedimiento corresponde ante acciones u omisiones de la autoridad pública que impliquen una amenaza actual a la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente. La CSJN tuvo ocasión de dar alcance a aquellos términos en “Cafassi, Emilio Federico”, Fallos 311:308 (1988) La Ley 1988-C, 403.

Habeas corpus correctivo fue reconocido por el artículo 3º, inciso 2º de la ley 23.098, que dispuso la procedencia ante el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación ilegítima de libertad. A partir de la reforma del año 1994, la jerarquía constitucional otorgada entre otros, a la convención Americana sobre Derechos Humanos, proporciona una protección mayor a la libertad y seguridades de todas las personas: en efecto el artículo 5º, en especial el inciso 2 de ese tratado dice que “... que toda persona privada libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad humana inherente al ser humano”. El inciso 6 detalla: “las penas privativas de libertad tendrán con finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, y conforme la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, otorga similar protección en el artículo 25.

Habeas corpus restringido procede ante todo acto u omisión de autoridad pública que sin privar de la libertad, genere hostigamiento o alteraciones a ella. Tal el caso “Solari Yrigoyen”, quien sin estar detenido, no podía ingresar a la Republica Argentina pues pesaba sobre él, orden de arresto en virtud del estado de sitio (cfr. “Solari Yrigoyen, Hipólito”, C.S (1983). La Ley 1983-B, 634).

Habeas corpus colectivo y correctivo, la procedencia del *habeas corpus* correctivo, referido a las condiciones de detenidos y menores en esa condición en la Provincia de Buenos Aires tomó un nuevo cause al ser interpuesto –por el Director del Centro de Estudios Legales y sociales– a favor de la totalidad de los alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de ese Estado local, en lo que significó un *verdadero habeas corpus colectivo* (Conf. “Verbitsky, Horacio,

s/Habeas corpus” Fallos328:1146 (2005). La CSJN, al hacer lugar a la acción, examinó expresamente la procedencia de la garantía que calificó de colectiva bajo los siguientes fundamentos: a) Si el artículo 43 de la Constitución Nacional, en el segundo párrafo, reconoce la acción de amparo para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, cuanto más la acción colectiva debe prosperar –más allá de que no se la reconozca expresamente con ese nombre en el texto constitucional–cuando el *habeas corpus* colectivo está enderezado a proteger un bien jurídico prioritario y, b) Los derechos involucrados se referían a condiciones de detención graves, propias de la superpoblación denunciada y reconocida por la propia provincia de Buenos Aires(cfr. Considerando 19 del voto de la mayoría en “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” fallos: 328:1146).

CAPÍTULO XXXII

LOS PROCESOS VOLUNTARIOS

365. ¿A qué se denomina jurisdicción voluntaria?

Hablar de *iuris dictio voluntaria*, supone encontrar una actuación procesal no contenciosa, manteniendo el juez el mismo esquema de poderes, deberes y facultades que en el proceso controversial.

La jurisdicción voluntaria actúa cuando está comprometido el interés jurídico de los particulares. Son actos tendientes a establecer un estado jurídico; tienen por objeto una pretensión que el órgano judicial debe resolver con la aplicación declarativa de las normas pertinentes a los hechos planteados.

El pronunciamiento del juicio voluntario es eminentemente constitutivo de un estado jurídico nuevo; dentro de ellos se incluyen las llamadas autorizaciones, que son aquellas peticiones que tienden a completar una capacidad atenuada que debe integrarse mediante la decisión judicial o a suplir un requisito impuesto por la ley para el otorgamiento de un acto jurídico.

El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos consiste en una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho reclamado por el actor, pronunciamiento que requiere, por parte del órgano decisor, una actividad cognoscitiva que pretende valorar los elementos de juicio que se incorporan al proceso a través de alegaciones y pruebas.

Tal actividad resulta necesaria en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de ejecución, en la base del proceso de conocimiento existe una incertidumbre jurídica inicial que es menester disipar a través del contradictorio; el juez interviene para examinar la conveniencia de la justicia, la legalidad y en su caso, la eficacia, constituyendo o modificando situaciones jurídicas, por medio de su actividad de control, integración y autoridad.

366. ¿Cuáles son los procesos voluntarios?

Son procesos donde se necesita la actuación jurisdiccional aunque no haya alguien contra quien controvertir, ellos son: a) la autorización para contraer matrimonio; b) tutela y curatela; c) copia y renovación de títulos; d) autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos; e) examen de los libros por el socio; f) reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías.

366.1. ¿Qué debe resolver la autorización para contraer matrimonio?

Este proceso tiene por objeto suplir la autonomía de decisión que tiene el menor de edad, cuando quiere contraer nupcias. El artículo 403 inciso f) del Código Civil y Comercial establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio tener menos de dieciocho (18) años.

En tal caso, esta falta de edad nupcial se dispensa por vía judicial. Según el art. 404 del sistema mencionado [...]

“En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de esta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

“El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

“La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

“La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela solo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d”.

El mecanismo trabaja sobre la nueva concepción que trae el código respecto a la adopción de decisiones propias de quienes se consideran menores, a tono con las escalas de edad entre 13 y 16 años y 16 a 18 años.

En efecto, la venia judicial se establece, aún con autorización de los padres, para todo menor de 16 años, siendo residual cuando teniendo entre 16 y 18 años los padres no dan el consentimiento.

En consecuencia el juicio puede tener dos propósitos, o que se otorgue la venia supletoria o licencia judicial, o bien, para que el tribunal decida acerca de la oposición de los padres.

Cuando la oposición proviene del representante del menor las reglas no cambian, pero sí ha prestado autorización, las cuentas de la administración deben estar aprobadas.

El llamado juicio de dispensa es el medio de superar la incapacidad de derecho del contrayente, asegurando una mayor comunicación sobre las consecuencias y efectos que tiene el matrimonio. La venia puede ser otorgada por el padre, o por la madre en caso de muerte o incapacidad del padre, o por el tutor en su caso y con carácter supletorio por el juez.

366.2 ¿Qué debe resolver el discernimiento de tutela o curatela?

La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil. En cambio, la curatela, es la representación legal de los incapaces mayores de edad, trátese de cualquiera de las incapacidades de hecho que el Código Civil y Comercial establece.

El art. 104 de este régimen dispone como principio general que [...]

“La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental [...]

“Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que

otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial”.

La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente. Si es ejercida por más de una persona, las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público.

El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio Público interviene según lo dispuesto en el artículo 103.

Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos (cfr. art. 109, Código citado):

a) Cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes. Si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial.

b) Cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

c) Cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a).

d) Cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor.

e) Cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor.

f) Cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar.

g) Cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.

La tutela es siempre discernida judicialmente; para ello es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida. Se debe llamar al menor de edad a una entrevista personal con el fin de: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

366.3 ¿Qué debe resolver la copia de títulos?

El artículo 308 del Código Civil y Comercial establece que [...]

“El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”.

Las partes tienen derecho a reclamar testimonio o copia de la escritura matriz que el escribano extiende en su protocolo, al mismo escribano que la otorgó, cuantas veces lo deseen. Este principio tiene como excepción las escrituras que contengan obligaciones de dar o hacer en cuya circunstancia deberá requerirse la autorización del juez civil de turno.

Por “parte” debe entenderse no solo a los otorgantes, sino también a sus sucesores universales o singulares.

Cuando la norma se refiere a las partes, ha querido indicar que la copia atañe a los comparecientes que configuran en conjunto una parte, pero también debe admitirse la posibilidad de entregar tantas copias como personas integran su parte.

Si de los que hubieren participado en esa escritura, hubiese quienes se hallaren ausentes, el juez puede nombrar un oficial público que esté presente al sacar la copia.

Tanto la renovación de título como la expedición de copias, tramitarán por juicio sumarísimo, lo cual abre la posibilidad al interesado de oponerse, alegando razones valederas.

Si bien es cierto que conforme a la legislación de fondo, cuando se trate de la expedición de segundas copias de una escritura en la cual una de las partes se haya obligada a dar o a hacer alguna cosa, ello debe hacerse mediante procedimiento judicial, la omisión de este último no enerva su eficacia como título ejecutivo, ya que la citación solo tiene por objeto poner a los interesados en condiciones de que puedan comparar la exactitud de la copia con la escritura matriz, no estableciéndose ninguna sanción por la inobservancia de aquella formalidad.

Las copias que se expidan por vía judicial deben contener los mismos requisitos que las dadas por escribano, han de tener la reproducción literal y completa del documento original; expedirse en hoja de actuación notarial o mediante fotocopias. Si se trata de fotocopias, debe serlo del original y no de otra copia.

La copia debe contener la “cláusula de suscripción o concuerda”, mediante la cual el notario asevera la fidelidad de la inscripción, identifica el documento y a quien se da.

Las reproducciones expedidas por orden judicial deben contener nota marginal que consigne su expedición.

366.4 ¿Qué debe resolver la renovación de títulos?

La renovación de títulos consiste en volver a otorgar el acto o negocio jurídico instrumentado en la escritura o en los folios extraviados. En consecuencia, la reproducción implica una nueva prestación del consentimiento de los intervinientes, como si el acto jurídico no existiera, dejándose constancia de las razones que motivaron su otorgamiento y dándole efecto retroactivo cuando sea necesario.

La decisión judicial impondrá la incorporación al protocolo de la copia íntegra de la escritura a la que pertenecen la o las fojas extraviadas, acordando posteriormente a las partes nueva copia o testimonio.

La prueba versará sobre instrumentos públicos y privados, ya que puede suscitarse controversia ante la invocación de una copia distinta.

366.5 ¿Qué debe resolver la autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos?

Lo primero que se debe atender antes de responder conforme los cánones establecidos en el código procesal, es ver la incidencia que tiene el código civil y comercial en este proceso voluntario.

Actualmente (art. 25) se considera menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho (18) años. Adolescente es el menor de edad que cumplió trece (13) años. Ambos ejercen sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, el artículo 26, segundo párrafo dice que la persona menor que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece (13) y dieciséis (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Asimismo, corresponde dictar judicialmente la autorización para estar en juicio, si de los hechos surge el desinterés de los padres en la comunicación con el menor –o en el mejor de los casos imposibilidad de ejercer sus deberes– y sin afectar la autorización el ejercicio de sus “deberes-derechos”, ya que los derechos no son absolutos, ni se ejercen sobre los hijos, sino en relación a los mismos.

Por eso, a efectos de la comparecencia en juicio, habiendo negado uno o ambos de los progenitores la autorización o consentimiento necesario, o ante la imposibilidad de aquellos (por falta o ausencia), el juez, al dar la autorización nombrará un tutor especial para llevar adelante el juicio.

En consecuencia, si bien el procedimiento para el dictado de la venia judicial para estar en juicio es rápido y expeditivo, las normas vigentes expresan claramente que el magistrado debe escuchar las razones de ambos padres (o del que se niegue) para no prestar el acuerdo; y por lo mismo, deben practicarse todas las gestiones adecuadas para ubicar a los progenitores, so pena de la negativa de la autorización.

366.6 ¿Qué debe resolver el examen de los libros por el socio?

Cualquiera de los socios puede examinar el estado de los negocios comunes y exigir a ese fin la presentación de los libros, documentos y papeles, haciendo las reclamaciones que juzgue convenientes.

La resistencia a permitir el ejercicio de este derecho autoriza a recurrir judicialmente para que lo haga efectivo. Si no obstante la conminación judicial, se denegara el examen, se prestará el amparo de la fuerza pública para hacerlo seguro, todo a costa del administrador de la sociedad. La resolución judicial fijará las modalidades de ese control.

El socio interesado, deberá acreditar tal carácter con la presentación del contrato social; además, podrá requerir al juez que ordene que los libros de la sociedad sean puestos a su disposición con el fin de examinarlos por sí o con el auxilio de peritos contadores.

Deberá acreditar que ha requerido los libros y estos le fueron negados. El juez deberá arbitrar las medidas que estime más ágiles para verificar la vigencia del contrato en que se funda la petición, ordenando posteriormente sin sustanciación, el examen en la forma solicitada, bajo apercibimiento de hacerlo por la fuerza pública. El procedimiento es abreviado.

Dada la verosimilitud del derecho que debe acreditar el actor, la resolución que se dicte será irrecurrible.

En la resolución judicial que se dicte, puede ordenarse el secuestro de los libros y papeles de la sociedad, siempre que se acredite previamente que se ha negado este derecho al socio.

366.7 ¿Qué debe resolver el reconocimiento de mercaderías?

Este es un procedimiento breve por naturaleza y necesidad, admitiéndose únicamente el dictamen pericial como medio de prueba. Las actuaciones se sustancian con habilitación de días y horas.

El reconocimiento pericial tendrá que hacerse en presencia de las partes, y si alguna de ellas se encontrare ausente, se dará intervención al defensor de ausentes.

En el Código Civil y Comercial se establece (art. 747) [...]

“Entrega. Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. La recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento en la Sección 4ª, Capítulo 9, Título II del Libro Tercero.

Art. 748. – Entrega de cosa mueble cerrada o bajo cubierta. Cuando se entrega una cosa mueble bajo cubierta y sin inspeccionar al tiempo de la tradición, el acreedor tiene un plazo de caducidad de tres días desde la recepción para reclamar por defectos de cantidad, calidad o vicios aparentes”.

366.8 ¿Qué debe resolver la autorización de venta de mercaderías?

Únicamente con la presentación del vendedor y probados los extremos autorizados por la ley de fondo, el juez ordenará que se proceda a la venta de

mercaderías por cuenta del comprador. Será presupuesto de admisibilidad de la petición la circunstancia de que el comprador no los haya retirado dentro del plazo pactado.

En tal circunstancia, el juez ordenará la venta en pública subasta, citando al comprador o en su ausencia al defensor de ausentes.

El procedimiento es simple y abreviado. El medio de prueba más idóneo será el documental.

CAPÍTULO XXXIII

LOS PROCESOS ESPECIALES

367. ¿Por qué se llaman procesos especiales?

Se denominan procesos especiales a los que no se pueden encuadrar estrictamente en la división que hace el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cfr. ley 25.488 que suprime el juicio sumario) que reconoce procesos de conocimiento y procesos de ejecución.

La ley 25.488 derogó los artículos 486 a 497 del Código Procesal que reglamentaban el proceso sumario, lo que no significa que se anule absolutamente este tipo abreviado de procedimiento, ni que todo sea llevado al juicio ordinario o al tipo sumarísimo, de acuerdo con lo que el juez determine.

El párrafo segundo del artículo 319 establece que [...]

“Cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario. Cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable”.

Existe una creencia generalizada que se comprueba en las lecturas de los comentarios hechos sobre esta reforma procesal, que con la ordinarización de los procesos se amplían los plazos de los trámites antes sumarios; y se dificulta y entorpecen los derechos de quienes estando en una vía abreviada son, ahora, remitidos al trámite sumarísimo.

En realidad, la clasificación de procesos que contenía nuestro ordenamiento adjetivo era antojadiza e imprecisa, porque no respondía a la realidad de un trámite distinto entre ellos, sino a la reducción del conocimiento del juez sobre el objeto litigioso.

Para volcarlo en un ejemplo, si un proceso ordinario era una sala absolutamente iluminada; un sumario tenía zonas en oscuras; y un sumarísimo únicamente reflejaba el haz de luz que enfoca una linterna. En consecuencia, no son plazos los que se abrevian, únicamente, sino la plenitud del conocimiento.

La doctrina más calificada ha mostrado los beneficios que tiene reducir los tipos procesales a dos formas simples que no son antagónicas, y que en nuestro caso se pueden manifestar en la dimensión del proceso ordinario y el sumarísimo (ordinario y extraordinario, en otros sistemas).

Ahora bien, la simplificación de procesos se puede tornar inoperante, sino se atiende en debida forma el mensaje del legislador.

Se ha creado (en realidad, es una recreación pues el origen está en la ley 24.573) el *proceso por audiencias*, que supone desarrollar el procedimiento en el menor número de actos procesales, donde los principios de economía e intermediación condicionan el éxito del emprendimiento.

El diseño tiene previsto no variar el esquema de los actos de postulación, donde la demanda y la contestación deberán ir acompañadas de toda la documentación de

respaldo a la pretensión material (el objeto procesal); unificando los plazos para responder y deducir excepciones (en adelante, quince días –art. 338– o sesenta días cuando la parte demandada sea la Nación, una provincia o una municipalidad).

La etapa probatoria inicia el proceso por audiencias tras la celebración del acto previsto por el artículo 360 que debe ser presidido por el juez de la causa, con carácter indelegable.

Esta audiencia, como las sucesivas, quedan en el expediente testimoniadas en un acta que redactará el secretario (art. 125 inciso 5°), y se documentarán como el Tribunal lo resuelva (art. 125 inciso 6°).

No obstante, el tribunal puede señalar en el despacho ordenatorio de la audiencia del artículo 360, la forma como se documentarán las audiencias, requiriendo a las partes que aporten los medios que estén a su alcance para dar cumplimiento con la providencia jurisdiccional (el artículo 125 en sus incisos 6° y 7° permiten que así se resuelva).

En orden a la situación que atraviesan los procesos establecidos en el Libro Cuarto de la Parte especial, denominados *Procesos especiales*, cabe atender la parte final del párrafo segundo del artículo 319, es decir, que el juez determinará el tipo de proceso aplicable.

¿Qué significa?

El código dispone que los tipos de proceso serán, a partir de ahora, ordinarios o sumarísimos. Ambos son procesos de conocimiento que difieren por sus contenidos y por los plazos aplicables.

La regla general es que, *a falta de regulación especial, el trámite es ordinario*.

También lo son cuando una ley especial remite al tipo sumario, pero, cuando se trate de juicios de monto indeterminado o indeterminable, o de monto reclamado superior a pesos cinco mil; o sean procesos especiales ellos no tienen la misma regla, pues el juez determina el tipo correspondiente.

Obviamente, resolviendo por exclusión, la respuesta sería, si no se aplica la regla general, y no se trata de leyes especiales, habrá que aplicar uno de los tipos procedimentales; si no es el ordinario, solamente puedo asignar trámite sumarísimo.

Sin embargo, se puede encontrar una lectura diferente y comprender que el párrafo segundo del artículo 319 dice que corresponde resolver el tipo de trámite, cuando no se pueda establecer si es juicio sumarísimo o especial. Todo dependerá de cómo se entienda la ubicación de la coma tras la indicación de *proceso sumarísimo*.

En los hechos, las diferencias de estructura no existirán porque todos deberán seguir el diseño de: etapa de proposición escrita; etapa probatoria oral y por audiencias, hasta alcanzar el final con la resolución fundada.

El sumarísimo deberá ofrecer la prueba agregando la documental; los plazos serán de tres días, salvo la contestación de demanda y del recurso de apelación que será de cinco (5) días; no habrá alegatos, y se limitarán los recursos, al igual que existieron hasta la ley 25.488.

Observemos finalmente como trabajan estos principios en orden a los siguientes procesos:

- a) *Interdictos*: sumarios o sumarísimos de acuerdo con la complejidad del problema a resolver.

- b) *Acción posesoria*: ordinario.
- c) *Daño temido*: sumarísimo.
- d) *Declaración de demencia y sordomudez*: sumarísimo.
- e) *Declaración de inhabilitación*: ordinario (art. 152 bis inciso 3º) y sumarísimo en los demás casos.
- f) *Alimentos y litisexpensas*: sumarísimo.
- g) *Rendición de cuentas*: ordinario si la pretensión es compleja, sino será sumarísimo.
- h) *Mensura y deslinde*: ordinario.
- i) *División de cosas comunes*: ordinario.
- j) *Desalojo*: ordinario (con autosatisfactiva en los casos de los arts. 680 bis y 684 bis).

368. ¿Cuál es el objeto de los interdictos?

Los interdictos son remedios distintos de las acciones posesorias legisladas en el Código Civil. No constituyen, la reglamentación procesal de las acciones posesorias. Son herramientas diferentes que se dirigen a resolver situaciones distintas.

Sus características son:

- a) Si el poseedor que puede ejercer las acciones posesorias, opta por los interdictos, esta vía excluye la otra.
- b) En los interdictos no se debate el derecho de propiedad. Su contenido son acciones personales al servicio de la protección material de la cosa que es su objeto, por ello se ha dicho que los llamados “interdictos de adquirir” e “interdicto de obra nueva” no son verdaderos interdictos.
- c) Los interdictos amparan el hecho material de la posesión, y tienden a evitar la autotutela del afectado, solo posible jurídicamente en casos de excepción (art. 2240, Código Civil y Comercial).
- d) El trámite procesal es urgente y sumarísimo, a diferencia de lo que ocurre con las acciones posesorias que tramitaban hasta la sanción de la ley 25.488, sumariamente. Ahora, conforme surge de dicho articulado deberán ventilarse en proceso ordinario.
- e) La acción interdictal se debe plantear dentro del año que se produce la turbación o despojo de la posesión.

Los interdictos constituyen juicios de cognición limitada, en los cuales no cuenta que la posesión sea viciosa o se cumpla el requisito de la anualidad.

Los únicos posibles son los que enumera el artículo 606 del código adjetivo con la finalidad de adquirir la posesión; retener o recobrar la posesión o tenencia, e impedir que se construya una obra nueva que importa peligros inmediatos.

Estos procesos permiten llegar a una rápida solución mediante una sentencia, que no decide sobre el derecho a la posesión del actor o del demandado, sino que se limita a decidir sobre la ilegitimidad de la turbación y que puede revisarse en un proceso ulterior de más amplio trámite y debate (art. 622, CPCCN).

Los interdictos constituyen medidas policiales instituidas para que nadie zanje sus conflictos por propia mano y no sea desposeído o perturbado en su posesión al margen de las vías legales.

Con los interdictos se persigue mantener una situación de hecho existente, hasta tanto el derecho se resuelva mediante las pretensiones correspondientes.

En las acciones posesorias y los interdictos no se admite la discusión de quien tiene mejor derecho sino que basta que quien detenta materialmente la cosa resulte desplazado de ella contra su voluntad y por medios ilegítimos para que tenga derecho a ser restituido en esa detentación, y ello no ocurre con quien se desprendió por un acto jurídico de la tenencia de un inmueble en favor de un tercero, en el caso la sociedad de hecho, que posee una personalidad limitada pero distinta a la de los socios y también en forma voluntaria decidió separarse de la sociedad y ponerle fin, es esta quien detentaba la tenencia legítima del inmueble, y la privación de acceso ya no es al inmueble sino al ámbito donde la sociedad realizaba su actividad, siendo su carácter de socio y no de condómino el que se encuentra en entredicho, por lo que son las acciones derivadas de la relación societaria, y no un interdicto de recobrar, las que deben intentarse para dirimir la cuestión.

El sistema de fondo enmarca las pretensiones posesorias y los interdictos posibles, que veremos de inmediato, en los siguientes artículos:

Artículo 2238. – *Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan. Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor.*

Hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.

La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor.

Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños.

Artículo 2239. – *Acción para adquirir la posesión o la tenencia. Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.*

Artículo 2240. – *Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.*

Artículo 2241. – *Acción de despojo. Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y*

sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

Artículo 2242. – Acción de mantener la tenencia o la posesión. Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto.

Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

368.1 Interdicto de adquirir

El llamado interdicto de adquirir, en rigor no es un verdadero interdicto, ya que no protege el estado de cosas existentes. Quien lo promueve pide la posesión o tenencia que nunca tuvo, a pesar de presentar título suficiente para adquirirlas.

En este caso debe probarse el derecho a la posesión o tenencia. El proceso versa sobre una cuestión de derecho y no sobre una de hecho.

Con la pretensión que se analiza no hay debate sobre el dominio o el derecho de propiedad; el objeto procesal se dirige a proteger el mejor derecho de quien posee, exigiendo requisitos negativos, es decir, parte del presupuesto que quien pide debe demostrar que nadie tenga título de dueño o usufructuario, ni sea poseedor anterior o tenedor de la cosa.

El artículo 607 del código exige:

a) Tener un título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia, por ejemplo, un testamento, una escritura de propiedad, una escritura de usufructo, etcétera.

b) Que no se presente oposición a la posesión o la tenencia de la cosa, porque si hay oposición no procede la vía interdictal, sino el procedimiento ordinario o sumarísimo, según la clase de oposición de que se trate de conformidad con lo dispuesto en las normas citadas del Código Civil y Comercial.

c) Que nadie tenga título de dueño o usufructuario, ni sea poseedor o tenedor de la cosa que se reclama.

368.2 Interdicto de retener

El interdicto de retener, es un proceso de trámite sumarísimo, que persigue garantizar al poseedor o tenedor de una cosa mueble o inmueble el pleno goce de su posesión actual o tenencia.

Darle amparo contra quien amenaza o perturba con actos materiales ese derecho de posesión o tenencia, es el objeto procesal a considerar. Además, la urgencia por resolver se manifiesta en la amenaza cierta del acto de perturbación.

Obra como restablecimiento del derecho de posesión o la tenencia contra las vías de hecho ilícitas que se manifiestan.

La turbación es el acto manifiesto que pretende entrar en la posesión o tenencia de una cosa mueble o inmueble mediante actos materiales que exteriorizan ese propósito.

Por eso, la causa del interdicto de retener debe consistir en la realización, por un tercero, de actos posesorios efectuados contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia la exclusión absoluta del poseedor. En cambio si no existe ánimo de poseer procede la acción resarcitoria y no los interdictos.

El interdicto de retener es un proceso de trámite sumarísimo, que se plantea contra quien realiza los actos de amenaza o perturbación, que puede ampliarse con aquellos que participan en los actos, y contra los sucesores de ambos si fuera el caso.

En este tipo de procedimiento, no cabe articular reconvencción ni excepciones de previo y especial pronunciamiento.

368.3 Interdicto de recobrar

Se denomina también *interdicto de despojo* al que es promovido por el poseedor o el tenedor de una cosa mueble o inmueble para recobrar judicialmente su posesión o tenencia, de la cual ha sido total o parcialmente privado.

Se trata de una vía de carácter urgente y trámite sumarísimo, que también se puede plantear en caso de amenaza.

Es un remedio rápido y abreviadísimo para las situaciones de hecho, resultando ajenas a sus estrechos límites la discusión y resolución de los derechos u obligaciones basados en relaciones contractuales que pudieran relacionar a las partes en conflicto – v.gr.: un boleto de compraventa– siendo su objeto proteger el hecho de la mera tenencia de las cosas o en su caso la posesión actual, habiendo sido instituido para evitar que nadie zanje sus conflictos por propia mano.

Para que proceda el interdicto de recobrar, es menester que la ocupación efectiva aparezca clara e indudable al momento del despojo, por lo que si la prueba acumulada no logra formar esta certidumbre debe rechazarse.

Por esta vía no se controvierten cuestiones de derecho, en razón que el objeto del proceso es la ocupación misma.

La mera turbación en la posesión o en la tenencia no es suficiente para su procedencia, la amenaza de despojo, o el despojo mismo, debe ser de tal entidad como para poner en peligro la posesión o la tenencia total o parcial de la cosa.

El hecho constitutivo del interdicto es la perturbación a la posesión actual o la tenencia de la cosa.

Si bien el interdicto de recobrar se acuerda exclusivamente para tutelar de manera eficaz a quien resulte perturbado en el ejercicio de la posesión o tenencia, con el fin de evitar la justicia por mano propia, no lo es menos que la violencia o clandestinidad deben ser de una entidad tal que no importen una simple molestia o menoscabo transitorio.

La violencia supone el *animus domini* de quien la ejecuta, que se manifiesta en actos materiales de perturbación, como sería la oposición de hecho a todo intento de recuperación.

Se entiende que es clandestino el acto que oculta verdaderas intenciones. Requiere disimulo del sujeto activo e ignorancia del pasivo; depende más del desconocimiento del perjudicado que de la publicidad de la posesión o tenencia frente a terceros.

Para que se de lugar al interdicto de recobrar no interesa establecer en mérito de qué antecedente se tiene la cosa, y lo que en él se resuelva no afecta los derechos sustanciales de las partes, pues su resultado se limita provisionalmente a mantener la posesión o tenencia despojada.

Mediante el interdicto de recobrar se protege el hecho de la posesión y los coposeedores pueden iniciar la acción.

Basta la existencia de la acción violenta o del despojo con clandestinidad, el introducirse en el inmueble o en una parte de él, para estar habilitado el poseedor actual o el tenedor, aun el que carece de título o que no lo produce en su defensa, para otorgar la acción.

368.4 Interdicto de obra nueva

El interdicto de obra nueva pretende poner fin a la turbación o despojo que ocasiona la construcción de una obra. Pero es inadmisibles cuando las edificaciones estuvieren concluidas o próximas a su terminación, armonizando el texto procesal con lo dispuesto por los arts. 2498 y 2499 del Código de fondo.

La Corte ha dicho que, resulta improcedente el interdicto de obra nueva si no se demuestra fehacientemente que los trabajos denunciados no estuvieren concluidos o próximos a su terminación, circunstancia que se une a la evidencia de que cualquier decisión sobre la restitución de las cosas a su estado anterior mediante su destrucción, requiere un debate más amplio en el cual se aprecien los efectos de las obras cuestionadas cuya importancia es obvio destacar y que no puede satisfacerse en el marco restringido del interdicto procesal (CS, 1987/05/28, “Ballester Bedoucq de Rocha, Graciela J. c. Provincia de Buenos Aires”, La Ley, 1987-D, 356).

De este modo se advierte la insuficiencia del trámite sumarísimo para resolver un tema tan conflictivo como lograr que se destruya lo hecho cuando la obra esté en un estado avanzado de construcción o próxima a su terminación.

Para ello será necesario recurrir a aquellos procedimientos en donde exista debate amplio que den al juez la certeza acerca de la procedencia de la petición, y en caso de considerar las circunstancias y con el fin de no desconocer el derecho del actor, se podría fijar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Son requisitos para que prospere el interdicto de obra nueva:

- a) Que se trate de una obra iniciada pero no terminada.

- b) Que la misma sea realizada en inmueble ajeno al del actor.
- c) Que de ella resulte perjuicio o menoscabo para la posesión o tenencia del denunciante.

La sentencia que se dicta en el proceso sumarísimo de obra nueva encuentra posibilidades alternas según sea el hecho que lo ocasione.

En efecto, si bien en el interdicto de obra nueva el pronunciamiento que admite la demanda solo puede disponer la suspensión definitiva de la obra, o su destrucción a costa del vencido, puede ocurrir que en el curso del proceso hayan sucedido variaciones en las circunstancias fácticas que obliguen a una variación en orden a lo que debe ser resuelto.

En cambio, debe rechazarse el interdicto de obra nueva si el propósito perseguido al accionar se encuentra cumplido con sentencias dictadas en otro juicio. Al haber desaparecido la obra nueva queda extinguido todo estado de incertidumbre jurídica que pudiera hacer necesaria una sentencia de condena que imponga el cumplimiento de una prestación ya cumplida.

368.5 ¿Hay trámites comunes en el procedimiento?

La tutela jurisdiccional tiene carácter urgente, y como tal, exige que el afectado deduzca la pretensión antes de transcurrir un año de producidos efectivamente los hechos que denuncie.

Los interdictos –a diferencia de las acciones posesorias, propiamente dichas (art. 2564, Código Civil)– no prescriben sino que caducan.

La caducidad puede decretarse de oficio y por ello es que se exige la prueba de la fecha en que se produjo el hecho. Si vencido el plazo, el afectado promueve el interdicto, el demandado debe alegar la caducidad.

Este “plazo de caducidad” para los interdictos, en realidad reitera los de prescripción de la ley de fondo. Por tanto, vencido el plazo de un año sin que se haya promovido el interdicto, solamente podrá promover las acciones posesorias o petitorias que correspondan.

La sentencia dictada en los interdictos de adquirir, de retener o de recobrar, por su propia condición y con el límite impuesto por la cosa juzgada alcanzada, no obstan al vencido para el ejercicio de las acciones reales que le puedan corresponder.

369. ¿Qué son las acciones posesorias?

La posesión está amparada por las acciones posesorias y los interdictos, que no son remedios otorgados para proteger el derecho a poseer, sino la posesión en sí misma. La acción reivindicatoria, en cambio, se vincula con el título –derecho de poseer–, con independencia de la posesión misma.

El fundamento de las acciones posesorias es de orden público, pues mediante ellas se pretende evitar que las personas hagan justicia por sus propias manos y de impedir que utilizando vías de hecho se perturbe o prive al poseedor o al tenedor de una cosa de su goce y posesión.

El principio que sostiene el argumento que “poseo porque poseo” no puede tener valor ni importancia en la especie, porque la pretensión sustancial que dinamiza el Código Civil exige un apoyo fáctico razonable, que facilite recurrir al ejercicio de acciones reales o posesorias.

Dentro de la defensa de la posesión es menester distinguir las acciones posesorias de recuperación; acción de despojo y acción de recobrar la posesión.

369.1 ¿Cuál es el objeto de las acciones posesorias?

Una vez que se pretende defender la posesión con la acción civil posesoria o el interdicto, la vía deja a salvo para después lo atinente a las acciones reales.

La división que hace el código al señalar el trámite sumario para las acciones posesorias y el sumarísimo para los interdictos debe considerarse superada por la elección que haga el actor, y por lo dispuesto en el artículo 319 del ordenamiento ritual.

En el Derecho Civil Argentino, las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio (art. 2247), ellas son: la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde.

Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.

La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento (art. 2248.1).

La acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión (art. 2248, segundo párrafo).

La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión (art. 2248 tercer párrafo).

Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares han sido desposeídos o turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión.

Finalmente, dice el artículo 2249 que para el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia.

369.2 ¿Qué relación existe entre las acciones posesorias y las reales?

Por vía de principio ambas no se pueden acumular, porque son independientes. En las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real, mas el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión.

Iniciado el juicio posesorio, no puede admitirse o continuarse la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado (art. 2271).

Quien sea vencido en el juicio posesorio, no puede comenzar la acción real sin haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra.

El titular de un derecho real puede interponer la acción real que le compete o servirse de la acción posesoria; si intenta la primera, pierde el derecho a promover la segunda; pero si interpone la acción posesoria puede iniciar después la real.

El demandante en la acción real no puede iniciar acciones posesorias por lesiones anteriores a la promoción de la demanda, pero sí puede hacerlo el demandado.

Si los hechos constituyen turbaciones o desapoderamientos recíprocos, quien es condenado en la acción posesoria y cumple con la sentencia de restitución, puede a su vez entablar o continuar la acción posesoria o real respecto del hecho anterior (art. 2275).

A continuación se establece que la promoción de la acción real no obsta a que las partes deduzcan acciones de defensa de la posesión y la tenencia por hechos posteriores.

370. ¿Cuál es el objeto de la declaración de incapacidad?

El objeto depende del motivo de incapacidad o inhabilitación que se denuncie. El artículo 624 del Código procesal de la Nación dice que “Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual”.

En la terminología del Código Civil anterior, se denomina “dementes” a los enfermos con trastornos psíquicos, en general. Dicho concepto legal fue susceptible de diversas críticas puesto que en la ciencia médica la demencia es solo una categoría más dentro de la amplia gama que existe de enfermedades mentales.

Por ello, en el ámbito del derecho, es preferible la referencia a la *interdicción*, que alude específicamente a la declaración judicial de la incapacidad de un sujeto físico por enfermedad mental, cualquiera sea la denominación médica de la misma.

Ahora bien, si analizamos el objeto de la declaración judicial –que radica especialmente en la protección del propio insano (ya sea en su esfera personal como patrimonial) y de la comunidad que pueda verse eventualmente afectada– advertiremos que la patología mental, por sí sola no habilita la declaración de demencia.

En la actualidad declarar la incapacidad es una excepción. El artículo 31 del Código Civil y Comercial dispone reglas generales:

a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.

d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.

f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

370.1 ¿Quiénes pueden ser declarados incapaces?

Como fue señalado recién, la incapacidad es una excepción de allí que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

370.2 ¿Quiénes pueden solicitar la declaración de incapacidad?

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 33 del Código Civil y Comercial, están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

a) El propio interesado.

b) El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado.

c) Los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado.

d) El Ministerio Público.

En principio, la denuncia es facultativa, y cuando se interpone la intervención del interesado en el proceso es necesaria, porque puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.

Deducida la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

370.3 ¿Cuál es el alcance de la sentencia?

La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a) Diagnóstico y pronóstico.
- b) Época en que la situación se manifestó.
- c) Recursos personales, familiares y sociales existentes.
- d) Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

Esta disposición del artículo 37 del Código de fondo se integra con el deber de señalar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación (art. 38).

Finalmente la sentencia debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil y Comercial, los actos mencionados producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

370.4 ¿Quiénes pueden ser designados curadores?

El principio general del artículo 32 ya indicado solo admite que se designe un curador cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Inclusive, a título de medida cautelar, durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso (art. 34).

Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (art. 43).

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

370.5 ¿Cómo tramita el procedimiento?

El plazo para la producción de la prueba no podrá exceder de treinta (30) días y comenzará a regir a partir de que quede firme la providencia que lo fije.

Se notificada no solo al denunciante y al presunto incapaz, sino también al curador *ad litem* y al asesor de menores.

De conformidad con el nuevo régimen de fondo, se necesitará un equipo multidisciplinario para realizar el examen del denunciado, siendo este un requisito esencial del debido proceso legal.

En cambio, el código ritual exige la designación de tres médicos psiquiatras o legistas que deberán expedirse acerca del “estado actual de las facultades mentales” del presunto incapaz, con las precisiones enumera el artículo 631 (diagnóstico, fecha aproximada en que se manifestó la enfermedad, pronóstico, régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano, necesidad de internación).

El Código Procesal no ha previsto que se de traslado de la demanda al denunciado, bastando que se le notifique la resolución que se comentó precedentemente (art. 626), acompañada de la documentación y de los escritos de introducción a la instancia. Normas que consideramos contrarias al régimen actual del Código Civil y Comercial.

Los certificados médicos agregados son prueba documental, antes que pericial, propiamente dicha, por eso, esta prueba es indispensable a los fines procesales, pero de dudosa validez en orden a garantizar los derechos del denunciado.

Queda excluida, claro está, la absolución de posiciones requerida al presunto incapaz, en atención a la naturaleza indisponible de los derechos involucrados.

El proceso de declaración de incapacidad e inhabilitación es un procedimiento especial de tipo sumarísimo, en cuya virtud la prueba se debe agregar con el escrito donde se formula pretensión, aunque se produzca dentro de los treinta días referidos por el artículo 626.

No obstante, el trámite admite la celebración de una audiencia preliminar (art. 360 ter.), en la cual el juez podrá depurar los hechos y la prueba ofrecida, y ordenar la producción de aquella que estime prudente y necesaria.

En este sentido, creemos que la adecuación que debe hacerse en estos procesos especiales (art. 319 párrafo segundo) no priva al juez de sustanciar esta audiencia, observando los plazos procesales que tienen los procesos especiales, y en particular, el que establece para la producción probatoria, el artículo 626, inciso 2°.

Por ejemplo, el traslado de la pericia tiene por finalidad que los sujetos involucrados en el juicio puedan apreciar el dictamen, e impugnen –de considerarlo pertinente– las conclusiones de los facultativos designados.

La naturaleza y trascendencia del proceso obliga a respetar esta bilateralidad, sin que la oposición u observaciones conduzcan necesariamente a la interdicción e internación del insano.

370.6 ¿Cómo se obtiene la rehabilitación?

Contra la sentencia se puede articular un recurso de revisión en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

El propio incapaz o inhabilitado pueda promover su rehabilitación, a lo que se suma la legitimación de su curador –principal custodio de la recuperación del enfermo o disminuido–.

Es consecuencia necesaria de la declaración de demencia de una persona mayor de edad, el nombramiento de curador. De esta forma se viene a remediar legalmente la incapacidad, otorgándole la necesaria asistencia y representación. Por tal razón la responsabilidad que el nombramiento importa, obliga a que el desempeño del cargo debe efectuarse con la más severa y escrupulosa corrección, teniendo en cuenta que también en él recae la obligación de asistencia y restablecimiento.

El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo (art. 47, Código Civil y Comercial).

371. ¿Cuál es el objeto de la inhabilitación judicial?

El régimen de inhabilitación judicial es una institución destinada a proteger a las personas que se encuentran afectadas por diversos tipos de deficiencias morales, psíquicas o de conducta, que inciden sobre su discernimiento colocándolas en situación de inferioridad para la gestión de su patrimonio y en el caso especial de los pródigos, la finalidad es la protección de su familia.

Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción solo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes (art. 48, Código Civil y Comercial).

372. ¿Qué efectos tiene la sentencia de inhabilitación?

La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.

Como se dijo con anterioridad, el cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo

373. ¿Cuál es el objeto del juicio de alimentos?

El proceso de alimentos y litis expensas es parte integrante de los procesos de familia, y su objeto consiste en resolver la asistencia de alimentos que formula el actor.

La petición, antes que un proceso contradictorio, es un juicio de contenido social, por eso la prestación de alimentos en el marco de las relaciones de familia debe buscarse en términos de solidaridad humana, y más precisamente en la necesidad de que todos quienes están ligados por lazos de sangre concurran a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad familiar a la que pertenecen.

Como proceso tiene características especiales que se inician con el principio de unidad de conocimiento al determinar la competencia de los conflictos de familia en el juez o tribunal que toma intervención primera.

El artículo 13 inciso i), de la ley 23.898 establece que están exentas de tasa de justicia, las actuaciones derivadas de las relaciones de familia que no tengan carácter patrimonial, las demandas por alimentos y litisexpensas, y las atinentes al estado y capacidad de las personas.

El proceso de alimentos no solo es un proceso especial, sino sustancialmente tras la reforma hecha por la ley 25.488, un proceso sumarísimo, propiamente dicho, por lo que el conocimiento del juzgador es fragmentado y parcial antes que pleno.

La implementación del juicio abreviadísimo y por audiencias, persigue la mayor simplicidad y celeridad del trámite, a tenor de la índole de las necesidades que tiende a satisfacer la propia obligación alimentaria en sí, y la correlativa urgencia del acreedor de los alimentos en obtener su cumplimiento. Se trata entonces de un proceso simplificado tanto en sus dimensiones temporales como formales.

Además, nos encontramos con una legitimación pasiva demarcada por quienes tienen la obligación de prestar alimentos en los términos del Código Civil; debe acreditarse el vínculo jurídico que permite el reclamo de alimentos, aportando el respectivo título alimentario; e indicarse con la mayor precisión posible, el caudal económico de quien debe suministrarlos, pues ello será una de las principales pautas para la fijación de la cuota, tanto provisional como definitiva.

Con respecto a la prueba, se admiten todos los medios directos o indirectos; o de indicios sumados, o de presunciones exclusivamente, siempre que reúnan las condiciones de eficacia que le son propias aunque valoradas con criterio amplio, a favor de la pretensión del demandante.

Deberá además acompañarse la fuente documental, y ofrecerse el resto de los medios probatorios, a tenor de lo normado en el nuevo artículo 333 del código ritual, aunque adaptando la urgencia de la prueba testimonial a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 638.

373.1 ¿Qué requisitos tiene?

Conforme el artículo 433 del Código Civil y Comercial, existen reglas para la fijación de los alimentos, que se dan durante la vida en común y la separación de hecho, y que en el caso de necesitar su cuantificación consideran, entre otras, las siguientes pautas:

a) El trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades.

- b) La edad y el estado de salud de ambos cónyuges.
- c) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos.
- d) La colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- e) La atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar.
- f) El carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona.
- g) Si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial.
- h) Si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación.
- i) La situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.

El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

Los alimentos se conservan después del divorcio (art. 434):

- a) A favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.
- b) A favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

En todos los casos, las pautas se usan para establecer las condiciones de la pretensión y del procedimiento sucesivo. Mientras el actor debe demostrar el derecho y la necesidad; el juez puede obrar preventivamente, y casi de manera cautelar, ordenar alimentos provisorios y conceder el beneficio de litigar a expensas del demandado.

Las relaciones que se establecen entre ascendientes y descendientes, o entre marido y mujer, hacen nacer derechos y deberes recíprocos que la ley debe necesariamente tutelar, por ser una materia en que está implicado el orden público: a la obligación eventual de alimentos, corresponde la facultad de impedir la indignicia.

373.2 ¿Cómo se prueba el caudal económico del alimentante?

Cuando no es posible acreditar el caudal económico del alimentante mediante prueba directa de sus entradas, debe estarse a lo que resulta de la prueba indiciaria, valorando su situación a través de sus actividades y sistema de vida, posición económica y social.

Para la fijación del *quantum* de la cuota alimentaria no es necesaria la prueba exacta de los ingresos del alimentante, sino que debe tenerse en cuenta, para inferir aproximadamente su caudal económico, la que emana de presunciones fundadas en hechos reales, probados, que permitan arribar a una conclusión al respecto, apreciándolos con un criterio amplio, favorable a la prestación que se persigue.

Cuando la fuente de los ingresos del obligado a la prestación es el sueldo o la jubilación que recibe por su trabajo en relación de dependencia, la cuota alimentaria debe variar en la misma proporción en que lo hace el importe de dicha remuneración, ya que lo contrario implicaría tanto como disminuir las pensiones reales sin prueba de una pareja disminución del caudal del obligado, debiendo conservarse la relación originaria entre pensión e ingreso, salvo que nuevas circunstancias aconsejen lo contrario.

373.3 ¿Cómo tramita el juicio de alimentos?

La singularidad del proceso especial de alimentos, muestra su concentración y celeridad al omitir el traslado de la demanda y el emplazamiento propiamente dicho, para ordenar el comparecimiento a la audiencia preliminar que establece el artículo 639, que deberá adaptarse a las nuevas reglas del artículo 360, en orden a lo dispuesto por el artículo 360 ter., todas normas del código federal.

La citación se debe hacer por cédula o acta notarial, acompañando copia de la demanda y de los instrumentos agregados con ella. Se debe hacer constar el apercibimiento en caso de incomparecencia.

Las partes deben concurrir al acto, que para el demandado será la primera actuación útil para ejercer su derecho de defensa. La presencia personal es un requisito ineludible, constituyendo un supuesto excepcional en la práctica del Código Procesal analizado, que ha dejado en el procedimiento escrito toda respuesta a las pretensiones entabladas.

Sin embargo, el ejercicio de la defensa está limitado a pocas cuestiones, porque el proceso sufre variaciones en dos sentidos. Primero, porque el juicio de alimentos es un proceso especial con reglas propias; y segundo, porque al tener que adaptarse al juicio por audiencias de tipo sumarísimo, no podrá deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento (salvo que sean manifiestas), ni reconvenir; tampoco podrá recusar al magistrado (art. 14, párrafo final, Código Procesal).

El carácter subsidiario de la obligación alimentaria no obsta a que, en un mismo proceso, se demande al principal obligado y se intente, paralelamente, acreditar los extremos que tornan viable la demanda de alimentos contra los parientes.

El demandado por alimentos puede contestar la demanda con anterioridad o en el mismo día de la audiencia del artículo 639 del Código Procesal, pues si la ley le permite la prueba, es obvio que también autoriza la alegación de los hechos y el derecho que esa prueba está dirigido a demostrar.

Podrá, asimismo, plantear excepciones que se vinculen con presupuestos sustanciales para la constitución regular del proceso (v.gr.: incompetencia, falta de

personería o defecto legal), o defensas perentorias como el pago, la litispendencia o la cosa juzgada.

En cuanto a la prueba, solamente puede el demandado ofrecer *instrumental* que acompaña en la audiencia (o con al contestar por escrito la pretensión, si es antes de su celebración), e *informativa* supeditada a que el diligenciamiento y la producción se concrete antes de que venza el plazo para dictar sentencia (art. 644, CPCCN).

Si entre las partes no hay acuerdo en la audiencia, quedará latente la contestación que por escrito haya formulado el alimentante, inclusive hasta ese mismo momento, de la demanda instaurada, ordenándose en su caso, la producción de la prueba por aquel ofrecida. En este sentido, cabe resaltar que el demandado se encuentra por demás restringido en su defensa, habida cuenta la celeridad que inspira y gobierna este proceso especial.

374. ¿Cuál es el objeto del juicio de rendición de cuentas?

La obligación de rendir cuentas, la tienen quienes han administrado bienes ajenos con prescindencia de que las negociaciones comprendan también intereses propios del gestor o administrador.

Por ello, el proceso de rendición de cuentas consta, básicamente de dos etapas: en la primera, se establece por vía del proceso sumario si existe la obligación de rendir cuentas; y en la segunda, se examinan las cuentas efectivamente rendidas, por el trámite correspondiente a los incidentes, restando –en todo caso– una eventual ejecución de los saldos activos, por el procedimiento de ejecución de sentencia.

El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la rendición de cuentas comienza el día que el obligado debe rendirlas o, en su defecto, cuando cesa en la función respectiva. Para demandar el cobro del resultado líquido de la cuenta, el plazo comienza el día que hubo conformidad de parte o decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. La demanda se plantea contra quien se considera obligado a esclarecer las cuentas que administra, aunque esta situación no es exclusiva de la actividad derivada de las reglas del mandato, del condominio, de la administración en sí o del régimen societario (art. 2555, Código Civil y Comercial).

Quien pretenda tener por cumplida la obligación de rendir cuentas, deberá justificar tal actividad con los documentos o partidas que respalden la declaración, especificando entradas y salidas, acreencias y débitos cuyo último resultado es la obtención de la cuenta en su más debido control.

De algún modo, quien rinde cuentas se somete a un modelo instructorio que se inicia con la orden del juez que intima a presentar las cuentas, y es emitida, de ordinario, proveyendo la pretensión de la actora, que puede ser el mismo obligado.

En efecto, hay dos pretensiones posibles:

a) La de exigir de la otra que rinda cuentas, previa presentación de la estimación que *ab initio* formula (art. 652, CPCCN); o,

b) La del supuesto obligado que requiere la aprobación de las cuentas que él voluntariamente presenta cuando la otra parte se niega a aprobarlas (art. 657, CPCCN).

En uno y otro caso, la rendición de cuentas es la acción y el efecto de poner a disposición del requirente (para su examen control y verificación) todas las cuentas

derivadas de la administración o el gobierno de los bienes que se le han confiado al requerido.

374.1 ¿Hay formas de rendir cuentas?

La rendición de cuentas puede ser *extrajudicial* y celebrarse entre partes manteniendo la posibilidad de requerir homologación judicial como resultado de una transacción entre partes; o bien reclamarse *judicialmente* en virtud de quien debe prestarla no lo hace, o habiéndolo hecho, la otra parte se niega a recibirlas o aprobarlas.

El trámite de las dos etapas comienza así con la demanda de rendir cuentas –art. 652– que el actor pretende que se reconozca respecto del emplazado, mientras que la rendición propiamente dicha recién comienza en una segunda etapa, luego de haberse obtenido la condena que le asigne al demandado la calidad de deudor de aquella prestación, o bien, que este admita su obligación, allanándose a la demanda.

374.2 ¿Quiénes son partes?

Como todo proceso bilateral y contradictorio, el presente tiene dos partes bien definidas: el que tiene derecho a que se le presenten cuentas claras y ordenadas sobre la administración que ha discernido; y el que debe prestarlas como sujeto obligado por dicha mandato.

Pero hay casos donde la división no es tan precisa, o se confunden los roles y las obligaciones emergentes.

Hay casos en que la obligación de rendir cuentas se pierde por abandono o preclusión de los actos tendientes a lograrlo; y otros en los que sucede por la propia naturaleza de la prestación.

Asimismo, el plazo excesivo transcurrido durante el cual el mandante no le ha requerido a su mandatario que rinda cuentas, importa conformidad con función desempeñada.

374.3 ¿Cómo tramita el proceso de rendición de cuentas?

La demanda de rendición de cuentas suma otra particularidad en el despacho que resuelve dar traslado de la demanda. En ella debe constar el apercibimiento al accionado para que admita o no la obligación que se le reclama; y en caso afirmativo, también se pronuncie sobre la exactitud de la liquidación presentada por el actor.

De este modo, la demanda además de los requisitos generales, y de tener que ofrecer toda la prueba con ella, tiene que adjuntar la cuenta que considere ajustada a derecho.

La diversidad de planteos permite distinguir las secuencias sucesivas:

- a) Si el demandado contesta la demanda y niega los hechos como el derecho pretendido, el proceso deberá determinar si existe o no la obligación de rendir cuentas. El trámite será ordinario.
- b) Cuando se admita la pretensión, el allanamiento podrá ser total o parcial. El primero sucede si al someterse al reconocimiento de la obligación, dentro del mismo plazo presenta las cuentas que se le piden. El segundo, ocurre cuando

no se presenta liquidación propia, en cuyo caso, el juez debe dar por aprobada las cuentas del actor.

- c) Si el accionado no comparece, o lo hace al solo efecto de constituir domicilio legal, el silencio permite obrar con los efectos del apercibimiento y dar por aprobada la liquidación sustanciada como el reconocimiento implícito de la obligación de rendir cuentas.

Sin embargo, en el supuesto contemplado en el párrafo 2° del artículo 652 CPCCN, no resultan exigibles al actor los requisitos formales de la rendición de cuentas (precisión, descripción y documentación), pudiendo su presentación limitarse a un simple cálculo de los resultados obtenidos en la gestión.

De allí que, a la inversa de lo que sucede en el caso de las cuentas no presentadas en forma, el demandado tiene la carga de concretar en términos categóricos y de probar las impugnaciones dirigidas a desvirtuar la exactitud de las cuentas presentadas por la parte actora.

374.4 ¿Cómo tramita la aprobación de cuentas?

A diferencia de las situaciones anteriores, donde el actor reclama el reconocimiento o, en su caso, la práctica de rendir cuentas, en el presente la acción se le otorga al deudor que quiere liberarse de la obligación y encuentra obstáculos en quien debe aceptarlas.

El reclamo de aprobación de las cuentas formulado judicialmente por el propio obligado a rendirlas, descarta la necesidad de la etapa inicial destinada a la determinación de la existencia o inexistencia de la obligación de producirlas, que es necesaria cuando la acción es deducida por el dueño de los bienes o el titular de los negocios administrados.

La demanda es compleja al importar requisitos adicionales a los que ordena el artículo 330. Esto supone agregar la boleta de depósito por el importe del saldo deudor que se interprete deducido de la cuenta que se practica y se presenta a modo de pretensión contra el acreedor.

Pueden darse dos situaciones:

- a) Que haya controversia respecto de las cuentas rendidas, en cuyo caso la cuestión se llevará a cabo por el trámite de los incidentes.
- b) Que al contestar la demanda el accionado haya admitido la pretensión (es decir haya prestado conformidad a las cuentas rendidas), en cuyo caso, el procedimiento a aplicar es el de la ejecución de sentencia.

375. ¿Cuál es el objeto del juicio de mensura y deslinde?

La *mensura* es la operación técnica que consiste en delimitar un terreno, marcando sus medidas en un plano, para comprobar si la superficie que tiene es la que este indica y, de ser necesario, establecer la porción que falte dentro de las propiedades vecinas. Se trata de la expresión gráfica sobre el terreno de los datos contenidos en el título y demás antecedentes con los que se lleva a cabo la operación.

La mensura tiende a evitar usurpaciones de terrenos ajenos, reclamando aquello que un colindero haya podido ocupar sin derecho. Por ello es que la petición de mensura

corresponde a todos los copropietarios limítrofes, adquiriendo así el carácter de recíproca.

Nuestro Código Procesal hace referencia a la mensura en tres ocasiones diferentes dentro de su articulado:

a) En primer lugar, en el artículo 323, inciso 9º, como una *diligencia preliminar*, para ejercer una acción real;

b) Luego, en el artículo 658, inciso 1º, como un *procedimiento voluntario*, que tiene como finalidad constatar la superficie de un terreno y confeccionar el plano correspondiente.

c) Por último, en el artículo 658, inciso 2º, se la contempla como un *medio de prueba* en el proceso de deslinde.

La regulación legal de la mensura está compuesta por una importante sección de legislación administrativa, que comienza con la ley 14.159 reglamentada por el decreto 10.028/57, aprobando la nueva reglamentación nacional sobre el tema.

El marco legislativo lleva a dos sistemas concurrentes en la práctica de la mensura: uno que rige el Código Procesal; y otro que sigue los procedimientos administrativos contenidos en las leyes internas.

375.1 ¿Cómo tramita el juicio de mensura?

El ordenamiento procesal, siguiendo las líneas de la reglamentación administrativa nacional, determina el trámite de mensura el cual consta de las siguientes etapas: a) designación del técnico, b) publicidad de la solicitud, c) registración administrativa, d) diligencia de mensura, e) oposición y citación de linderos, y f) acta y trámite posterior.

a) *Designación del técnico*: el perito designado por quien solicita la mensura será elegido por el juez para practicarla. El nombramiento recaerá necesariamente sobre el profesional propuesto que reúna los requisitos indicados y que no tenga las objeciones del artículo 36 del decreto 10.028/57.

La Dirección Nacional de Catastro y Topografía lleva un registro especial para agrimensores, arquitectos o ingenieros, del cual deberá elegirse al técnico, sin que se pueda proponer o designar otro que no figure en el mismo.

b) *Publicidad de la solicitud*: la disposición analizada establece un medio en virtud del cual se persigue la debida publicidad de la diligencia, a fin de hacerla conocer a quienes tengan interés legítimo en ello: los edictos. Sin perjuicio de ello, en el artículo siguiente se prevé otro medio de publicidad del procedimiento: las circulares cursadas a los linderos y al mismo peticionario, por el agrimensor designado.

A través de estos dos medios de publicidad es que se hace conocer la petición de mensura indicando la situación del inmueble, el tribunal interviniente y el momento en que se dará cumplimiento a la misma.

Finalmente, la solicitud de mensura, se comunicará a la Dirección Nacional de Catastro y Topografía.

La falta de oposición no perjudica el derecho de los terceros para demandar posteriormente o para defenderse de una pretensión que deduzca quien se funde en la mensura.

375.2 ¿Quiénes intervienen?

Los colindantes interesados podrán concurrir al acto de mensura asesorados por peritos de parte, los que serán pagados por quien reclame sus servicios.

El lindero puede: a) formular reclamos sobre la base del título, b) hacerlo sin acompañar el mismo y, c) formular reclamos contra la resolución sin haber asistido a la operación, sin perjuicio de su aviso.

En el primer caso, el agrimensor deberá consignar en el margen del título lo siguiente: “acompañó la presentación y el reclamo”. Esto será examinado expresamente por el perito quien, según lo establece la última parte del artículo, deberá expresar su opinión técnica acerca de las observaciones que se hubiesen formulado.

Los reclamantes que no exhibieron sus títulos sin causa justificada, tendrán que soportar los gastos generados al promover, sin derecho, las oposiciones a la mensura.

La misma sanción recae sobre quien citado debidamente a la operación de mensura no concurrió y posteriormente promueve un proceso que la modifica.

375.3 ¿Cómo tramita el juicio de deslinde?

Deslinde es el proceso dirigido a obtener la mensura y determinación de límites de dos heredades contiguas.

Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno. No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites (art. 2266, Código Civil y Comercial).

El titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanentes, puede exigir de los colindantes, que concurren con él a fijar mojones desaparecidos o removidos o demarcar de otro modo el límite divisorio. Puede citarse a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervengan en el juicio.

La acción puede dirigirse contra el Estado cuando se trata de bienes privados. El deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa (art. 2267 citado).

Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.

No se trata de un condominio sino, simplemente, de confusión de límites, cuya permanencia no se concibe y nuestra ley no podría regular los derechos y obligaciones de las partes mientras dure la confusión, contemplando solo la forma de hacerla cesar.

El condominio por confusión tiene las siguientes exigencias en el régimen actual: a) existencia de terrenos rústicos no urbanos colindantes (es decir, que entre ellos

no hayan caminos, ríos, alambrados u otros medios de separación); b) que pertenezcan a distintos propietarios, y c) que no exista línea divisoria o que esta haya desaparecido, es decir, límites confusos.

376. ¿Cuál es el objeto del juicio de división de cosas comunes?

Conforme lo establece el artículo 1996 en la división del condominio se aplican las disposiciones de la división de la herencia mientras sea compatible. La acción es imprescriptible.

Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez (10) años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez (10) años, se considera celebrada por ese tiempo. El plazo que sea inferior a diez (10) años puede ser ampliado hasta completar ese límite máximo.

Ese acuerdo privado solamente puede trascender a los condóminos si se plantea como demanda de división, que exige un planteo específico contra todos quienes estén en el dominio, bajo apercibimiento de ser una pretensión incompleta que deberá eventualmente integrar la litis.

Ahora bien, dicho estado de indivisión no es definitivo, y las partes pueden ponerle fin a través de la acción judicial que aquí se trata, o resolverlo mediante acuerdo privado, que deberá formalizarse por escritura pública en el caso de tratarse de inmuebles.

El proceso de división de condominio consta de dos etapas: la primera termina con la sentencia que lo declara disuelto, y la segunda consiste en la materialización de la división del condominio. Esta es considerada como de ejecución de sentencia, razón por la cual se debe apreciar si ha habido trabajos en beneficio general o particular para determinar si los honorarios son comunes o particulares.

376.1 ¿Qué clases de división existen?

La división del condominio puede ser privada o judicial. En este último caso, se supone necesariamente una oposición o por lo menos la disconformidad de algún condómino, que impide la división privada o convencional.

Establece el artículo 2371 del nuevo régimen sustancial que la partición debe ser judicial:

- a) Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes.
- b) Si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente.
- c) Si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

La demanda a promover deberá contener los requisitos exigidos por el artículos 330 y sus adecuaciones a la ley 25.488. El actor, además del derecho invocado, deberá indicar el medio que considere más conveniente para la división, teniendo en cuenta la naturaleza de la cosa, acompañar a su escrito la prueba documental que tenga en su poder y denunciar la que no lo esté, y proponer los medios de prueba restantes.

Asimismo, procede la *división en especie* cuando haya posibilidad de dividir y adjudicar los bienes sin alterar su sustancia. Cuando uno solo de los condóminos pide la división en especie y la misma es posible, el juez deberá ordenarlo de esa manera, aunque la mayoría solicite la venta.

Conforme lo establecido por el artículo 2374 si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta. En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes.

Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes (art. 2375).

Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

376.2 ¿Cómo tramita?

Tal como se desprende de los artículos 676 y 677, ambos del CPCCN, el juicio de división de condominio comprende dos estadios: el primero que termina con la sentencia que lo declara disuelto, cuando esta no contiene, por no ser aún posible determinarla, la forma de la partición (art. 676); el segundo que se inicia con la audiencia para la designación de peritos y para convenir la forma de división (art. 677).

Esta acción debe ser iniciada por el titular del derecho real de condominio, contra los otros titulares del mismo derecho. De no ser así habrá que solicitar la integración de la litis, por tratarse de un litisconsorcio necesario.

La división de condominio presupone el dominio de la cosa común, lo cual significa que no podrá pedirla quien no tenga el bien escriturado a su nombre, sin que sea necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Al tratarse de un proceso con pluralidad de partes, todos los condóminos deben ser citados al mismo, y la sentencia se pronunciará respecto de todos los interesados. En caso de haberse omitido la citación de alguno de ellos, el juez ejercerá su poder-deber integrando la litis, conforme lo establece el artículo 89 del Código Procesal.

377. ¿Cuál es el objeto del juicio de desalojo?

El proceso de desalojo, por medio del cual se persigue la desocupación de un bien inmueble, tiene por objeto recuperar la tenencia de bien y con ella, el uso y goce por parte de quien alega un derecho sobre el mismo y contra quien detente la tenencia.

No es admisible la discusión en el conflicto de otras cuestiones, tales como las relacionadas con la propiedad o posesión del bien en cuyo caso habrá que recurrir a las vías procesales adecuadas tales como la acción reivindicatoria, las posesorias o los interdictos.

El proceso de desalojo no encuentra coincidencia sobre el trámite a seguir, aunque el actual Código Civil y Comercial parece concretar el proceso más rápido sin olvidar los principios declarados en los artículos 2, 3, 10 y 11 especialmente.

Una posición sostiene que debería tramitar como *proceso sumarísimo*, basándose principalmente en el espíritu de la reforma cual sería la facilitación, simplificación y agilización de ciertos aspectos del procedimiento y, también, en el segundo párrafo del artículo 319 en la parte donde reza que, cumpliéndose determinadas circunstancias (*cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumarísimo, o un proceso especial*) el juez determinará el tipo de proceso aplicable. Para esta corriente no se debe descartar que este segundo apartado del artículo 319 no dice expresamente que se derogan los trámites asignados a los procesos especiales, porque en definitiva, aun siendo sumario, la modificación creada por la reforma (y con anterioridad por la ley 24.573) es un proceso por audiencias, de modo tal que no sería demasiado ostensible el cambio.

En otra esfera se postula que el desalojo debe tramitar por el proceso de conocimiento ordinario considerando que no se cumplen en el caso las circunstancias del artículo 319 a los fines que el juez pueda determinar la clase de procesos.

Por otra parte, es de advertir que la primera parte del segundo párrafo del artículo 319 expresa: “Cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario”, omitiendo referirse a la remisión que pudiera existir dentro del propio código (como en el caso del desalojo).

Asimismo, y sin hacer tercería en la polémica, puede realizarse otra distinción, con el fin de verificar el procedimiento adecuado, partiendo de considerar la propia evolución del proceso de desalojo.

En este sentido, el propio código practica una diferencia en los juicios fundados en las causales de falta de pago y vencimiento del plazo con relación a la limitación de los medios de prueba (artículo 685), a los fines de otorgar en estos dos casos el trámite del proceso sumarísimo y al resto el curso del proceso ordinario.

377.1 ¿Cuáles son las etapas del juicio de desalojo?

El artículo 1222 establece la intimación previa de pago. Si el destino es habitacional, previamente a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el locador debe intimar fehacientemente al locatario el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca debe ser inferior a diez (10) días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, consignando el lugar de pago.

La regla del contrato es restituir la tenencia de la cosa locada al vencimiento. El procedimiento previsto en este Código para la cláusula resolutoria implícita no se aplica a la demanda de desalojo por las causas de los artículos 1217 y 1219, inciso c). El plazo de ejecución de la sentencia de desalojo no puede ser menor a diez días.

El artículo 684 del Código Procesal regula la actividad del oficial notificador cuando debe concretar el traslado de la demanda, y el acto debe cumplirse en el inmueble que se intenta desalojar. La norma establece varios presupuestos destinados a salvaguardar aun más el derecho de defensa en juicio, mediante la identificación de las personas presentes y la información a los subinquilinos y ocupantes acerca de la existencia del juicio y de los efectos de la sentencia.

377.2 ¿Qué particularidades tiene la demanda de desalojo por falta de pago?

Una ventaja es obtener la desocupación inmediata del inmueble. Otra característica es la limitación probatoria donde solo es admisible la prueba documental, la confesional y la pericial, es decir, que al quedar excluida la testimonial, el locatario para demostrar que el administrador se negó a recibir los alquileres, debió constituirse en el domicilio de pago acompañado por un escribano a fin de levantar un acta notarial la que luego podía acompañar como prueba en el juicio o también iniciar un juicio de consignación de alquileres.

Dictada la sentencia que condena el desalojo del inmueble, el artículo 686 establece plazos distintos para proceder a la desocupación forzada del inmueble, a cuyo fin: a) si se trata de ocupación contractual, deben salir del lugar dentro de los diez días siguientes a la notificación de la condena; b) de resultar propio del proceso de condena de futuro, también en los diez días posteriores al vencimiento del plazo; y c) en otros supuestos, a los noventa días desde que se recibe la cédula de notificación de la sentencia, como se explica más adelante.

Si no hay título legítimo, la deshabitación se debe concretar en el plazo de cinco (5) días inmediatos a la comunicación efectiva de la condena a desalojar.

El *lanzamiento o desahucio* consiste en la actividad orientada a obligar al demandado y a los demás ocupantes del inmueble a concluir la detentación del mismo, requiriendo, si fuese necesario, el auxilio de la fuerza pública o la orden de allanamiento pertinente.

Los plazos de lanzamiento encuadran en la regulación de fondo, por ende, se contabilizan por días corridos, a diferencia de lo que ocurre con los plazos procesales, los cuales corren para días hábiles

Una vez notificada la sentencia condenatoria vía *ministerio legis*, el trámite de lanzamiento consiste, básicamente, en la expedición de un mandamiento judicial que es debidamente diligenciado por el oficial de justicia quien procede, por propia voluntad de los locatarios o bien, con auxilio de la fuerza pública, a desalojar a todos los ocupantes del inmueble en cuestión.

377.3 ¿A qué se llama condena de futuro?

La condena de futuro, demanda anticipada o condena condicional, entre otras acepciones, es un instituto netamente cautelar.

En realidad, constituye una pretensión de sentencia declarativa de certeza, que persigue prevenir una lesión encuadrada en un incumplimiento verosímil.

Este instituto consiste en una facultad del locador, no representando carga u obligación alguna para el mismo.

Tiene carácter preventivo, y acceden los presupuestos cautelares presentes en él, es decir, la *verosimilitud del derecho* que debe demostrar el locador con la presentación del contrato locativo pertinente, y el *peligro en la demora*, el cual se refiere a ejecutar inmediatamente la sentencia, consiguiendo la restitución del inmueble sin dispendio inútil de tiempo y sin poner en juego su seguridad jurídica en cuanto al recupero del bien.

Con respecto al plazo de lanzamiento en este tipo de procesos, el art.686 del CPCCN fija, en principio, el de diez días a computar desde el vencimiento del plazo contractual.

Al limitarse la condena a ordenar la desocupación del bien, una vez vencido el plazo contractual, la cosa juzgada procede si el derecho del locador subsiste al momento en que la misma se efectiviza.

CAPÍTULO XXXIV

LOS PROCESOS ALTERNATIVOS AL JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

378. ¿Cuáles son los procesos alternativos al judicial para la solución de conflictos?

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya sea porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien, porqué convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis.

En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban, en realidad compartían el interés de uno de los contradictores.

La misma “Ley del Tali3n” fue un avance en estas prácticas, al impedir que solo la fuerza brutal fuera la causa motivante de las justicia, logrando una satisfacci3n equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones.

La organizaci3n de la familia trajo consigo una inteligencia diferente. La armonía de la convivencia, la interrelaci3n y los afectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones.

De esta manera, el patriarca con sus consejos; el culto a la sabiduría de la ancianidad; el respeto por el padre o cabeza de familia; la misma relaci3n parental y los vínculos provenientes de la amistad, sugirieron nuevas formas de conciliaci3n y avenimiento, pues cada uno en su ocasi3n y destino, procuraba no afectar la pacífica vida en comuni3n.

Pero si la paz y concordia no podía obtenerse, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometido al juicio de un tercero que, según su leal saber y entender perseguía resolver la diferencia.

Estas formas de justicia obraron sobre el presupuesto de la confianza hacia un hombre recto y honesto, cuya prudencia y sabiduría fundaba el sometimiento voluntario de las partes. La autoridad era exclusivamente moral, circunstancia difícil de conseguir cuando la sociedad fue desarrollándose en centros aislados que impedía la uniformidad de conceptos.

Este ha sido el origen de institutos como el arbitraje, la mediaci3n y los conciliadores, sin olvidar otros carriles de igual motivaci3n descongestiva como son los incentivos económicos (arreglos que se propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos procesales si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial), o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés (v.gr.: ombudsman).

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.

378.1 ¿Qué modelos existen en la solución de conflictos intersubjetivos?

Uno de los problemas a esclarecer en la cuestión, domina sobre el significado que tienen estas instituciones que se muestran opcionales para resolver controversias. Algunos las critican suponiendo que se tratan de equivalentes del proceso ordinario, en tanto otros consideran que son procedimientos sustitutivos innecesarios pues ya está la justicia ordinaria.

La definición depende de la perspectiva como la cuestión se focalice. En efecto, quienes advierten en la conciliación, el arbitraje y demás alternativas similares, un procedimiento supletorio del proceso común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses.

El meollo del tema en análisis provoca un claro interrogante: estas instituciones alternativas, ¿pretenden sustituir o colaborar con la justicia?

Es evidente que cada una de las posibilidades de elección (conciliación extrajudicial, arbitraje, mediación, ombudsman, etc.) carecen de algunos de los elementos que tipifican la función del juez en un juicio común (por ejemplo, no pueden ejecutar por la fuerza la sentencia que pronuncian).

De modo entonces, habrá que responder a la seguridad que ofrece y al porqué se muestra tan recomendable como remedio alternativo para resolver controversias.

378.2 ¿Cuáles son las características?

Las crisis humanas habitualmente representan una colisión con intereses de otra. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.), es verdad, pero la búsqueda de respuestas por lo común, se orienta a partir del concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria. Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión “acomodada” de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despejarse de este “método adversarial” encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial.

Si tornamos la intimidación natural que los tribunales conllevan, lo que puede verificarse en cada una de sus etapas, y aun en sus ficciones irritantes (v.gr.: juicios en ausencia, en rebeldía, notificaciones tácitas, caducidades y negligencias, etc. etc.), para ir hacia un método que resuelva problemas sin padecimientos colaterales, estaremos en condiciones de bosquejar las ventajas e inconvenientes de cada figura posible.

El diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: debe abandonarse la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requería de soluciones jurídicas; mientras que la mediación asumía el acercamiento de intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental. El arbitraje, por su parte, era una forma similar al proceso, pero auspiciada por la voluntad concertada entre las partes.

379. ¿Qué es la mediación?

La técnica de esta modalidad se despoja de formalismos. Está reducida a una o varias audiencias que, enfrentando “cara a cara” a las partes, pone de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el mediador tras la solución del caso, sin tener que recurrir a determinados procedimientos vericatorios (esto es, que a nadie se le pide demuestre que tiene razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia, la mediación parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia. Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y opciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa.

En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como el encuadre preciso entre demanda y contestación; obligación del juez de respetar esa congruencia, verificación de presupuestos de iure y de facto, etcétera.

Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

Esta base superficial tomada de un dato etimológico nos permite ingresar en el modismo prometido por el instituto de la mediación.

La figura se aproxima a la conciliación, pero difiere en la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse ambos sistemas de resolución de disputas.

379.1 ¿Cuáles son las diferencias con otros sistemas para la resolución de controversias?

La evolución sufrida en el sistema de mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias.

Con la *conciliación* se distingue de acuerdo con las modalidades como aquella se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema –aun cuando lo lleva en su destino– sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intra procesal o extra procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un hálito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una perspectiva singular.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

Del *arbitraje* se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existe grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios²⁶⁷.

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no existen fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

Donde se hallan mayores diferencias es con el *proceso judicial*. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quienes son las partes porqué, quizá jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, él sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

²⁶⁷ GOZAÍNI, Osvaldo A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 128 y ss.

Se precisa el concepto agregando que [...]

“En la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente, un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide de que uno solo de ellos tiene razón”²⁶⁸.

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fé que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que “todos” sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la “justicia de cara al pueblo”; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

379.2 ¿Cuáles son las ventajas de la mediación?

Las ventajas que reporta el sistema se encuentran condensadas en los puntos siguientes: a) es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; b) es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas; c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte; e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos; f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación; g) comparativamente con el proceso judicial, es reducida en sus costos; h) de igual manera, es reducida en el tiempo²⁶⁹.

379.3 ¿Cómo es el procedimiento de mediación?

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto como si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable.

El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

El informalismo circundante determina que solo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

²⁶⁸ Cfr. TAPIA, Graciela; GRECO, Silvana, *Revista Libra*, n°. 1, p. 14.

²⁶⁹ Conclusiones tomadas de WILDE Zulema; GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 31-32.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo (v.gr.: plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades.

Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto.

En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, el cual, inclusive, podría estar suscrito entre partes y mediador como una especie de acuerdo formal tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

No obstante, como el mediador tiene deberes públicos que proteger y cumplir, podría ser relevado de guardar el secreto cuando tome conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a la acción pública.

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema.

En efecto, en la tarea compositiva tendrá que situarse en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Después, corresponderá eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, será preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desenvueltas.

La seriedad del problema quedará enfocada en el halo de luz preciso, dejando en zonas grises lo periférico que, por lo general, son los alimentos comunes del régimen judicial.

En el supuesto que la comunicación entre las partes resulta difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, logrando con ello, la comunicación necesaria.

379.4 ¿Qué formas tiene la mediación?

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza del mismo condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos, o casi todos, los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación, sin embargo, en la diversidad de medios

alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas condiciones específicas.

La pauta esta dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos: 1) la mediación patrimonial y 2) la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente a grupos sociales (v.gr.: empleado de una corporación; alumno universitario; etc.), entre otras posibilidades.

La mediación patrimonial opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etc., pero quedará en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse.

La mediación familiar, aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenecen las soluciones que alcances, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

379.5 ¿Qué perfil se busca en un mediador?

Se enumeran como necesarios e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una serie intención de ayudar; f) hábil para la comunicación; g) imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones; q) conciliador; r) eficaz; s) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto²⁷⁰.

De suyo, estas habilidades se logran a través de una probada capacitación que no significa cubrir solamente aspectos psicosociales y jurídicos, al requerirse también el manejo de computadores y experiencia en administración.

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende temáticas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos.

El entrenamiento del Mediador reporta una utilidad adicional desde que la idoneidad se complementa con la experiencia de años lograda sobre la materia.

380. ¿Cómo trabaja la conciliación?

²⁷⁰ Aportes tomados del programa "Introducción a las técnicas de mediación y conciliación", de Zulema WILDE, Luis M. GAIBROIS, Ana A.M. DE CERIANI CERNADAS y Alejandro NOZIGLIA, Jornadas de días 12 y 17 de agosto de 1993, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina.

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliatio*, que significa composición de ánimos en diferencia.

En cada una de estas precisiones esta presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberse promovido.

El interrogante que plantea la conciliación cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respecto a la eficacia que de ella se espera.

En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del caso. La decisión concertada obraría sobre la base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principista.

La renuncia bilateral –voluntaria–, decía Bentham, debe ser desalentada porque al Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión, y la conciliación esconde, en realidad, un mercado en donde gana el que más regatea²⁷¹.

La posición desalienta el valor de la figura, pero la réplica histórica es concisa y demuestra la conveniencia de su instauración con ciertas adaptaciones necesarias que será oportuno establecer.

380.1 ¿Qué modalidades tiene la conciliación?

Conviene clarificar las modalidades que admite la conciliación una vez establecido el objeto que contabiliza institucionalmente.

La conciliación puede ser procesal e instalarse en el curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello; o ser preprocesal, y en su caso, estar fuera de la noción jurisdiccional para meditararse como mecanismo alternativo de composición a través de personas o instituciones debidamente respaldadas.

a) *La conciliación preprocesal*: suele denominarse también *conciliación extrajudicial* porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa.

Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas a través de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados.

La tercería en el conflicto no otorga carácter jurisdiccional al procedimiento encaminado, porque el conciliador toma intervención por la voluntad directa de las partes y no de la voluntad del Estado que lo predetermina como juez natural. De igual manera, el conciliador que obra fuera del proceso no ejercita heterocomposición alguna, por cuanto esta tiene lugar –al decir de Alvarado Velloso– [...]

“En el caso de ausencia de acuerdo entre las partes respecto de la persona del tercero que habrá de resolver el conflicto: ello ocurre en el proceso judicial, el cual puede incoar el pretendiente aun en contra de la voluntad del resistente, quien no obstante quedará ligado a aquel por la simple voluntad de la ley”²⁷².

²⁷¹ Cita de ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1986 n.º 3 p. 238.

²⁷² *Op. cit.* p. 236.

Los buenos oficios que ponga el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto no torna lo actuado en proceso, sino que es un mero procedimiento voluntario que persigue atenuar temperamentos extremados procurando limar sus asperezas favoreciendo proposiciones de autocomposición. En definitiva, la solución depende siempre de lo que las partes resuelvan, y no de la fórmula que el mediador propicie.

Sin embargo, el fenómeno no registra esta única característica en tanto siendo un derecho transigible las partes en diferencia pueden acordar que el tercero tenga incidencia y facultad resolutoria, la cual podrán acatar sin derecho a recurso alguno, o admitiendo que su proposición sea de simple acercamiento a los intereses enfrentados generando una alternativa más de solución pacífica.

De acuerdo con ello, la conciliación extrajudicial presenta estas modalidades:

- Como actividad de buenos oficios de un tercero que se limita a intentar el acercamiento entre las partes, en base a la prudente actitud de los hombres sabios, cuya actitud no se expone en recomendaciones de obligatorio seguimiento.
- Como mediador, la conciliación se manifiesta en la actividad y diligencia que realiza el tercero ofertando proposiciones de arreglo que las partes pueden o no seguir. A diferencia del anterior, este dirige la disputa y persigue el acuerdo, pero no decide per se, por cuanto la solución de la controversia permanece en lo disponible de las partes.
- No deben confundirse estas actitudes disuasorias con la actividad que ejercitan árbitros y amigables componedores, porque ellos tienen un ámbito diferente bosquejado desde las formas del juicio. De alguna manera son jueces de conciencia que resuelven por su saber, entender, prudencia y técnica dispuesta, siendo sus pronunciados, justamente, enjuiciamientos que los contradictores deben respetar por el sometimiento voluntario oportunamente realizado.

La conciliación extrajudicial analizada en el concierto jurídico que ofrece el derecho comparado muestra posibilidades de distinta gestación. A veces se impone como condición prejudicial y es obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos; en otras, pervive en la disposición de los interesados, es facultativa, pero efectiva y útil para resolver sin la crisis y fatiga jurisdiccional, problemas de singular relieve y presencia.

La obligatoriedad de la conciliación antes del proceso motiva fervorosas opiniones en contrario. Unos sostienen que se constituyen en obstáculos verdaderos al acceso a la justicia sin limitaciones de tipo alguno y que su ineficacia queda demostrada por las numerosas legislaciones que abandonaron su curso –preventivo o preprocesal– para instalarlo dentro del trámite litigioso. Otros, en franca contradicción, señalan que el derecho comparado es manifiesto portavoz de la confianza que se tiene a este instituto, ya sea en África, Asia o la misma Europa y Estados Unidos donde cada cual establece la vía con la intención de instituir en las comunidades un cuerpo idóneo para resolver conflictos menores de tipo civil o penal en los casos en que las partes tengan la disponibilidad del derecho. Asimismo tienden a descongestionar el laboreo

jurisdiccional y a obrar como agentes interesados en la búsqueda de carriles rápidos para solucionar controversias²⁷³.

De su lado, la conciliación voluntaria, anterior al proceso, ha germinado en instituciones de múltiples finalidades en la mira de acercar soluciones a conflictos planteados por interpretaciones de los derechos del consumidor, intereses difusos, asuntos de familia, laborales, etcétera.

380.2 ¿Cuáles son los fundamentos de la conciliación?

Una vez más el acto procesal que supone la conciliación podría aparejar una contradicción de sus propios términos y finalidades.

Si el avenimiento se formula como un proceso natural e independiente sería ilógico considerar que obre como tal, ya que la decisión de acudir a un juez para solucionar una diferencia de intereses supone el fracaso anterior de negociaciones tendientes a evitar justamente el litigio.

Sería tanto como decir que la conciliación es un proceso que tiende a eliminar el proceso ulterior, circunstancia que destaca la dificultad para entenderla como proceso independiente.

En su lugar, si la conciliación se interpreta como acto procesal puede colegirse una finalidad clara y precisa, alcanzar un acuerdo voluntario en la diferencia de pretensiones sin necesidad de agotar una instancia judicial que, generalmente, es larga y fatigosa y no responde al espíritu inquieto del hombre ansioso por lograr el reconocimiento del derecho.

380.3 ¿Qué resultados se obtienen con la conciliación?

Establecido el carácter del acto conciliatorio, observemos que resultados pueden obtenerse.

Propiciada como etapa del proceso la concertación amigable se transmite en posibilidades diferentes como son las tres formas típicas de la avenencia: el desistimiento, la transacción y allanamiento; mientras que si la audiencia se dá en el plano de un proceso ejecutivo existen modalidades parecidas como la quita, espera, remisión o novación de la deuda.

Cualquiera de estas formas convenidas responde a decisiones propias de quien las asume. Si se manifiesta como reconocimiento de una parte a la otra podrá hallarse un allanamiento expreso o sometimiento voluntario a las pretensiones del actor; si fuese un acuerdo que tiende a evitar el proceso (v.gr.: quita, espera, desistimiento, etc.) la declaración consecuente del juez homologando el acto determinará el sentido jurídico asignado a la autocomposición.

Cada supuesto interroga el alcance que corresponde dar a esa consecuencia (resultado de la conciliación) en relación con la actividad que cumplen las partes y el juez.

²⁷³ CAPPELLETTI, Mauro, "Appunti sul conciliatore e conciliazioni", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 53.

Esta condición demuestra que cuando se habla de conciliación no se piensa en el sentido estricto del término, sino en un sentido más amplio que tolera la declinación de los intereses, el sometimiento absoluto y la misma transacción o renuncia recíproca a posiciones precedentes irreductibles.

Tal situación confrontada con las realidades de la praxis incide para comprender porque la conciliación es posible en asuntos de probable transacción.

Asimismo, para deducir eficacia y ejecución inmediata al acuerdo alcanzado es preciso dotarlo de la autoridad que le agrega la sentencia homologatoria; condición que nos permite entrar a una dificultad hasta ahora doctrinariamente insuperable.

380.4 ¿Qué beneficios tiene la conciliación en sede judicial?

En verdad, la experiencia vernácula demuestra que la intención conciliadora en estamentos públicos (v.gr.: reclamo administrativo; instancia ante el Ministerio de Trabajo en los diferendos laborales; Comisiones arbitrales de las Bolsas de Cereales, Valores, etc.) tiene respuestas disímiles y su eficacia esta en mucho dependiente de la difusión y conocimiento que de la posibilidad tenga el particular.

La desinformación genera el interrogante, y con ello caminan juntos la aventura a lo desconocido, el riesgo posible a afrontar, las dificultades para captar y confiar en lo que no se conoce. En síntesis, la clave está en el conocimiento de los derechos y en las bondades evidentes que el sistema pueda mostrar.

Convencidos de tales deficiencias, y teniendo inocultable que la expresión popular más vale un mal arreglo que el mejor de los pleitos es una realidad incontrastable, pensamos que –por el momento– no es conveniente abrir la alternativa conciliatoria a instancias que no sean jurisdiccionales. Tal es la inspiración del anteproyecto de reformas al código procesal, al confiar en un juez conciliador la etapa compositiva.

Además, como es preciso reconquistar la confianza del ciudadano en la justicia, cabe preguntarse que aportamos hacia este destino si continuamos relegando sus posibilidades de perfección.

En el fondo, la solución de conflictos estuvo pensada como un deber-poder del Estado que asumió el compromiso de resolverlos, para adecuar y armonizar la vida de relación. Si tornamos esa orientación, fácilmente podemos alcanzar las fórmulas autocompositivas de las sociedades tribales.

No desalentamos la perspectiva de pacificación concertada a partir de organismos institucionalizados, pero es menester antes de ello ejercer un gran trabajo de orientación, docencia y difusión.

Creemos no es discutible la solución constructiva que ofrece una modalidad poco solemne y de fines precisos, sobre todo en asuntos tales como los de familia, vecindad, laborales, comerciales, accidentes de tránsito con daños en vehículos, etc., pero debe propiciarse el cambio, adecuado en la oportunidad. De otro modo, sin tener en claro estos repliegues, puede caerse en un afán poco convincente, un asedio a ilusiones sensacionalistas que lleven a creer que mediante esta vía se descongestionará el tráfico judicial. Si fuera esta la tesis, o la misión encomendada a la conciliación, firmemente nos oponemos a ella, porque serviría tanto como para negar la esencia misma de la jurisdicción y del sentido de la justicia.

Fue Calamandrei quien anticipó que si la conciliación debiera servir para hacer callar el sentido jurídico de los ciudadanos habituándolos a preferir a las sentencias justas las soluciones menos fatigosas de acomodaticia renuncia, la misma estaría en antítesis con los fines de la justicia. En otros países, la simpatía con la cual se mira a la conciliación (otra manifestación de la tendencia, ya observada, que querría transformar todo el proceso civil en jurisdicción voluntaria) se funda en un sentido de creciente escepticismo contra la legalidad y contra la justicia jurídica, tanto que se ha creado incluso una palabra irónica para indicar la desilusión de aquellos que creen poder resolver todas las controversias con una decisión según el derecho (decisionismus); puede ocurrir así que el favor con que se mire la función conciliadora, vaya de acuerdo con el descrédito de la legalidad, y sea índice de un retorno a la concepción de la justicia, como mera pacificación social²⁷⁴.

380.5 ¿Cuál es el procedimiento en la audiencia de conciliación?

Sin importar el tiempo o el lugar donde la conciliación fuese intentada, distintos matices problematizan concretar el acto sin arriesgar su eficacia ulterior.

Uno de ellos, quizás el principal, se asienta en la necesidad o conveniencia de encontrarse las partes asistidas mediante abogados.

Cuando el avenimiento se propicia antes del proceso, parece lógico indicar que el requisito es innecesario a no ser que una de las partes tuviere patrocinio en cuyo caso, a fines de resguardar la igualdad de armas, tendría que aportarse el equilibrio restaurador.

Esta actitud de prudencia no debe interpretarse como una modalidad de asistencia legal basada en la condición económica de quien la necesita o requiere, sino como una medida técnica que deviene necesaria para evitar ventajas indeseables.

En sistemas donde la audiencia se implementa como un acto anterior de la demanda (preprocesal, obligatoria o facultativa) la ausencia de formas y el carácter específico que reúne la modalidad a la cual se convoca, permite sostener que los abogados no resultan teóricamente imprescindibles en tanto la dirección y orientación parte del conciliador. Pero si afinamos el concepto y nos despojamos de cierta ilusión teórica comprenderemos, inmediatamente, que no hay mejor mediador que el abogado, el cual operando en su rol preventivo, consejero, impide la discusión entre ánimos caldeados por la circunstancia que los encuentra, logrando persuadir al cliente hacia el buen entendimiento de sus ventajas y oposiciones.

Esta participación letrada, enderezada hacia los buenos oficios diligentes con la tésis que inspira la audiencia, señala otra característica en aquellos procesos donde la conciliación no está reglamentada específicamente.

Cuando la audiencia se formula ritualmente, no existen problemas para conocer sus reglas; habitualmente establecidas sobre cimientos de simplicidad e informalidad pero obligando el comparendo personal de los interesados.

En cambio, impuesta como etapa del proceso, cabe reflexionar sobre la posibilidad de agregar expresiones escritas que formulen proposiciones de acuerdo, o dejen la iniciativa de ellas a la deliberación que surja de la audiencia y el juez actúe en su calidad de conciliador

²⁷⁴ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 199.

La informalidad del encuentro debe privar en las relaciones que se traben en ella, si acuden las partes con proposiciones escritas, corresponderá al juez analizarlas en su contenido para resolver su admisibilidad formal y someterla a consideración de la contraparte. De lo contrario, restará el compromiso que el director tenga con la finalidad de la audiencia para ejercer, con moderación y prudencia, la promoción de la vía pacífica que resuelva con paz y seguridad, la diferencia que motivara el proceso.

La misma noción que importa el acto, obliga a sustanciarlo en solo un acto. No es conveniente el fraccionamiento, ya sea por el principio de concentración como por la celeridad que debe impulsar todo proceso. Por ello, si las conversaciones auspician posibilidades de arreglo, solo la disponibilidad de las partes permitirá suspender el curso normal de los actuados. De otro modo, debe el juez proveer lo que en derecho corresponda.

Va de suyo que la presencia personal del juez en la audiencia y la homologación del acto convenido, son resortes que validan lo obrado y justifican la conciliación en sí misma.

380.6 ¿Qué efectos produce la conciliación?

De acuerdo a los resultados que se obtengan, es posible dividir las cuestiones en dos posibilidades diversas. En primer término corresponde atender qué efectos cursa la conciliación cuando se frustra el objetivo tentado; y en segundo lugar, cuales son las consecuencias que surgen si hubo avenimiento.

Respecto a la primera posibilidad, nadie puede dudar de la conveniencia de intentar la conciliación, porque si es preprocesal, servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera, que probables alternativas de composición tengan en prospectiva. Si fuese jurisdiccional, la ventaja inmediata está en el conocimiento que toma el juez del problema que deberá afrontar y de quienes son las partes encontradas. El expediente perderá la frialdad de su contenido para convertirse en un juego de emociones y sensaciones conocidas, tendrá una cara se recordará y una inteligencia que se deducirá. El comportamiento de las partes no siempre se advierte con precisión de las lecturas de alegaciones, siendo menester convenir que la inmediatez consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que le dieron vida.

Por otra parte, si la conciliación no fuese alcanzada, la misma audiencia debe servir para depurar la materia en controversia, fijar los hechos en discusión, incorporar otros que no fueron motivos atendibles al tiempo de promover la demanda, propiciar los medios de demostración más precisos y convincentes, etcétera.

Por su parte, si fuese lograda la avenencia entre las partes deberá el juez encuadrar la figura concertada con las previstas al efecto por el código civil (renuncia, transacción, quita, espera, remisión, novación, etc.) y las que obren correspondientes en el derecho procesal (allanamiento, desistimiento, transacción).

381. ¿Qué es el arbitraje?

La sola denominación “arbitraje” supone para el intérprete un proceso distinto al que simplifica el clásico encuentro de conflictos y controversias. Sin embargo, sería apresurado establecer, *ab initio*, semejante singularización.

Ocurre que la institución toma cuerpo en las más antiguas disposiciones de derecho, y aun, en las mismas voluntades humanas que preferían concordar sus entredichos en base al consejo de otra persona de confianza.

Por eso, ya las inscripciones babilónicas²⁷⁵, como los relatos bíblicos y el sistema romano tenían referencias sobre el arbitraje. Tanto como las Leyes de Partidas, en especial la tercera que decía: “Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, y la carta de avenencia llámanla compromiso”.

En verdad, la historia de la humanidad nos muestra la recurrencia hacia el modismo, y esos juicios remotos eran observados con los dioses griegos al designar a París para resolver sobre la belleza de Venus, Juno y Minerva. O entre los hebreos, que según el texto del Génesis debía interceder ante la crisis suscitada entre Jacob y Laban. O en la Atenas regida por las Leyes de Solón que hablaba de arbitrajes privados y públicos, entre otros antecedentes remotos²⁷⁶.

La personificación en un tercero para resolver los conflictos humanos, en principio, pareciera definir la situación como un proceso donde las partes deciden poner en manos de aquel la respuesta al problema que las enfrenta.

Esta perspectiva goza de una ventaja práctica para el esclarecimiento; pero es confusa en orden a la naturaleza y fundamento de la institución.

Si recordamos que la vida misma de la jurisdicción proviene de la autodeterminación de los hombres que, al organizarse para vivir en sociedad, deciden entregar al Estado la potestad de tutelar los conflictos intersubjetivos, surgiría que no tendríamos diferencias sustanciales con el proceso jurisdiccional, propiamente dicho.

Entonces, las respuestas han de provenir de un análisis diferente que despeje las incógnitas del científico y propicie un entendimiento simple al que interesadamente incursione por la disciplina.

Es menester abordar las cuestiones evolutivamente, porque la historia y los sucesos irán mostrando como los hombres fueron difiriendo sus enfrentamientos a partir de resoluciones que evitaran, precisamente, la contienda frontal.

Si en un primer momento, la Ley del Talión avanzó en la utilización desmedida de la fuerza; posteriormente, la auto composición y la heterocomposición cubrieron las posibilidades para sanear la discordia.

En efecto, la primera evita el conflicto por la decisión personal de quien la toma. No hay interés o motivo suficiente que entienda bastante para litigar. No hay controversia directa y el proceso se resuelve en base a mera pacificación.

La heterocomposición significó dos situaciones trascendentes: por un lado, el nacimiento mismo del proceso judicial tal como hoy lo entendemos; por otro, la posibilidad de remitir hacia un tercero diferente al que el Estado propicia (juez), la respuesta al conflicto planteado.

²⁷⁵ Ver, MULLER STADT, George, *Historia del derecho internacional público*, trad. del alemán por JARDÓN SANTA EULALIA, Francisco F., Aguilar, Madrid, 1961, p. 22. También: BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Arbitraje Nacional e Internacional”, *Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Rosario, 1983, p. 27.

²⁷⁶ DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, tomo II, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 467.

Este es el nacimiento estricto del arbitraje, y se compadece con la etimología que la palabra tiene. Esto es *adbiter*, formada por la proposición *ad*, y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.

381.1 ¿Cómo trabaja el arbitraje?

Ante todo es una institución práctica para descongestionar la intensa labor de los tribunales.

Como tal podría formularse como un mecanismo alternativo de la jurisdicción, precisamente porque la base del arbitraje está en el acuerdo de partes que voluntariamente requieren de su metodología.

La base procedimental puede concertarse; no así ciertas materias que escapan a la órbita de los derechos libremente transigibles, los cuales, ante el conflicto, deben sustanciarse ante la justicia ordinaria por afectar directamente al interés público.

Como el proceso arbitral no tiene posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Además, como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso

Los árbitros no integran, por vía de principio, ninguna organización estatal, por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos.

En síntesis, la esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción –art. 737, CPCCN–).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resoluciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

381.2 ¿Cuándo el arbitraje es voluntario?

La decisión de componer diferencias en base a la institución, presupone dos situaciones posibles. De un lado, la actitud preventiva de auspiciar la vía sin que exista conflicto alguno, es decir, que se formaliza el compromiso de someter toda cuestión de intereses contrapuestos a la resolución de árbitros, y esa concertación se formaliza documentalmente (cláusula compromisoria) al tiempo de establecer el contrato base.

Por otra senda, corre la posibilidad de solucionar el conflicto ya existente a través de un tercero neutral ante quien se presenta el problema emergente. En este caso la potencialidad del caso suscita que el acuerdo se denomine compromiso en árbitros o compromiso arbitral, y por lo general, es más detallado y preciso en cuanto a los límites y alcances que se desean de la función encomendada.

Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho (art. 1652, Código Civil y Comercial).

El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de este no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquel, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

381.3 ¿Cuándo el arbitraje es forzoso?

En el caso, las alternativas oscilan entre las cuestiones que legalmente reconocen el tránsito obligado por esta vía, de aquellas otras que derivan de la concertación anterior de las partes, que al ser voluntaria, evita el desconocimiento de la convención y obliga o fuerza a recurrir a los árbitros.

Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias (art. 1651, Código Civil y Comercial):

- a) Las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas.
- b) Las cuestiones de familia.
- c) Las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores.
- d) Los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto.
- e) Las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

381.4 ¿Cuándo el arbitraje es jurídico y cuándo de equidad?

La actuación de los terceros suscita, en estos casos, una diversidad fáctica que supedita el obrar posterior.

Está claro que en el primer tipo de arbitraje, se aplica un ordenamiento jurídico determinado, de modo tal que la idea central reposa en esta lectura: el árbitro interpreta y ejecuta una disposición legal.

Pero esta actividad no supone, necesariamente, que exista un conflicto o una controversia, sino, simplemente, de utilizar ese remedio preventivo y expedito, que le otorga la posibilidad de obtener una respuesta inmediata a un problema perentorio.

Vinculado con ello, puede originarse esta modalidad de arbitraje solamente en los casos que puedan ser objeto de transacción (conc. art. 737, CPCCNI), y mientras ellos puedan ser resueltas por la estricta regla ofrecida en un orden jurídico preestablecido. Es decir, que el árbitro adquiere una semejanza notoria con la figura del juez.

Frente a ella, se dice que cuando el juez actúa en conciencia, asume el carácter de un amigable componedor; resuelve el asunto por la equidad y honradez que le manda su íntimo convencimiento, y su leal saber y entender. Esta facultad de obrar, determina

una de las diferencias más esenciales que existen con el modismo anterior, al tener estos que observar los trámites de derecho y sentenciar con arreglo a las prescripciones de la ley.

Es probable que esta última expresión del arbitraje, cuente con la ventaja, manifiesta de vivir los acontecimientos del presente. Circunstancia inevitable a la hora de confrontar las bondades de un sistema que permite resolver identificado con los problemas del hoy y con las necesidades del tiempo al que acude. La dinámica y adaptación del juez de equidad –que tan bien expusiera Calamandrei– adapta el conflicto por encima de las rigideces técnicas y de las frialdades legales. Esa ductilidad resulta impermeable a ciertos hábitos jurídicos (v.gr.: estar fuera del problema, resolverlo en base a silogismos puros, aplicación estricta del marco predispuesto, etc.), dando al árbitro una ventaja insoslayable sobre las estructuras, y un inconfundible apoyo a la justicia de “rostro más humano”.

381.5 ¿Cuándo el arbitraje es interno y cuando internacional?

Se trata de modalidades específicas que dependen exclusivamente del tipo de documento que motiva la constitución y procedimiento arbitral.

Significa que si el desarrollo se motiva sobre normas internas (ejemplo: las dispuestas por el Código Procesal) el arbitraje se denomina *interno* o *doméstico*; mientras que cuando se rige por convenios internacionales hay que distinguir entre los terceros designados ad hoc de aquellos que integran instituciones que poseen reglamentos propios y competencias específicas.

La diferencia es importante porque evita caer en el error de asignar características o *nomen juris* de uno u otro sistema, siguiendo la pauta de las personas en litigio o de la materia envuelta en disputa.

En nuestra disciplina conviene tener presente este trazado porque la pauta para discernir cuando habrá arbitraje y proceso internacional, o árbitros locales y procedimientos internos, dependerá de las reglas que apliquen los tribunales constituidos.