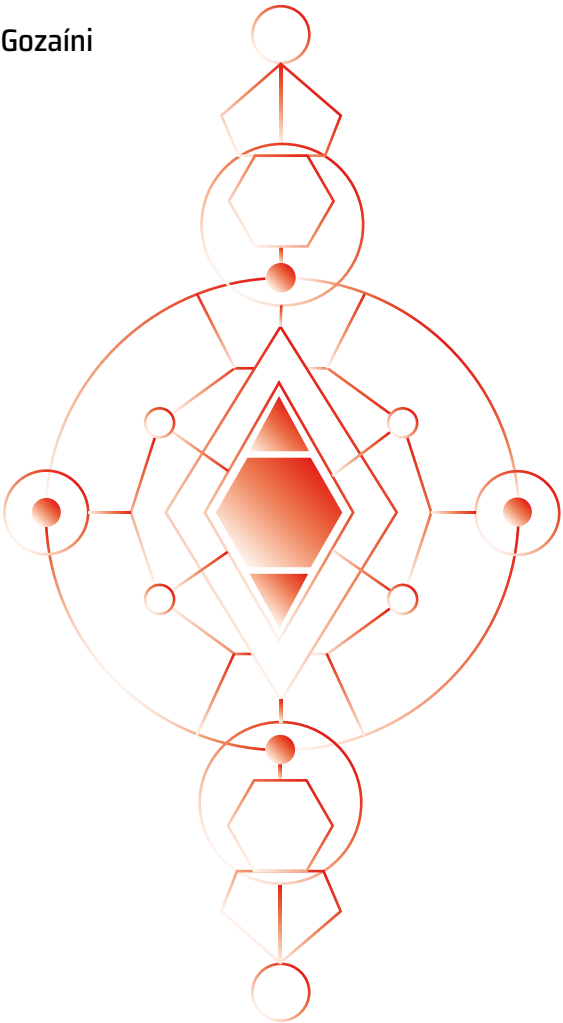
COLECCIÓN DOCTRINA

Tomo III

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. MEDIDAS CAUTELARES Y RECURSOS

Osvaldo Alfredo Gozaíni



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Tratado de Derecho Procesal Civil

Tomo III
El Proceso Civil y Comercial
Medidas Cautelares y Recursos

Osvaldo A. Gozaíni

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Gozaíni, Osvaldo A.
Tratado de derecho procesal civil: Tomo 3: el proceso civil y comercial: medidas cautelares y recursos / Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2020.

Libro digital, PDF - (Doctrina 2020)
Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-144-4 / ISBN 978-987-768-147-5 (tomo 3)
1. Derecho Procesal. I. Título.
CDD 347.05

© Editorial Jusbaires, 2020
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidenta:
Ana Salvatelli

Miembros:
Alberto Maques
Francisco Quintana
Fabiana Haydeé Schafrik
Mariana Díaz
Sergio Delgado
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Gerardo Filippelli
Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Analía V. Córdoba

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Esteban J. González

Corrección externa: Clarisa Vittoni y Pablo Ali

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Sairo* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type* y *Alegreya* de la fundidora argentina *Huerta Tipográfica*.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1°

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Raúl Alfonsín
Alberto Biglieri
María Julia Correa
Anabella Hers Cabral
Gonzalo Rúa
Ana Salvatelli

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

SECCIÓN 1ª
EL PROCESO CAUTELAR

Capítulo LXXIV
Medidas cautelares..... 19

574. Definiciones. 575. Autonomía del proceso cautelar. 576. Naturaleza de las medidas cautelares. 576.1. El derecho a la tutela cautelar. 576.2. Naturaleza de la providencia cautelar. 577. Diferencia con otros procedimientos preventivos. 577.1. La tutela inhibitoria. 577.2. El amparo como medida cautelar. 577.3. Los demás procedimientos preventivos. 578. Clasificación de las medidas cautelares. 578.1. Tutela común y tutela diferenciada. 578.2. La tutela preventiva. 578.3. La tutela anticipatoria. 578.4. La tutela de satisfacción inmediata. 579. Presupuestos de las medidas cautelares. 579.1. Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*). 579.2. Peligro en la demora (*periculum in mora*). 579.3. Contracautela. 580. Caracteres de las medidas cautelares. 580.1. Sumariedad y cosa juzgada. 580.2. Provisionalidad. 580.3. Mutabilidad o variabilidad. 580.4. Discrecionalidad. 580.5. Preventividad. 581. La responsabilidad por las medidas cautelares. 581.1. Responsabilidad subjetiva. 581.2. Responsabilidad del Estado. 581.3. Nuestra opinión. 581.4. Determinación de la responsabilidad. 582. Caducidad de las medidas cautelares. 583. El procedimiento cautelar. 583.1. La bilateralidad en el procedimiento cautelar. 583.2. Las medidas cautelares dispuestas de oficio. 583.3. Competencia. 583.4. Demanda, legitimación y oportunidad. 583.5. Trámites previos. 583.6. Resolución, notificación y recursos.

Capítulo LXXV
Teoría general del embargo..... 119

584. Precisión terminológica. 585. El poder cautelar. 586. El poder dispositivo del embargante. 587. Las modalidades del embargo. 587.1. Procedencia del embargo preventivo. 587.2. El embargo preventivo en situaciones específicas. 587.3. El embargo

preventivo en la demanda de escrituración. 587.4. El embargo preventivo derivado de situaciones procesales. 588. El embargo ejecutivo. 589. El embargo ejecutorio.

Capítulo LXXVI
Las medidas cautelares en particular..... 151

590. El secuestro. 590.1. El secuestro directo. 590.2. El secuestro indirecto o complementario. 590.3. El secuestro sancionatorio. 590.4. El mandamiento de secuestro. 591. La intervención judicial. 591.1. Intervención judicial y administración provisoria. 591.2. El interventor recaudador. 591.3. El interventor informante. 591.4. El interventor administrador. 591.5. Disposiciones comunes a toda clase de intervención. 591.6. Honorarios del interventor. 592. Inhibición general. 592.1. La inhibición de bienes como medida subsidiaria del embargo. 592.2. Requisitos de la inhibición. 592.3. Requisitos registrales. 592.4. Alcance y preferencias. 592.5. La inhibición voluntaria. 593. La anotación de litis. 593.1. Oportunidad de la pretensión. 593.2. Requisitos de admisibilidad. 593.3. Modalidades. 594. Prohibiciones y ejecuciones. 594.1. La prohibición de innovar. 594.2. La medida cautelar innovativa. 595. La prohibición de contratar. 595.1. Presupuestos. 595.2. Alcance de la medida. 595.3. Notificación. 595.4. Caducidad automática. 596. La medida cautelar genérica o innominada.

Capítulo LXXVII
Bienes y cosas ante las medidas cautelares..... 211

597. La afectación de bienes, cosas y personas. 598. El embargo de cosas. 598.1. La titularidad de la cosa. 598.2. La transmisión del objeto embargado. 598.3. Clasificación de bienes que no pueden afectarse. 598.4. Los bienes inembargables. 599. El embargo y secuestro en cajas de seguridad. 599.1. La naturaleza jurídica del contrato bancario que provee de una caja de seguridad. 599.2. El secuestro del contenido. 599.3. La titularidad de los bienes encontrados. 599.4. La perturbación a la intimidad. 600. El depósito de cosas. 600.1. El depósito proveniente del embargo. 600.2. Obligaciones del depositario. 600.3. La toma a embargo de bienes. Responsabilidades y controles. 601. El derecho de retención.

Capítulo LXXVIII
Medidas cautelares contra el Estado..... 243

602. El control de legalidad. 603. La suspensión del acto administrativo. 604. El artículo 195 bis derogado por la Ley Nº 25.587. 604.1. La Ley antigoteo. 604.2. Improcedencia de la prohibición de innovar. 604.3. Incongruencia entre el fin de la medida y los hechos que la motivan. 604.4. Eliminación de facultades jurisdiccionales. 604.5. La muerte de la medida autosatisfactiva. 604.6. Excepciones. 604.7. Sumas depositadas en el Banco Central. 604.8. Recursos. 605. La tutela cautelar contra la administración. 605.1. Tutela diferenciada. 605.2. Presupuestos de las cautelares contra la administración. 605.3. La inembargabilidad de los bienes públicos.

Capítulo LXXIX
Las personas ante las medidas cautelares..... 277

606. La protección de personas. 607. Alimentos provisorios urgentes. 608. Litisexpensas. 609. Atribución de la vivienda familiar. 610. La guarda cautelar de personas. 610.1. Competencia. 610.2. Legitimación. 610.3. Medidas complementarias. 611. La guarda del Código Civil y Comercial.

Capítulo LXXX
Otras medidas cautelares..... 299

612. Las medidas cautelares en materia de marcas. 612.1. Legitimación. 612.2. Alcance de las precautorias. 612.3. Contracautela. 612.4. Graduación de la contracautela. 612.5. La caución del artículo 35. 612.6. Mejora o sustitución de la contracautela. 612.7. Caducidad de la medida cautelar. Mediación obligatoria. 613. Las medidas cautelares en la propiedad industrial. 614. Las medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 614.1. Medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 614.2. Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SECCIÓN 2ª
TEORÍA GENERAL DE LOS RECURSOS

Capítulo LXXXI
Teoría general de la impugnación..... 329

615. Impugnación y recursos. 616. Historia de los recursos. 616.1. Derecho Romano. 616.2. Derecho Canónico. 616.3. Derecho Germano. 616.4. El derecho patrio. 616.5. Derecho comparado. 617. Télesis de la impugnación. 618. Medios de gravamen y vías de impugnación. 619. Principios y presupuestos de la impugnación. 619.1. Requisitos comunes, a) Presupuestos relacionados con los sujetos: a.1) Agravio, a.2) Parte; b) Presupuestos relacionados con el objeto: b.1) Acto impugnable, b.2.) Lugar, tiempo y forma. 619.2 Requisitos Procesales, a) Exigencias de admisibilidad relacionadas con los sujetos: a.1.) Gravamen, a.2) Legitimación para recurrir; b) Exigencias de admisibilidad relacionadas con el objeto: b.1) Providencias recurribles, b.2) Lugar, tiempo y forma; c) Requisitos de pertinencia de los recursos. 620. Principios políticos de la impugnación. 620.1. Vigencia del principio dispositivo. 620.2. Pluralidad de instancias. 620.3. Limitaciones de recurribilidad. 620.4. Renuncia anticipada del derecho a recurrir. 621. Objeto de la impugnación. 622. Cosa juzgada, sentencia firme y otros conceptos. 623. Naturaleza jurídica de la resolución impugnada. 624. Clasificación de las vías de impugnación. 624.1. Recursos ordinarios y extraordinarios. 624.2. Remedios y recursos. 624.3. Recursos negativos y positivos. 624.4. Recursos principales y subsidiarios. 624.5. Recursos de instancia única o plural. 624.6. Recursos devolutivos o no devolutivos. 625. Procedimiento impugnativo. 626. Efecto de los recursos. 626.1. Efecto devolutivo. 626.2. Efecto suspensivo. 626.3. Efecto extensivo. 627. Formas de concesión del recurso. 628. Cesación de los efectos de los recursos.

Capítulo LXXXII
Aclaratoria..... 381

629. Potestad judicial de esclarecimiento. 630. Antecedentes e historia. 631. Naturaleza jurídica. 632. Alcances. 632.1. Corrección de errores materiales. 632.2. Aclaración de conceptos oscuros.

632.3. Suplir cualquier omisión. 632.4. Corregir errores numéricos. 633. Plazo. 634. Resoluciones que admiten aclaratoria. 635. Legitimación.

Capítulo LXXXIII
Reposición..... 403

636. Objeto del remedio. 637. Antecedentes históricos. 638. Alcance del recurso. 638.1. Providencias simples de trámite. 638.2. Gravamen irreparable. 639. La reposición de oficio. 640. El recurso de reposición implícito o indirecto. 641. La reposición *in extremis*, 641.1. Límites y alcances. 641.2. Vicios sustanciales y/o vicios procesales. 642. La reposición contra las decisiones de instancias superiores. 643. Interposición y trámite del recurso. 643.1. Rechazo *in limine*. 643.2. Apelación en subsidio. 643.3. Procedimiento de admisión. 643.4. Trámite incidental. 644. Resolución. 645. Recursos contra la revocatoria. 646. Casos específicos previstos en el Código Procesal.

Capítulo LXXXIV
Recurso de apelación..... 433

647. Concepto y características. 648. Antecedentes, historia y sistemas. 649. Objeto del recurso. 650. Presupuestos del recurso. 650.1. Legitimación e interés para recurrir. 650.2. La personalidad de la apelación. 650.3. Formas de la apelación. 651. Apelación del tercero. 652. Apelación *per saltum*. 653. Admisión formal del recurso. 653.1. Apelación de las costas. 653.2. Apelación de honorarios. 653.3. Apelación de multas y sanciones procesales. 654. Providencias recurribles. 654.1. Limitaciones. 654.2. Renuncia anticipada al derecho de recurrir. 654.3. Abandono o deserción del recurso. 655. Recaudos formales del recurso de apelación. 655.1. Lugar de presentación. Competencia. 655.2. Plazos. 655.3. La fundamentación del recurso: memorial y expresión de agravios; a) La firma, b) Domicilio, c) Copias, d) Pago de impuestos. 656. Concesión o denegación del recurso. 656.1. Estudio previo a la admisión. 656.2. Apelación libre y en relación. Oposición. 656.3. Efecto suspensivo: a) Recurso de atentado, b) Concesión en ambos efectos. 656.4. Efecto devolutivo: a) Trámite, b) Copias. 656.5. Efecto diferido. 657. El conocimiento de la

alzada. 657.1. Los agravios como límites del conocimiento. 657.2. La sentencia que reforma en perjuicio del único apelante. 657.3. Las cuestiones omitidas. 657.4. Capítulos no propuestos: a) Cuáles son los capítulos propuestos, b) Intereses, daños y perjuicios y hechos posteriores. 658. El replanteo de pruebas. 659. Agregación de prueba documental con el recurso. 660. El procedimiento en segunda instancia. 660.1. Sorteo de la causa. Juez del recurso. 660.2. La expresión de agravios. Deserción. 660.3. Sustanciación del recurso. 660.4. Estudio del expediente. El acuerdo. 660.5. La sentencia de segunda instancia. 661. Las costas en segunda instancia.

Capítulo LXXXV
Recurso de nulidad..... 573

662. Objeto. 662.1. Presupuestos y condiciones. 662.2. Finalidad. 663. Nulidad y apelación implícita. 664. Efectos del recurso.

Capítulo LXXXVI
Recurso de queja..... 581

665. Objeto del recurso. 666. Requisitos formales. 667. Fundamentación del recurso. 668. Trámite de la queja. 669. Objeción sobre los efectos del recurso. 670. Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema. 670.1. Reglamento procesal. 670.2. La Acordada Nº 4/2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación. 671. El depósito en el recurso de queja. 671.1. La constitucionalidad del depósito. 671.2. Plazo para integrar el depósito. 671.3. Lugar de depósito. 671.4. Beneficio de litigar sin gastos. 671.5. Exenciones. 671.6. Destino del depósito.

Capítulo LXXXVII
Recurso de casacion..... 601

672. Historia y motivos de la casación. 672.1. El nacimiento en Francia. 672.2. La casación en Italia, Alemania y España. 672.3. Confrontación de los modelos. 673. Fines de la casación. 674. Críticas y disfuncionalidad de la casación. 674.1. ¿Tribunal de justicia u órgano de política jurisdiccional? 674.2. La situación en la Argentina. 675. Funciones de las casación. 676. Los hechos y la casación.

Capítulo LXXXVIII
El recurso extraordinario (1ª parte)..... 615

677. Antecedentes. 677.1. La Ley Nº 48. 677.2. La Ley Nº 1893. 677.3. La Ley Nº 4055. 677.4. La Ley Nº 17454. 677.5. La Ley Nº 22434. 677.6. La Ley Nº 23774. 677.7. La Acordada Nº 4/2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación. 678. Naturaleza jurídica del instituto. 678.1. Cuestiones que admiten el recurso extraordinario. 678.2. El recurso extraordinario como apelación. 678.3. El recurso extraordinario como revisión constitucional. 678.4. El recurso extraordinario como tercera instancia. 679. Objeto del recurso.

Capítulo LXXXIX
El recurso extraordinario (2ª parte)
Arbitrariedad y trascendencia..... 639

680. Doctrina de la arbitrariedad. 680.1. Desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad. 680.2. La arbitrariedad como cuestión federal. 680.3. La arbitrariedad y el debido proceso. 681. La gravedad institucional. 681.1. Posibilidades que ofrece el motivo. 681.2. Cuestión federal y gravedad institucional. 681.3. Parámetros de la gravedad institucional. 681.4. Proyecciones de la doctrina de la gravedad institucional. 682. El requisito de la trascendencia (certiorari). 682.1. Antecedentes. 682.2. Las reglas usadas como antecedentes. 682.3. Procedimiento en Estados Unidos. 682.4. Origen del certiorari en Argentina. 683. Cuestionamientos de constitucionalidad. 684. El requisito de la trascendencia y la gravedad institucional. 684.1. La determinación de lo trascendente. 684.2. Fundamentación de la trascendencia. 684.3. La Acordada Nº 4/2007 CSJN ¿abandona el requisito de la trascendencia?

Capítulo XC
El recurso extraordinario (3ª parte)
El *per saltum*..... 685

685. Introducción. 686. Evolución jurisprudencial. 686.1. El llamado "Caso Dromi". 686.2. La causa "Operación Langostino" y otros. 687. Conceptos generales. 687.1. Ley Nº 26970. 687.2. Admisión y procedencia. 688. ¿Es el *per saltum* una causal diferente del recurso extraordinario?

Capítulo XCI
El recurso extraordinario (4ª parte)
Presupuestos..... 699

689. Presupuestos del recurso extraordinario. 690. Requisitos comunes. 690.1. Tribunal de Justicia. 690.2. Causa o controversia. 690.3. Cuestión justiciable. 690.4. Cuestiones de derecho común o procesales. 690.5. Gravamen. 690.6. Perjuicio actual y subsistente. 691. Requisitos propios. 691.1. Las cuestiones federales. 691.2. Relación directa. 691.3. Resolución contraria. 691.4. Sentencia definitiva. 691.5. Superior Tribunal de la Causa. 692. Las formas del recurso en la Acordada Nº 4/2007. 692.1. Introducción, reserva y mantenimiento de la cuestión federal. 692.2. Legitimación para recurrir. 692.3. Lugar, tiempo y forma.

Capítulo XCII
El recurso extraordinario (5ª parte)
Técnica de fundamentación..... 743

693. Las formas en la Acordada Nº 4/2007. 694. Orientaciones que no son tales en la Acordada Nº 4/2007. 695. Conflictos de interpretación en las cuestiones de constitucionalidad. 696. Extensión del recurso. 697. Exigencias formales. 698. Estudio preliminar de las cuestiones federales. 699. La formas en el recurso de queja. 700. Planteos de inconstitucionalidad de la Acordada Nº 4/2007; Adenda (Acordada Nº 4/2007 CSJN).

Capítulo XCIII
El recurso extraordinario (6ª parte)
Trámite del recurso..... 773

701. Normas aplicables. 702. Contestación al recurso extraordinario. 703. Ejecución provisional de la sentencia recurrida. 704. Efectos de la sentencia. 705. Costas y cuestiones accesorias.

Capítulo XCIV
El recurso de inaplicabilidad de ley..... 789

706. Casación y recurso. 707. Historia conflictiva del recurso. 708. Uniformidad de la jurisprudencia. 709. Antigüedad

del precedente. 710. Doctrina plenaria y fallos de la Corte Suprema. 711. Cuestiones excluidas. 712. Requisitos del recurso. 713. Procedimiento del recurso. 714. Procedimiento del tribunal. 715. Objeto del plenario. 716. Votación en el plenario. 717. Efectos del plenario. 718. El plenario de oficio. 719. Obligatoriedad de los fallos plenarios.

Bibliografía general..... 815

SECCIÓN 1ª
EL PROCESO CAUTELAR

Capítulo LXXIV
Medidas cautelares

574. Definiciones

Dentro de las funciones jurisdiccionales y, específicamente, como manifestación de la eficacia de la gestión judicial, se establece la posibilidad de requerir medidas cautelares tendientes a garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que se 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.[2842]

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. No obstante, el curso de actividades posibles no se reduce a este juicio hipotético de probabilidades. La función de las medidas cautelares no quiere ser, simplemente, 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 preciso cubrir necesidades inmediatas (por ejemplo, ordenando la internación de una persona para evitar que cause daños irreparables a otros o a sí mismo); 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 puede darse 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.

2842. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1990, T. II, p. 941.

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, es decir, fue dictado para una situación abstracta que, oportunamente, pudo preverse. De este modo, las medidas cautelares tienen una finalidad preventiva y conservatoria que José Chiovenda las interpretó con dos exigencias preliminares: *justificación actual* y *asunción de riesgos*.

> … en la medida provisional es pues necesario distinguir su justificación actual […]. La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional*; pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable.[2843]

También Francesco Carnelutti compartió la idea que, de algún modo, significó ir contra el tiempo; una suerte de tutela dispuesta por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra la demora del tiempo judicial.[2844]

2843. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, traducción de la 3ª ed. italiana por José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1977, T. I, p. 262.

2844. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971, pp. 412 y ss. Tanto la posición de Chiovenda como la de Carnelutti exponen lo que fue la misma historia del procedimiento cautelar y la evolución de su naturaleza. En el derecho romano no tuvo práctica ni interés, pese a instituciones destinadas a fines precautorios o provisionales como los interdictos; el *nexum*, la *cautio damni infecti*, la *missio in possessionem*, el *apud sequestrum*, la *pignoris capio*, etc. –todas destinadas a resguardar el crédito–. Recién con la codificación del siglo XIC, comenzó a tratarse en forma sistemática, cuando aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil española y también en la mercantil. Sin embargo, la idea fue más para prevenir que para garantizar el crédito; vale decir, se estableció un sistema de responsabilidades individuales que pesaban sobre el beneficiario de las medidas cautelares, de manera que cambió el régimen de la discrecionalidad judicial para la concesión o elección de la precautoria, para tolerar la tutela bajo responsabilidad de quien la pidiera. Este fue tiempo del positivismo, que marcaba la regla de aplicar la ley o conceder aquello que estuviera reglado. El juez sólo elegía entre las opciones de la ley, igual que el interesado hacía al formular la pretensión. No obstante, en el siglo XX se produjo otra innovación al dejar al procedimiento cautelar en manos de la jurisdicción, exclusivamente. Se establecieron parámetros de análisis previos (urgencia y necesidad verosímil), aunque se mantuvo el afianzamiento como sistema de responsabilidad. Con este encuadre, Piero Calamandrei formuló el estudio sistemático de las providencias cautelares, en 1936.

En cierta forma, el planteo pone de manifiesto el expreso reconocimiento a la demora implícita del procedimiento y la imposibilidad de llegar a tiempo con la respuesta que se pretende. Además, la figura cautelar como herramienta de la eficacia adquiere un contrasentido con la afirmación realizada sobre el carácter instrumental del proceso; si este es el elemento de trabajo para la satisfacción de los derechos, lo cautelar es la herramienta de la que se vale el proceso para garantizar su eficacia. En consecuencia, así como el derecho de fondo y los derechos fundamentales usan el proceso como objeto de realización y aplicación de sus determinaciones, esto sólo puede resguardarse con otro instrumento, como las medidas cautelares.

En las definiciones preliminares al estudio, hay que recordar la verdad de este aserto pues, si las precautorias persiguen evitar los perjuicios que lleva la rémora en las actuaciones judiciales, tendrán que ser observadas, adecuadamente, las finalidades de cada una.

Cuando sea necesario detener el tiempo (*v. gr.* embargo preventivo, no innovar), anticiparse a este (secuestros; intervenciones, protección de cosas o personas), o simplemente acelerar (*v. gr.* peligro de pérdida o desvalorización que autoriza la venta anticipada), siempre estará de por medio la "urgencia" (peligro en la demora) y la "necesidad" (verosimilitud del derecho). De manera que, para proceder con la pretensión, se deberán evaluar ambos presupuestos y asegurar la afectación que sufre la otra parte mediante la imposición de fianzas o contracautelas.

Por otra parte, si las provisiones preventivas razonan sobre el derecho del que las pide, se debe zanjar el predominio mayor, esto es, si corresponde al derecho material que se alega y fundamenta, o si basta, en su caso, con demostrar la urgencia y la presunción de buena fe que delinean como presupuestos los Códigos Procesales.

En este piso donde asienta lo puramente cautelar, no podrá dejarse de ver el avance científico adquirido, que por su fuerza y convicción logró conmover los cimientos teóricos y preparó el campo para un desarrollo nuevo, como fue la tutela de urgencia, que se introduce por vez primera en el artículo 700 del Código italiano.

Este es el segundo tiempo del proceso cautelar, que se debe, de algún modo, al peso de Carnelutti, quien lo dividió con dos finalidades: *instrumental*, para resolver la finalidad del proceso y su objetivo de paz

social (que no lo conseguiría si la sentencia fuera ilusoria); y *final*, destinada a garantizar los resultados prácticos de la sentencia.[2845]

A partir de este ensamble entre la protección al derecho subjetivo (derecho material) –provisto en una etapa provisional y de carácter preventivo– y el resguardo anticipado de los derechos procesales que permitieran actuar en la ejecución de manera segura, surge un tercer escalón en los objetivos de la tutela cautelar. Es el tiempo de los reaseguros, que se manifiestan en las más típicas tutelas rápidas o provisionales, pero que no son cautelares, propiamente dichas.

La elaboración siempre renovada del instituto muestra que, comenzando desde la teorización de Calamandrei hasta el presente, la evolución habida señala etapas que comienzan con el aseguramiento del objeto del proceso (en cuyo caso no hay una pretensión cautelar sino un objeto específico, que es la garantía de eficacia). Luego, prosiguencon la finalidad ejecutiva (que explana la posibilidad de resguardar la ejecución de la sentencia con medidas previas a ese objeto: embargo y secuestro). A continuación, encuentran en el camino la incidencia de normas y previsiones especiales del legislador que provocan una tutela cautelar de naturaleza distinta (la tutela cautelar material, inhibitoria, etc.). Por último, siguen avanzando y aumentan los poderes del juez para actuar con "prevención" (tutela preventiva autónoma no cautelar) y "urgencia" (tutela de urgencia no cautelar), hasta el más actual de los emplazamientos, como son las medidas de satisfacción inmediata (autosatisfactivas).

Todo este nuevo material de estudio ha llevado a sostener en las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal:

> Las medidas cautelares materiales y los procesos urgentes abren un amplio abanico de interrogantes sin dilucidar, principalmente acerca de los presupuestos de admisión, sus efectos, las potestades judiciales y su prudente ejercicio y otros aspectos no menos sustantivos, que la doctrina más actualizada tematiza y a los que el legislador debería brindar pronta y eficaz respuesta. Sin olvidar la lúcida advertencia de Morello, que reclama poner límites para evitar el abuso de la tutela urgente, que termine por sustituir al proceso ordinario.[2846]

2845. Carnelutti, *Instituciones…*, T. I, p. 45.

2846. Berizonce, Roberto Omar, "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva", XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, p. 646.

575. Autonomía del proceso cautelar

La primera cuestión jurídica que prestó a debate el proceso cautelar fue su independencia o subordinación a un juicio principal. El desarrollo ideológico y, sobre todo, legislativo, permitirá con el tiempo elaborar una "... teoría cautelar [...] cuya finalidad es estudiar los mecanismos necesarios para que la prestación jurisdiccional sea eficaz, a pesar del necesario transcurso del tiempo para su configuración y de los potenciales actos maliciosos de la contraparte o de terceros".[2847]

Presentado como remedio sustitutivo contra los riesgos del tiempo, la medida cautelar aparece como accesoria o instrumental de otro proceso al que accede para asegurar su eficacia. Carnelutti, por ejemplo, dice: "... cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)".[2848]

Manuel Ortells Ramos afirma:

> La característica esencial que define una medida cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a aquella es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la medida cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se encuentra necesariamente vinculada a la sentencia que puede dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el derecho en el caso concreto, la medida cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de inefectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia.[2849]

La complementariedad que se informa, no obstante, tiene particularidades propias y exigencias que la condicionan a formas y fundamentos

2847. Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, p. 72; Cfr. Bomfim Marins, Víctor Alberto, *Tutela Cautelar, teoría geral e poder geral de cautela*, Curitiba, Jurúa, 1996, p. 101.

2848. Carnelutti, *Instituciones...*, T. I, p. 86.

2849. Ortells Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, Comares, 1996, p. 8. Ver también Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, Distribuciones de La Ley S.A. (Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000), 2000, p. 42.

para disponer sobre su procedencia. Este marco de adecuación legal, previamente formulado, demuestra que existe cierta autonomía para el desempeño, circunstancia que podría llevar a confundirlo como un proceso independiente cuando, en realidad, es una autonomía de procedimiento. Son recaudos de procedencia y admisibilidad.

De aquí que se denomine proceso cautelar a lo que en realidad es un procedimiento especial destinado a verificar los presupuestos de admisión que termina con la disposición de la medida y su efectiva notificación. Esto da lugar, posteriormente, a un trámite deliberativo con perfiles propios que difieren del modelo ancestral de debate basado en los principios dispositivo y de congruencia.

No obstante, promedian algunas dudas que bien las refleja Adolfo Rivas al decir:

> Pero puede ocurrir que el requerimiento se encuentre dirigido a obtener decisiones provisionales que aseguren la eficacia del fallo dirimente para cuando este sea dictado; en ese caso se habría deducido una pretensión cautelar. La jurisdicción, en función asegurativo-cautelar, deberá realizar antes de decidir un análisis aproximativo del mérito de la pretensión de fondo expuesta o esbozada en la pretensión cautelar y, como principio, la existencia real o posible de un peligro para el derecho o para su eficaz protección si se esperara el tiempo de la sentencia definitiva. Emitirá entonces pronunciamientos de eficacia destinados directamente a proteger la posibilidad de cumplimiento de la sentencia en razón de un juicio estimativo del sentido que la misma podrá tener. Se trata de la función asegurativa cautelar.[2850]

Inclusive, la evolución de la figura, que tiene en la legislación italiana el anticipo provisional con silueta cautelar, advierte que la finalidad de las medidas no sólo es de conservación; inclusive, si en derredor de la tutela cautelar se explana todo lo vinculado a dotar de seguridades el cumplimiento de la sentencia podrá quedar expuesto que el vínculo que las reúne está dado por los presupuestos de admisibilidad y procedencia.

Estos requisitos mostrarían, *prima facie*, que la promoción de una medida precautoria, al menos teóricamente, deja de lado su parentesco con el juicio principal para ubicarse con un interés propio y específico. Habría, entonces, un derecho sustancial de cautela, muy común en la justicia preventiva que instala al juez con una misión atenta con los pasa-

2850. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, p. 4.

jes y desventuras posibles que tiene el desarrollo procesal, acompañando esos repliegues probables con providencias necesarias y suficientes para atemperarlos. En este sentido se aprecia que la providencia cautelar tiene un alcance claramente sustancial y, por tanto, extraprocesal.[2851]

Fue la doctrina europea del siglo XIX la que comenzó a elaborar esta teoría que admite un poder jurisdiccional cautelar independiente del que razona con efectos definitivos (cosa juzgada). Esa potestad se reconoce en la ZPO alemana (Código Procesal Civil alemán)[2852] y en la tesis de Wach (que más tarde abandonó) por la cual se verbaliza un derecho autónomo o pretensión de tutela o aseguramiento cuando se afronta el riesgo de empeorar la situación económica del demandado o se evidencia su mala fe; en estos supuestos se podía plantear la fijación de cautelas o fianzas que, en caso de ser negadas, daban lugar al *arrest*. Esta modalidad no era más que una manera de realizar por una vía procesal el derecho al aseguramiento.[2853]

Rosenberg sostuvo que era un poder cautelar que servía para que un derecho de fondo fuera efectivo, evitando el peligro de frustración o el riesgo del ocultamiento. De este modo, si fuera evidente la modificación del estado existente, este debería conservarse intangible; si fuese el caso de impedir perjuicios la cautelar tendría que ser de actividad, pero ambos diferenciándose adecuadamente porque los presupuestos son comunes aunque las decisiones difieran.[2854]

2851. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 205.

2852. ZPO: art. 935: "Se permite la adopción de medidas de seguridad provisionales respecto del objeto litigioso cuando se tema que, por una modificación del estado actual, se podría frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte"; art. 938: "El tribunal determinará, a su arbitrio, las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate. La medida cautelar provisional puede consistir en el secuestro o en imponer al adversario la obligación de realizar un acto o la de omitirlo, especialmente la prohibición de enajenar, grabar o hipotecar una finca"; art. 940: "Se permite la adopción de medidas cautelares para regular un estado provisional respecto de una relación jurídica controvertida, si tal regulación, especialmente cuando se trate de relaciones jurídicas permanentes, se estima necesaria para evitar perjuicios de consideración o actos de fuerza que amenacen o por otros motivos" (trad. de Leonardo Prieto Castro, corresp. a la obra de Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Labor, 1936, p. 78; Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 7).

2853. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración* (trad. de Juan Semon), Buenos Aires, Ejea, 1962, pp. 44-45.

2854. Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil* (trad. de Ángela Romera Vera), Buenos Aires, Ejea, 1955, T. III, p. 279.

Cuando el derecho italiano aplica en el Código de 1940 el proveimiento de urgencia, el debate llevó a reconocer entre el proceso preventivo y el cautelar una relación de género a especie, donde el primero tuvo necesariamente un fin en sí mismo, por el cual pretendía conjurar un daño que llegaba exclusivamente de la conducta extraproceso de la parte.

> No parece, entonces, de autonomía funcional ni se configura como una tutela mediata –como el proceso cautelar–, según lo habían anticipado Calamandrei y Carnelutti. Y a partir de tal distinción cobran cuerpo los llamados "procesos urgentes", cuyo alcance se ve notablemente amplificado.[2855]

Desde otro aspecto, Enrico Liebman y Calamandrei acentúan el carácter temporal de la cautela, que culmina su objetivo con la sentencia final, ya sea porque el derecho fue reconocido y entonces la medida cobra plena satisfacción, o bien porque se declaró inexistente el derecho y aquella, en consecuencia, debe revocarse. Esta posición otorgaría autonomía funcional, aun cuando la mantiene en el campo de la pretensión procesal.[2856]

Cabe recordar que la figura tradicional de lo cautelar puro (preventivo) fue el campo donde mayor conflicto hubo al momento de responder a la naturaleza jurídica, en razón de las múltiples ocasiones que la legislación fue agregando otras medidas y providencias que tenían similares funciones. Por tanto, el análisis que se presenta, en realidad, corresponde a una etapa de depuración del concepto de tutela cautelar, porque el gran salto ya se había dado. Es decir, si lo cautelar no era pura precaución al servicio de saldar el problema del tiempo en el proceso, sino una actividad complementaria o asegurativa de la ejecución de sentencia o del mismo juicio ejecutivo, tenía razón Podetti cuando señaló:

> … si no existe una acción cautelar específica, ni la función jurisdiccional es diversa al otorgar medidas cautelares y ni siquiera se instrumenta un genérico proceso cautelar, es obvio que esta institución, como las terce-

2855. Berizonce, Roberto Omar, "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva", XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, p. 643.

2856. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1980, p. 163; Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, p. 85.

> rías, o el beneficio de litigar sin gastos o los recursos, debe ser reglamentada en la parte general de los códigos de la materia.[2857]

En la doctrina nacional Lino Palacio explica su parecer en estos términos:

> Aunque, desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo alguno desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone, a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien este carece de autonomía con respecto al principal cuya eficacia garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos, aunque no con el alcance exageradamente amplio que propicia un sector de la doctrina.[2858]

Jorge Kielmanovich concibe lo cautelar en una línea parecida. Así explica que dicho procedimiento:

> … tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés o de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo […]. Entendemos que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y articular impuesto para la adopción de medidas cautelares –a partir de una superficialidad que se distingue, en este aspecto, del conocimiento fragmentario y exhaustivo característico o propio de los procesos de ejecución y conocimiento, respectivamente y de los extracontenciosos–, y por la provisionalidad de sus resoluciones.[2859]

Enrique Falcón sostiene:

> … desde el punto de vista de la autonomía en su sentido propio (tener un fin en sí mismo, autorregulado para su consecución), las medidas cautelares no constituyen un proceso sino un procedimiento, en tanto

2857. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1954, p. 20; Cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, T. IV, p. 15.

2858. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1ª reimpresión, 1979, T. VIII, p. 17.

2859. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 20.

> son accesorias al principal. Su carencia de fin en sí mismas, la caducidad (art. 267, CPCCN), el carácter provisorio (art. 202, CPCCN), la posible modificación (art. 203, CPCCN) y la inexistencia de cosa juzgada que tiene la resolución cautelar, para lo futuro y aun respondiendo al pasado con la contracautela (art. 199, CPCCN), nos inclinan por este criterio.[2860]

Precisando el objeto, Adolfo Rivas afirma:

> … la finalidad cautelar muestra una faceta anticipatoria y así la encontramos en cada medida, pero no se la debe confundir con la solución de ese carácter pues la primera no opera sobre el derecho sustancial satisfaciéndolo con anterioridad a la sentencia, sino adelantando la protección jurisdiccional de modo de hacer posible, en su caso, la operatoriedad del fallo, y evitando entre tanto la producción de hechos que provoquen cambios de los estados actuales.[2861]

La oscilación doctrinaria perfila las posiciones características de esta disputa dialéctica: a) No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan; b) El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva; c) Existe un proceso cautelar por las características procesales como se lo dispone, donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal.

A nuestro parecer, es cierta una de las conclusiones que propicia Francisco Ramos Méndez, respecto a que el proceso cautelar no tiene autonomía propia e independiente al margen del proceso principal, salvo que quiera identificarse dicha autonomía con el aspecto procedimental. "En este sentido, cualquier incidente que ocurra a lo largo del proceso tendría la misma significación".[2862]

En efecto, el carácter accesorio de las medidas cautelares, pese a contar un procedimiento propio –anticipado o inserto dentro del litigio al que concurren– no llevan una finalidad asegurativa propia. El concepto de un derecho sustantivo de cautela sería por demás discuti-

2860. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, T. IV, p. 89

2861. Rivas, Adolfo Armando *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 13.

2862. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. II, p. 944.

ble, pese a la identidad que se quiere descubrir con la tutela civil inhibitoria. Lo que no priva la factibilidad de celebrar un proceso autónomo cuya única finalidad fuera la de conseguir una medida de protección que no tuviera carácter provisional o precautorio, y que una vez lograda cumpliría la pretensión del interesado, agotando su cometido.[2863]

En este aspecto, la diferencia oportunamente trazada por Jorge Peyrano, cuando afirma que "... todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar";[2864] es útil para demostrar la asimetría entre lo que es de esencia procesal respecto de aquello que encuentra otro fundamento *de iure*.

Es verdad que actualmente la parsimonia de la justicia lleva a exacerbar la tutela preventiva propiciando, antes que el proceso, el reaseguro de la ejecución (por el análisis de los referentes: tiempo, inversión y beneficios). También es cierto que, sobre los pilares del sistema cautelar, se han formado procedimientos de tipo preventivo autónomo, utilizado para mediar en los conflictos colectivos (intereses difusos, daños ocasionados a grupos indeterminados de consumidores de productos mal elaborados, etc.).

> Allí cumplen, como coronación de un proceso de conocimiento cabal, no *inaudita* parte sino con bilateral sustanciación, ni tampoco de modo superficial o *prima facie* de las causas determinantes (*v. gr.* emanaciones tóxicas de una fábrica), un rol principal, autónomo, no conexo ni instrumental de otro proceso. Se agotan en sí mismo al brindar autosatisfacción. La esencia de la resolución, a pesar de esos efectos en el caso, no desdibuja sus características de provisoriedad y mutabilidad toda vez que esto opera siempre que se alteren o cambien las circunstancias (hechos) que justificaron el sentido de aquella providencia (es el fenómeno de la cláusula *rebus*

2863. Figura que se puede describir como tutela sumaria o procesos sumarios. Dice Ramos Romeu: "... para poner de relieve la diferencia entre esta y las cautelares, obsérvese que en la tutela sumaria se busca dar la razón a quien la tiene, de forma rápida y definitiva, mientras que en la tutela cautelar sólo se trata de proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo. Esta distinción de funciones queda especialmente clara cuando se constata que, incluso en los procesos sumarios, ciertas actuaciones tienen "carácter cautelar", en el sentido que se adoptan antes de que se resuelva "el fondo" del proceso sumario, y quedan a resultas del mismo" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51).

2864. Peyrano, Jorge Walter, "Lo urgente y lo cautelar", en *JA*, N° 5923, 8/3/1995, p. 2. También en *Ius et Veritas*, N° 10, Lima, año V, 1995, pp. 132 y ss.

sic stantibus). Si en el ejemplo se suprime la causa de la contaminación lo decidido preventivamente carece ya de justificación.[2865]

Nada de ello descarta que sea propio de las medidas cautelares prestar un servicio de asistencia al proceso. Esa es su finalidad, y todo el campo ganado en su efectiva prédica por la seguridad y la justicia corroboran, nada más, la enérgica respuesta que posibilitan.

La evolución alcanzada a partir de su modelo ha permitido debatir con amplitud si es posible tener un proceso al solo y único efecto de conseguir la disposición de medidas provisionales de distinto carácter (preventivas, conservatorias o aseguративas, ejecutivas, de cumplimiento inmediato, etc.), o si es mejor mantener su carácter accesorio de un juicio central al que accede y protege con sus medidas.

La doctrina más actual refiere a un tránsito de las medidas cautelares hacia las medidas autosatisfactivas,[2866] es decir, aquellas que pretenden dar solución urgente y autónoma a la situación subjetiva deducida en el proceso. No obstante, no hay coincidencia pues otros argumentan:

> ... no podrían ser consideradas como medidas cautelares, porque ellas se agotan en sí mismas, sin que existan a ese respecto las notas de instrumentalidad –entendida esta como funcional a la seguridad de un proceso "principal"–. De este modo, para esta visión "tradicional" de la tutela cautelar, los procesos posesorios (como el interdicto posesorio), o ya una tutela inhibitoria que impida que sobrevenga una lesión a un derecho, o que obligue a cesar inmediatamente una actividad lesiva del derecho, no podrían ser consideradas, en ningún caso, tutelas cautelares.[2867]

En la síntesis, será posible encontrar un procedimiento precautorio con presupuestos y condiciones de ejercicio; instrumental y accesorio de otro al que sirve, pero ampliando cada vez más sus objetivos, sea ya con la extensión que tiene en manifestaciones de la denominada tutela de urgencia, o para darle mayor precisión y eficacia a las medidas genéricas que mejoran la aplicación del objetivo cautelar.

2865. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004,T. II-C, pp. 506-7.

2866. Cfr. Pico i Junoy, Joan, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del derecho procesal?", *JA* 10/4/2002, pp. 17 y ss.

2867. Bordalí Salamanca, Andrés, "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", *Revista de Derecho*, Chile, vol. XII, diciembre de 2001, pp. 50/66.

Actualmente, el modelo no es uniforme y está desformalizado. Apenas conserva como requisitos lo manifiesto del derecho y la urgencia por el despacho. Cada uno está presente dentro de la diversidad de tutelas que el marco precautorio ofrece.

576. Naturaleza de las medidas cautelares

La denominación del instituto discurre enfocado como acción, pretensión, proceso, providencia, medida, aseguramiento, entre otras nominaciones; sin perjuicio de otros problemas colaterales que escalan en su definición declarativa, ejecutiva, como proceso de conocimiento, o *tertium genus* entre ellos.

Como acción la entendió Chiovenda, refiriendo incluso a sentencias provisionales o asegurativas.[2868]

> Es condición general para la producción de una medida provisional, como hemos visto, el temor de un daño jurídico o sea la inminencia de un daño *posible* a un derecho o a un *posible* derecho: a) Acerca de la *posibilidad* del daño, debe examinar el juez: si las circunstancias de hecho dan *serio* motivo para temer el hecho dañoso; si el hecho es *urgente* y por lo mismo es necesario proveer en vía provisional; cual sea la mejor manera de proveer. Por lo demás esta condición genérica se determina mejor ante cada medida provisional. b) Acerca de la *posibilidad* del derecho, la urgencia no permite sino un examen evidentemente superficial (*summaria cognitio*), pero también respecto de esta condición varían los casos particulares: a veces la resolución se toma precisamente porque un derecho es discutido entre dos y por lo mismo no es necesario determinar a quién corresponde (como en el embargo judicial en pleito pendiente): a veces la pertenencia del derecho fue ya declarada en el fondo y prevalece el examen del primer extremo (como en la ejecución provisional).[2869]

La idea fue resistida por los adherentes a la teoría de la acción como concepto unitario, por eso Enrico Redenti decía que era

2868. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. I, p. 279.
2869. Ibídem, T. I, p. 263.

aberrante configurar una acción-derecho que no tuviera por finalidad obtener una providencia final de mérito.[2870]

Como *proceso* fue interpretado por quienes asignaron autonomía procesal a los objetivos provisionales y cautelares.

Como *pretensión* y *peticiones procesales extracontenciosas* las atiende Lino Palacio,[2871] en coincidencia con Jaime Guasp que las desarrolla a partir de su explicación sobre el embargo.[2872]

Como *providencia* particular y específica, distinta a cualquier otra providencia que emite la jurisdicción, las sostiene Calamandrei.[2873]

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 sólo 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.[2874]

Con mayor comodidad y adecuación a la manera como se legisla sobre la materia, se las prefiere designar como *medidas* cautelares o precautorias, sin perjuicio de recordar sus contenidos formales, que las 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*.

2870. Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1957, T. III, p. 53.

2871. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 16

2872. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2ª ed., 1961, p. 450.

2873. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 33.

2874. Ídem.

576.1 El derecho a la tutela cautelar

Donde más avanzada está la doctrina es cuando refiere a un "derecho a la tutela cautelar", porque desprende la naturaleza procesal para indicarla como una garantía o un derecho fundamental. Algunos lo fundan en el derecho constitucional a la prestación de la tutela judicial efectiva, donde la obra de Eduardo García de Enterría se tomó como piedra de toque.[2875]

Francisco Chamorro Bernal dice: "... el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a este".[2876] En fin, los estudiosos españoles han desenvuelto consistentemente esta idea que nos parece apropiada en el contexto de su estructura jurisdiccional, donde el control de constitucionalidad tiene particularidades definidas.

Sin embargo, en nuestra opinión, no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar con base en disposiciones constitucionales; en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal debe conseguir reaseguros de su eficacia, y es este el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona. Hay, es cierto, una revolución importante en el concepto que permite diseñar la trascendencia de lo cautelar a partir del derecho a la efectividad de las decisiones judiciales, pero no surge explícito que sea lo cautelar una garantía autónoma.

Conviene darse de cuenta de la trascendencia que tiene la diferencia, porque anidan en el problema cuestiones que exceden la simple disposición del derecho. Dar relevancia constitucional propia a lo cautelar supone generar una cuestión de naturaleza federal que convierte en autónomo al derecho y en independiente al proceso que resulta de la pretensión. Distinto es valorar su importancia en el concepto global del debido proceso o afincarlo en las garantías del cumplimiento de la sentencia, pero lo cautelar puro (no sus variaciones y extensiones que tienen singularidad y perfiles propios, como la tutela urgente o las de

2875. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1995, p. 275.

2876. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución española*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 286.

satisfacción inmediata) no tiene naturaleza fundamental como sí lo posee el proceso donde se inserta y al que responde.

A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, y la elección es discrecionalidad de las facultades, mas no una tutela diferente que actúe con independencia del proceso donde interviene.[2877]

576.2 Naturaleza de la providencia cautelar

Con relación a la clase de decisión jurisdiccional que le corresponde, 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 resuelve, 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 que 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 tiene que solucionar la protección de personas, u otra similar, porque en ellas el juez necesariamente conoce en una situación de hecho y obra consecuentemente. Asimismo, cuando ordena un embargo, secuestro, inhibición general, etcétera, son decisiones de tipo ejecutivas, no obstante tengan el mote de provisionales.

Ante semejante ambigüedad, otros prefieren referir a un *tertium genus* del proceso contencioso, que obra junto al de cognición y al de ejecución, porque el presupuesto está en la litis y no en la composición de ella, 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.[2878] Ello sin contar con la confusa presentación que se deduce de varias

2877. Monroy Palacios sostiene: "… el poder cautelar genérico es una expresión del poder jurisdiccional por el cual el juez puede otorgar la medida cautelar idónea, prescindiendo de su tipificación normativa" (Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Lima,Comunidad, 2002, p. 372).

2878. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 206.

posiciones de la doctrina, en la que están los que sostienen la autonomía del proceso cautelar pregonando la instrumentalidad como característica (lo que en sí mismo es una contradicción); o los que sostienen su subordinación a un juicio distinto, pero admiten el poder cautelar del juez sin petición de parte (que es también contradictorio).

En definitiva, ninguna teoría 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 están presentes 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.

No obstante, además de aclarar cómo labora la jurisdicción en este terreno, debe aceptarse el contenido utilitario de las medidas cautelares como servicio diferente del proceso principal, o por vía de incidente si este fue propuesto. El carácter instrumental se refleja inmediatamente, y no sólo como remedio para la impaciencia de las partes, sino también como una forma de aumentar el contenido publicístico del proceso, sin vulnerar las formas tradicionales.

En tal sentido, Piero dice:

> ... 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 sólo 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.[2879]

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. Si es necesario actuar el conocimiento o provocar la ejecución, es la misma cuestión que presenta un proceso ordinario: siempre depende de la pretensión que se formule. Nuestro Código Procesal participa –en la lectura particular

2879. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 141.

que efectuamos– de esta orientación, toda vez que las ubica en la parte general del ordenamiento.

La subordinación de la tutela cautelar a los fines del proceso principal es la característica primordial de esta modalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

577. Diferencia con otros procedimientos preventivos

El conflicto de interpretación surge cuando se siembran dudas sobre qué es lo central en lo esencialmente precautorio. Buena parte de la responsabilidad que plantea esta institución se debe a las diferencias con que el derecho comparado se aboca a la cuestión.

La doctrina alemana considera que es subsidiaria de la ejecución forzosa; la italiana la confunde con otros trámites de carácter preventivo y la española sólo da importancia al embargo. Otras legislaciones cuadran las medidas en el plano de su procedencia ritual, para luego enumerar taxativamente los casos donde tienen cabida. A veces, no existe tal número *clausus*, permitiendo que cualquier otra cautela reciba tratamiento dentro del molde conocido más adecuado.

En la doctrina germana, al lado del embargo preventivo pensado para asegurar el futuro de la ejecución forzosa, se dan otras formas de protección jurídica que James Goldschmidt sintetiza así:

> a) *Medidas provisionales* cuyo objeto es garantizar la paz, mediante la regulación de una situación de hecho provisional, en el caso de una relación jurídica litigiosa. Es una concesión de tutela jurídica análoga a la protección de la posesión; y b) Las *medidas provisionales* cuya finalidad es la satisfacción de necesidades primarias (alimentos). Estas se dictan en base a prestaciones periódicas o como si fueran indemnizaciones o condena provisional en costas.[2880]

En España, el prototipo de la medida cautelar es el embargo. Procede respecto a bienes muebles, útiles y dinero y se traba mediante una orden judicial que varía con el bien sobre el que recae. Junto a él, someramente, coexisten disposiciones que persiguen asegurar los bienes en litigio (actos de intervención y administración sobre la cosa

2880. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 748.

litigiosa); para anticipar el eventual e hipotético resultado de la sentencia cuando se trate de obligaciones de hacer, no hacer o de entregar cosas específicas (se trata de cauciones o fianzas, o de las "medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia"); el arraigo se toma en cuenta como medida precautoria, al igual que el depósito de cosa mueble, las anotaciones preventivas (para los procesos de escrituración, cuestiones sobre inmuebles, o cosas, lugares y/o personas). Leonardo Prieto Castro, por su parte, incluye al interdicto de obra nueva y de obra ruinosa, los alimentos provisionales urgentes y el depósito de personas.[2881]

En el Código italiano, se conserva la modalidad que inspira a nuestro régimen. De un lado se regula la tipicidad para reclamar un proceso cautelar sobre los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y contracautela de quien las solicita; frente a un resto normativo que singulariza cada medida posible.

Sin embargo, dice Liebman:

> ... como complemento del sistema de tutela cautelar resultante del complejo de las normas que regulan la materia, la ley ha admitido una figura de medida cautelar de contornos menos definidos, llamándolas providencias de urgencia, y disponiendo que puedan ser pronunciadas fuera de los casos previstos para las medidas típicas singulares, cuando exista el peligro de que durante el tiempo necesario para hacer valer un derecho en vía ordinaria, este sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.[2882]

La confrontación de los institutos con las finalidades que portan muestran que existe diversidad de pretensiones. Algunas persiguen resolver situaciones donde el mismo derecho subjetivo está en crisis y urge una solución –provisoria– inmediata. Son los llamados *procesos urgentes* (interdictos, acciones posesorias, alimentos, incapacidad) que, por su especial manifestación coincidente con las precautorias, llevaron a fundar otrora la procedencia de un proceso cautelar autónomo e independiente. En Italia, por ejemplo, la ausencia de otras medidas fuera del embargo propiciaron esa confusión.

En ocasiones la tutela preventiva se dirige a impedir eventuales perjuicios futuros. Se refiere a daños potenciales, absolutamente hi-

2881. Prieto Castro, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 1989,T. II, p. 214.
2882. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal, op. cit.*, p. 163.

potéticos, pero sin referencia con la pretensión que moviliza un proceso cautelar. En estos, la fuente de la precaución radica en el mismo objeto procesal que la acción postula (en nuestra legislación tomaríamos como muestra la condena de futuro –art 680 CPCCN–, la acción meramente declarativa, entre otras).

El proceso se basta a sí mismo, a diferencia de la tutela jurisdiccional que, además de alegar la lesión de un derecho, la medida que se ordena no es definitiva –sino provisional– y depende de otro proceso. La sentencia que se alcanza dirime definitivamente la litis en los procesos preventivos, en cambio, en los cautelares se auxilia al principal.[2883]

En síntesis, pese a las confusas construcciones de cada legislación, la influencia de los modelos europeos en la legislación latinoamericana y la evolución habida, se puede llegar a conclusiones distintas a las escritas hasta hoy.

Latinoamérica y, especialmente, los jueces de la Argentina impulsaron una renovación en el diseño de las providencias cautelares que, trabajando sobre la función tuitiva que de ellas se espera, lograron instalar un concepto extensivo, dinámico si se prefiere, demostrando así que la tutela cautelar no es una mera construcción científica.

La preocupación sistémica, es cierto, estaba ya en los Códigos Sardos de 1854 y 1859, que establecieron, junto al secuestro y a la denuncia de obra nueva, la figura general de las inhibiciones, sin que se determinaran los casos en los cuales podían ser acordadas. De este modo, las inhibiciones podían ser invocadas para cada situación que amenazare con ofender un derecho cualquiera, y en aquellos casos en que fuese necesario impedir la ejecución de un hecho que, cumplido, pudiere presentar peligro de un daño irreparable, siempre que no subsistieran los presupuestos para la emisión del secuestro o ya la denuncia de obra nueva. La jurisprudencia de los tribunales contribuyó notoriamente en esta consagración de las inhibitorias como tutela cautelar general. Este camino de las inhibitorias, como poder cautelar general y atípico, también fue recogido por el Código Canónico de entonces.[2884]

2883. Di Iorio, Alfredo, *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 94.

2884. Pico i Junoy, Joan, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del derecho procesal?", *op. cit.*, p. 156.

Este primer avance sobre un camino singular que abría espacios propios a figuras cautelares pareció demasiado riesgoso, y quizás por eso fue que en el Código italiano de 1865 desaparecieron las inhibitorias y el poder cautelar general del juez, y fueron reemplazadas por el sistema de las medidas cautelares típicas, cuya influencia en el orden nacional se reconoce.[2885] Este modelo se mantuvo en el Código de 1942, que bien pronto sufrió los embates del foro hasta llegar a la crisis que obligó a replantear los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, dentro de una necesidad de tutela de urgencia.

De este modo, Italia encontró en el modelo de la tutela de urgencia un rol distinto al de las cautelares típicas, provocando en el derecho comparado las primeras experiencias de la anticipación inmediata del resultado final.

La dimensión de lo cautelar, en definitiva, tiene que definir sus alcances. La transformación de lo cautelar en posibilidades de actuación jurisdiccional menos definidas por la legislación, pero factibles en el marco de los poderes-deberes de la función, intervienen para reclamar certidumbres allí donde existe la posibilidad de ordenar sin ley que lo admita. O bien, dejar en claro que los principios generales sirven para cubrir las lagunas normativas, todo con la finalidad de que el procedimiento preventivo puede revertir en anticipos jurisdiccionales o el aseguramiento puro de una sentencia probablemente favorable.

Por eso, las *medidas de prueba anticipada* pueden ser cautelares cuando la coincidencia se expresa en el objeto de preservar la eficacia del medio que adelante el tiempo de producción; pero es diferente, porque las condiciones de admisión no son las mismas ni se relacionan entre sí. Es decir, no es la verosimilitud del derecho lo que autoriza la prueba *ante tempus*, sino el riesgo de perder la oportunidad de practicarla cuando corresponda, que tiene simetría con el peligro en la demora.

Cuando el paralelo se pone con la provisión de medidas de resguardo para la *ejecución forzosa* la distancia es muy clara, porque lo compatible es el *aseguramiento* aunque los moldes sean desiguales. Uno trabaja con el carácter fehaciente del título que autoriza la prevención; los demás, con los presupuestos objetivos tradicionales.

2885. La fuerza doctrinaria de Calamandrei tuvo más peso que la opinión de Chiovenda que forjó desde *Instituciones de Derecho Procesal Civil* la autonomía de la inhibitoria como poder de las medidas provisionales.

Actualmente, la tendencia a *ejecutar provisionalmente la sentencia* de primera instancia (con o sin fianza) acentúa la semejanza entre el instituto y lo cautelar. De todos modos, el fin es disímil porque el primero tiende a la seguridad de lo resuelto que se cumple de inmediato, aunque pueda ser revertido; y lo precautorio mira al futuro sin pretender que se cumpla de manera urgente con el objeto. En todo caso, si lo hace, no será cautelar, aunque pueda ser urgente.

El anticipo de la sentencia resuelto no por la urgencia sino por las condiciones que lo hacen posible (*v. gr.* alimentos provisorios urgentes, sentencia ejecutiva, desalojo anticipado) puede ser cautelar, como lo señaló Calamandrei[2886] al advertir que hay en ellas una satisfacción parcial de la pretensión; pero no lo es porque se trata de una sentencia provisional a la que le faltan los caracteres esenciales de las providencias cautelares y, sobre todo, el carácter hipotético que las distingue.[2887]

La *sentencia anticipatoria* resuelta en el modelo de la *tutela urgente* no es una variación del mecanismo precedente, sino una posibilidad propia que se funda en presupuestos de hecho que, basados en lo manifiesto de la urgencia para resolver y en lo expresivo del derecho en que se apoya, permiten adoptar una decisión anterior al tiempo normal de las etapas preclusivas del procedimiento, dando una respuesta provisional que beneficia al que lo pide. Este sistema lo tiene Italia y lo recogió Brasil en el artículo 273 de la Ley N° 8950.[2888]

La diferencia es tenue pero tiene distancias significativas,[2889] que sugieren distinguirlas también de la tutela inhibitoria de carácter pre-

2886. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 105.

2887. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 105; cfr. Rivas, Adolfo Armando *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 20.

2888. Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme, *La anticipação da tutela*, Malheiros, 4ª ed., 1998, p. 255; Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 489.

2889. En nuestra obra de cátedra *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, parág. 281 señalamos que 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) se encuentra 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.

ventivo y de la cautela material donde la sentencia resuelve sobre el mérito, sin que se pueda retrotraer, a cuyo efecto se exige la prestación de contracautela y un severo control judicial.[2890]

En síntesis, las medidas cautelares se desempeñan con el objeto de resguardar los fines del proceso principal, y resulta tanto admisible como procedente cuando se cumplen requisitos propios. Entre esas finalidades puede estar lo esencialmente preventivo, pero esta función

---

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, irremediablemente 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. 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, estado de hecho o de derecho (cfr. causa "Camacho Acosta"), persona del peticionario de la providencia (Calamandrei: *venter non patitur dilationen*), etc. 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. Por este motivo la restitución provisoria del *uso* de la moneda extranjera *acorralada* 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 erróneamente. No se trata, reiteramos, de un anticipo jurisdiccional, 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 Nº 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…").

2890. Cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, T. IV, p. 489.

encuentra extensiones que, sin ser precautorias en el sentido de la teoría cautelar, laboran con fines independientes que no tienen subsidiariedad con nada, salvo con la propia misión que persiguen.

Cada uno de ellos son mecanismos preventivos y los veremos seguidamente.

577.1 La tutela inhibitoria

En los precedentes romanos y en la evolución de los derechos de crédito hay signos evidentes de actuación jurisdiccional tendiente a impedir que un peligro se consume. Los antecedentes los instala como medios coercitivos, pero el desarrollo encontró que podían actuar, asimismo, como medios de protección preventiva. No obstante, no es posible identificar este tipo de tutela con la inhibitoria porque la primera puede involucrarse en la segunda, mas esta no tiene la particularidad de ser siempre preventiva.

En la práctica la característica de la tutela inhibitoria es impedir que un daño se concrete, continúe o repita. De algún modo, supone el tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención anticipada, que lleva a un cambio sideral para la atención normativa. En efecto, 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 crediticio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

En el derecho de daños, dice Noemí 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 daño.[2891]

El carácter de *mandamiento de abstención* o *la orden de no hacer* que se busca con la inhibitoria 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

2891. Nicolau, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", *LL*, 1996-A-1245.

definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual. En este aspecto se parece a una cautelar, pero no lo es; representa un instituto semejante, pero asimétrico.

Afirma Ricardo 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 indemnizatorio.[2892]

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 probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado. La transformación que trae el derecho sustancial se evidencia en la innovación que tiene pensar en el hombre como tal, antes que en la riqueza frustrada por el daño ocasionado. Lo mismo ocurre en el derecho procesal que pone a un lado la regla del derecho manifiesto para acordar la acción judicial contra el peligro de práctica, continuación o repetición del hecho ilícito.[2893]

Si la dimensión moderna enclava el respeto por la persona humana evitando la indigna relación con su capacidad de producir, este cambio supone conceder un alcance más genérico al derecho otorgado. No se trata de la reparación única, o de la satisfacción económica integral; ahora, el norte está en la vida humana, como una manifestación vital para la sociedad y esencia de sus semejantes.

Teniendo en cuenta esta dimensión constitucional, las posibilidades de actuación pueden:

a. impedir la práctica de un hecho ilícito;
b. impedir la continuación;
c. impedir la repetición del hecho ilícito.

2892. Lorenzetti, Ricardo Luis, "La tutela civil inhibitoria", *LL*, 1995-C-1217.

2893. En este aspecto coincide Marinoni, quien también lo desprende o prescinde de la configuración del daño. Según este razonamiento sería posible, además, requerir que un ilícito no sea practicable sin tener que demostrar un daño futuro. La necesidad de una tutela genuinamente preventiva no tiene ninguna relación con los daños, sino apenas con el ilícito (cfr. Marinoni, Luiz Guilherme, "Tutela inibitoria, individual e colectiva", São Paulo, *Revista Dos Tribunais*, 1998; ver también, Zela Villegas, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, Lima, Palestra, 2008, p. 88).

En todos los casos, el objeto de la tutela inhibitoria se parece a las medidas cautelares del derecho procesal, aunque tiene otras diferencias. Donde mayor proximidad manifiesta es con los mecanismos procesales de urgencia en los quelucen la tutela anticipada (también llamada, cautela material o tutela urgente sustancial) y las medidas autosatisfactivas.

Actuando como pretensión se diseña dentro del grupo de las cautelares (con el requisito del peligro en la demora), pero no es una actuación cautelar propiamente dicha. Tampoco es un amparo (contra la amenaza o para lograr el cese del acto lesivo) porque la tutela inhibitoria no es un proceso constitucional; a veces puede conseguir los efectos de una medida de satisfacción inmediata, e inclusive se resuelve sin sustanciación, pero cuando el proceso tiene partes definidas la bilateralidad se concreta.

La tutela civil inhibitoria es precautoria en su objeto, pero no es preventiva como pretensión; su acogimiento depende del peligro actual o inminente que tenga el acto o la amenaza, respectivamente considerados. El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

Para Lorenzetti, tratándose de una norma genérica de la responsabilidad por daños, resulta aplicable el régimen de la causalidad adecuada. De tal modo debe acreditarse que el perjuicio es una consecuencia inmediata o mediata previsible de un acto ya sucedido y que puede repetirse, o que continúa en sus efectos o bien que puede ocurrir en forma previsible. De manera que el elemento a acreditar es la amenaza de daño.[2894]

El requerimiento de protección lo puede plantear el afectado, que es quien ostenta el interés directo e inmediato (derecho subjetivo), pero no se puede agregar ningún pedido indemnizatorio porque no es propio de la protección que se dispensa por este remedio. En su caso, si la vía elegida fuera otra, por ejemplo un proceso de conocimiento sumario o sumarísimo, de igual modo habría que dividir las pretensiones entre lo que es urgente y exige una rápida decisión, y aquello que no precisa dicha celeridad en su resolución.

Las modalidades de la inhibitoria que, dicho en otros términos, suponen encontrar una vía procesal por la que un juez pueda ordenar

2894. Lorenzetti, Ricardo Luis, "La tutela civil inhibitoria", *LL*, 1995-C-1218.

medidas inmediatas que eviten la producción de daños o impidan su continuación pueden tener algunas de estas variables:

a. Protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa;
b. Protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

En el primer caso, la tutela opera como medida cautelar dictada en un proceso en trámite, que puede tener cualquiera de las características de la actualmente denominada tutela de urgencia; en el segundo, la protección se otorga sin oír a la otra parte y con una providencia asimilable a los efectos de la cosa juzgada formal (pues la característica es la provisionalidad y la posibilidad de revisión en un juicio pleno).

La tutela final está relacionada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final

Cuando la pretensión se sustenta dentro de un proceso en trámite, la tutela se puede plantear como *medida de no innovar* o *de innovar*, según el caso. Por ejemplo, si se demanda por la construcción de un edificio en una zona residencial que no tiene posibilidad de concretarse en virtud de lo que establece el Código que rige en esa materia y jurisdicción, la tutela inhibitoria persigue que se ordene el cese de la obra para impedir el perjuicio que generaría a los vecinos la construcción en sí misma y para el supuesto de una eventual demolición posterior. En ese caso, la inhibitoria se concede como medida innovativa, porque modifica la autorización oportunamente concedida.

El espacio procesal puede ser diferente. O se trata de un juicio ordinario que subordina la cautelar; o es un procedimiento precautorio autónomo. Se puede dar dentro de un amparo, o bien resolverse en una instancia administrativa con facultades para hacer o actuar la petición respectiva. Otra variable es plantear la medida de prevención como pretensión autónoma, en cuyo caso la decisión judicial agota (en teoría, satisface el objeto procesal) la instancia y termina el proceso.

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.

Conceptualmente, la tutela inhibitoria se resuelve sin oír a la otra parte, lo que nos parece violatorio del debido proceso; la pretensión se plantea para que se resuelva rápidamente porque, de otro modo, el daño se puede generar de inmediato. El juez analiza los hechos, la verosimilitud del derecho y prontamente 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.

En el derecho comparado, la prevención inhibitoria tiene por objeto poner fin de inmediato a una actividad ilícita. Sus características son: a) la "*azione*" busca prevenir una actividad contraria a derecho o directamente ilícita; b) debe existir, necesariamente, un daño; c) no es necesario encontrar culpa o dolo del autor; d) el objeto es la cesación, la suspensión o la prohibición del acto, y e) la sentencia que acoja una "*azione*" de esta naturaleza puede contener una orden de no hacer o de hacer.[2895]

En Francia opera mediante la llamada *action en cessation*, que es similar al modelo alemán (*unterlassungsklage*) y holandés (*verbodsactie*). En cambio, en los sistemas del *common law* son más recurrentes a través de los *injuction.*[2896]

Resta considerar un aspecto tangencial sobre cuánto se resuelve con estos mecanismos, porque es evidente que la esencia del sistema no es compensar a la víctima, ni prevenirle el riesgo de una sentencia incierta, o de asegurar la ejecución de ella; se trata de algo distinto que muestra por qué la tutela inhibitoria no es un modismo cautelar. La consecución es reducir el peligro, obstruirlo o anularlo, que importa un análisis económico del derecho. Además, están fuera del espectro de lo cautelar puro al no exigir los presupuestos de esta figura; ella trabaja con condiciones propias que también las tienen algunos procedimientos similares originados antes con anterioridad como son los interdictos (amenaza de ruina) o algunas acciones sindicales (reposición en el puesto de trabajo); o también las más actuales del derecho ambiental (prohibición de contaminar).

2895. Las características corresponden al derecho italiano y las explica Frignani, Aldo, *Inhibitoria, Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, T. XXI, 1971, pp. 559-560.

2896. Zela Villegas, *La tutela preventiva de los derechos*, Lima, Palestra, 2008, p. 82.

Por eso, Aldo Zela Villegas sostiene lo siguiente:

> La tutela inhibitoria requiere no sólo de una tutela sumaria, sino también una tutela cautelar adecuada que evite un daño irreparable. Por otra parte, en tanto que la medida cautelar es instrumental respecto de la pretensión del proceso principal –y tratándose de una pretensión de hacer o de no hacer– las medidas cautelares idóneas, sin duda, serían las llamadas innovativas y de no innovar (y también las genéricas y las temporales sobre el fondo).[2897]

577.2 El amparo como medida cautelar

La Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 consagró un derecho nuevo que antes era solamente un proceso judicial protector de garantías constitucionales: el amparo. La redacción del artículo 43 fue clara en algunos pasajes, pero no tanto en otros, donde debió adecuar las declaraciones con las coincidencias básicas que previamente se habían acordado como marco para los cambios en la ley fundamental.

Uno de estos puntos polémicos fue la naturaleza jurídica que tendría el futuro proceso constitucional: ¿se convertía al amparo en una instancia ordinaria? El interrogante se basó en la apertura declamada desde el inicio por la norma citada: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo…". ¿Significaba esto la posibilidad de extender el amparo para accionar contra actos o amenazas de autoridades públicas o de particulares, sin analizar la cuestión o materia litigiosa? Además, como la legitimación para obrar fue ampliada con pocas excepciones, era de esperar un terreno más propicio para la siempre beneficiosa libertad de esta garantía.

En suma, el derecho de amparo diseñado trajo formas procesales que se fueron conociendo con tipos singulares, como el juicio de amparo tradicional, el amparo colectivo, los amparos especiales y las proyecciones del hábeas data y el hábeas corpus.

Sin embargo, frente a los supuestos de *amenaza* y ante la ausencia de una *vía judicial más idónea*, el daño potencial, inminente y manifiesto fue planteado como amparo y logró la atención jurisdiccional, a pesar de que la materia es de naturaleza común y como tal

2897. Zela Villegas, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, Perú, Palestra, 2008, p. 170.

no podría transitar por ninguna de estas vías sin afectar la condición del proceso constitucional. De este modo, el juicio de amparo cubrió un espacio común de la tutela cautelar, lo que se tornó evidente cuando dispuso resoluciones de neto corte autosatisfactivo (*v. gr.* en los llamados amparos del "corralito financiero" se adelantó la devolución completa de los depósitos en moneda extranjera sin esperar la sentencia definitiva).

En materia civil, tradicionalmente el amparo necesitó recurrir a una fuente de derecho constitucional (*v. gr.* derecho a la salud) para conseguir que se abrieran las puertas de un proceso tan especial. Es decir, existió una limitación absoluta para deducir un amparo persiguiendo la declaración de culpa y la indemnización consiguiente. Sin embargo, la doctrina civilista encontró en el principio "el daño injustamente causado origina el deber de reparar" una entrada al proceso, de carácter preventivo, que busca evitar el daño, y este derecho fue tan importante que recibió tutela constitucional.

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye al dolor a cambio de una suma de dinero, el amparo actuó como si fuese una tutela inhibitoria que impidió el perjuicio derivado de un daño potencial.

Podrá decirse que los resultados anticipados o de ejecución inmediata no fueron producto del amparo sino de las medidas preventivas o anticipatorias que estaban contenidas en dicho juicio; pero lo cierto es, también, que el proceso constitucional permitió tramitar con la sola confrontación de la amenaza, y ante la *ausencia de otra vía judicial más idónea*, fue la vía pertinente para intentar la finalidad precautoria.[2898]

2898. Rivas sostiene, en lo referente al amparo, que "… de no prosperar, lejos está de cumplir una función cautelar pues la denegatoria no protege derecho alguno como es obvio; si la pretensión respectiva alcanza éxito, será porque se encontró el acto administrativo viciado de ilegalidad o arbitrariedad o inconstitucional a la ley en la que se sustentaba. Habrá entonces decisión definitivamente protectora, sin que ello obste a que la administración logre su propósito usando correctamente las posibilidades que le brinda el orden jurídico (por ejemplo, si confiscó, podrá recurrir a la expropiación); si, siguiendo la letra del art. 43, CN, no se considerará manifiesta la ilegalidad o arbitrariedad y con ello se desestimará el amparo, no habrá medida protectora alguna y faltará entonces el ingrediente presuntamente cautelar" (Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, pp. 21-22).

Jorge Rojas sostiene la posibilidad de atender al amparo como un modelo nuevo de tutela preventiva, proponiendo la introducción de modificaciones que permitan ubicarlo dentro de los procesos urgentes.[2899]

577.3 Los demás procedimientos preventivos

El desarrollo doctrinario de la denominada "tutela inhibitoria" fue producto de la doctrina civilista; buena parte de ella toma información y fundamentos del derecho italiano y francés en los que existen medidas similares a las que aquí se presentan. El derecho procesal, por su parte, ha discernido esta modalidad de tutela con otras denominaciones, pero a título general puede llamarse como "tutela de urgencia" o "procesos urgentes". Esta categoría permite dividir a las *medidas cautelares clásicas* de aquellas otras que se presentan nominadas como *cautela material*, incluyendo entre el grupo de las tutelas diferenciadas a las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias.

Cada una reporta una finalidad similar pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, poniendo entre ellas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no de los presupuestos generales de las medidas cautelares (es decir, de las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad).

En suma, la tutela inhibitoria no es más que una forma rápida y expedita de proteger un derecho amenazado a través de alguna de las modalidades procesales que facilitan los procesos urgentes. Se prefiere hablar de una protección sustancial como una manera de ampliar el horizonte de lo estrictamente civil y alcanzar así la tutela constitucional de los derechos, pero ello no modifica la conclusión que precede.

Ahora bien, este emplazamiento agiliza las facultades del juez en orden a la eficacia del servicio que presta; admite el criterio de la urgencia como pauta que fundamenta la postergación del contradictorio; pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento puede o no lesionar, alterar, modificar o restringir,

2899. Rojas, Jorge, "Un "nuevo" molde para el amparo", en *Revista de Derecho Procesal* N° 5, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 83-84.

con arbitrariedad o ilegalidad un derecho subjetivo o de incidencia colectiva. También resulta procedente cuando el daño o el peligro inminente afecta a un grupo indeterminado y el interés de estos se representa como derechos de incidencia colectiva o derechos de pertenencia difusa. En este supuesto, el amparo colectivo tiene mejor relación con la tutela inhibitoria.

En síntesis, así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando persigue abandonar su condición de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo con la realidad del conflicto y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano. En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; en pos de argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

Con este objetivo, la actuación de la voluntad legal pensada por Chiovenda cuando dio origen a nuestra ciencia, hoy sin variar absolutamente el cometido, encuentra que al lado de la tutela ordinaria surgen tutelas diferenciadas que podrían delimitarse en tres grandes categorías: la *tutela común*, la *tutela cautelar* y la *tutela constitucional*.

No se trata de utilizar la expresión "tutela" por un amor conceptual, o lo que es peor, como simple referencia terminológica, sino que se intenta elaborar una construcción dogmática capaz de contar con diferentes herramientas para la adecuada protección de los derechos, tomando en consideración sus peculiaridades y características y, principalmente, el papel que tiene destinado cumplir en la sociedad.[2900] La urgencia que se pondera (principio de proporcionalidad) y que cobra vida en el proceso con diversas manifestaciones, tiene en cada una de "las tutelas" un parecido con las medidas cautelares, pero sin serlo, laboran con el mismo concepto de "lo urgente".

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que se resuelvan cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, *v. gr.* embargo, secuestro, etc.) o anticipándo-

2900. Marinoni, Luiz Guilherme, "Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)", *Revista Dos Tribunais*, San Pablo, 1998.

se a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, *v. gr.* medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto del modelo clásico de confrontación entre partes.

Las modalidades referidas son las siguientes:

Actuación cautelar	• Medidas aseguratorias de prueba • Medidas aseguratorias para la ejecución • Medidas provisionales
Actuación urgente	• Acción preventiva • Sentencias anticipadas que definen la relación jurídica material (subsidiaria) • Tutela inhibitoria • Medidas de satisfacción inmediata (proceso autónomo)

578. Clasificación de las medidas cautelares

Frente a la evolución sumariamente descrita, y con fines de esclarecimiento, es menester abordar una clasificación de las medidas cautelares dispuesta de manera tal que impida su confusión con otras hipótesis de seguridad preventiva.

Nuestro ordenamiento procesal local no clasifica sino que 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 de contenido amplio y con fines propios, complementarios de las otras medidas, denominada *medida cautelar genérica.*

En la legislación provincial hay diversidad de enfoques. Los que adhieren a la corriente que lidera Carnelutti elaboran sus providencias cautelares desde el embargo tramitado como incidente o como un capítulo de las ejecuciones, al estilo de la teoría alemana. Otras provincias que siguen a Calamandrei dividen el aseguramiento del proceso y en particular de las pruebas; respecto de otras destinadas a resguardar el derecho verosímil del que pide.

Los autores nacionales, Alsina, Colombo y Podetti, numeraron clases de procesos cautelares utilizando los que conocían de leyes

procesales y aquellos que provenían de las normas sustantivas,[2901] aunque tomaron como pautas situaciones distintas. Alsina utiliza la finalidad del medio; Colombo distingue entre condiciones de procedencia (de peligro abstracto y concreto), el destino de su efecto jurídico, su vinculación con el proceso principal, su voluntariedad y su fuente. Finalmente, Podetti refiere al fin de las precautorias (bienes, pruebas y personas) y al nexo que tienen con las materias. Este último nos parece el más adecuado y, en ese sentido, pueden dividirse las medidas que enumeramos a continuación.

a. *Las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa*: embargo preventivo, inhibición general de bienes, intervención y administración judicial y anotación de litis.
b. *Las que previenen situaciones de peligro sobre los bienes o las personas*: prohibición de innovar, exclusión de hogar conyugal en la separación, guarda o protección de personas.
c. *Las que aseguran la producción anticipada de la prueba*, que en otras legislaciones lleva el nombre de *instrucción preventiva*.

578.1 Tutela común y tutela diferenciada

La discusión acerca de si es posible encontrar una pretensión autónoma cautelar que se agote con la decisión consecuente permitió elaborar otras proyecciones paralelas que, basándose en el derecho constitucional o en la expansión del objeto comprendido por el debido proceso, pensaron que la protección judicial tenía expresiones semejantes (la sentencia) pero asimétricas (las pretensiones).

Andrea Proto Pisani, cuando se refiere al proceso laboral, sostiene que aparece un modelo distinto al de la jurisdicción común, y le asigna dos sentidos: a) los procedimientos específicos de conocimiento destinados a resolver los conflictos que surgen de las relaciones materiales; b) los procedimientos sumarios que reducen el conocimiento porque tienen una urgencia particular en la decisión.[2902] A partir de ello, el tipo de con-

2901. Cfr. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, T. V, p. 453; Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. II, p. 206; Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 58.

2902. Proto Pisani, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo proceso del lavoro*, Napoli, Jovene, 2003, p. 66.

dena se ha de relacionar con el modelo ejecutivo de manera que el cumplimiento no sufra cortapisas derivadas de las imitaciones anteriores.

La reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente claro para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión "tutela diferenciada" es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia, emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional. Con esta orientación, la clasificación cobra sentido y espera esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales.

De otro modo, establecer formas diferenciadas no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado. Por ejemplo, dividir la tutela en *de conocimiento* y *de ejecución* no es tan real, porque la potestad jurisdiccional es "*notio*" más "*executio*", al punto que no se concibe resolver sin dar herramientas para el cumplimiento efectivo, sin tener que transitar por procesos distintos. Del mismo modo, separar la tutela cautelar de la ordinaria o de satisfacción es igualmente difuso, porque lo cautelar no tiene autonomía sino que salvaguarda el resultado del proceso al que adscribe.

Frente a estos inconvenientes, algunos aíslan el concepto y definen a la tutela diferenciada como

> … un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso.[2903]

No obstante, sostener que la diferencia proviene de su esencia como derecho exigible al legislador torna al derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica.

2903. Zela Villegas, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, *op. cit.*, p. 41.

Hay un gran dogmatismo presente en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse. Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

Así, una tutela sumaria puede dar la razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo.[2904] Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso civil, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (*v. gr.* el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal.

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma *cautelar* (previniendo o asegurando el objeto); *ordinaria* (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); *diferenciada* (conforme se interprete que existe un derecho especial a la satisfacción rápida); *ejecutiva* (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la *tutela preventiva* (cautelar pura o de cautelar material –tutela inhibitoria–) y la *tutela urgente* que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata). No obstante,en conjunto, si no está suficientemente clara en sus des-

2904. Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.* p. 50.

plazamientos provoca más inseguridades que certezas.[2905] De ello nos ocupamos seguidamente.

578.2 La tutela preventiva

La diversidad de acciones se puede enfocar desde la perspectiva de la función jurisdiccional y sus posibilidades; o desde la parte que las requiere en orden a las situaciones jurídicas subjetivas que presenta. Es decir, la dispersión de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo legislado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de la "material" y la "procesal".

Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces, ¿qué ocurre? La respuesta nos parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función que es "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar sus garantías. El problema está en que los esquemas no han variado y continúan aplicables principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, siguen tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre

2905. Es muy interesante la reflexión de Ramos Romeu cuando analiza las medidas de satisfacción inmediata y sostiene: "… no es difícil ver el inconveniente de las medidas autosatisfactivas. Primero, al generalizar lo que debe ser objeto de conocimiento del juez y permitir la tutela de cualquier tipo de pretensión, las probabilidades de que se produzcan errores judiciales se incrementan drásticamente. Está por ver si lo que se gana en celeridad está justificado por este mayor riesgo de errores. No está claro que en pretensiones complejas se vaya a poder otorgar una tutela rápida. Por muy rápido que se quiera ir, si el caso es complejo, para reducir el riesgo del error no quedará más remedio que demorar la decisión. Segundo, al eliminar la carga del demandante de instar un juicio sobre el fondo, se incrementa el riesgo de que su pretensión no tenga ningún fundamento y de que, en realidad, no sea deseable la tutela" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, p. 54).

todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran en realidad tienen precedentes conocidos, sólo que nominalmente se los ha conocido con denominaciones diferentes.

Actualmente, la acción preventiva se define como aquella "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción".[2906]

La insistencia de la doctrina influyó en el Código Civil y Comercial de la Nación, la instauró en su ordenamiento a partir del artículo 1710, que abriendo notablemente la legitimación para obrar en el proceso dispone:

> Artículo 1710. *Deber de prevención del daño*. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
> a. evitar causar un daño no justificado;
> b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
> c. no agravar el daño, si ya se produjo.
>
> Artículo 1711. *Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.
>
> Artículo 1712. *Legitimación*. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.
>
> Artículo 1713. *Sentencia*. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

2906. Peyrano, Jorge Walter, *La acción preventiva*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, p. 36.

La acción preventiva ingresa así al cúmulo de acciones diferenciadas con la ventaja de constituir una suerte de acción popular que actúa toda persona que acredite suficiente interés para prevenir un daño.

La petición procederá siempre que haya una acción u omisión antijurídica. Lo que debe ser antijurídico es la conducta del demandado –u omisión–, y en ese caso cabe restringir su libertad confiriendo primacía a la libertad del accionante para no ser convertido en víctima. El acto o actividad puede manifestarse como arbitrario o ilegítimo. La lesión puede ser actual o futura.[2907] En cambio, si el daño potencial tiene fuente legítima, sea por autorización administrativa o ley que permita la ejecución del perjuicio potencial, no hace viable la acción. Ello supone que la existencia de damnificados en potencia no es una condición necesaria para el progreso de una acción preventiva, pero sí lo es la posibilidad de que se consume la práctica de un ilícito[2908] para cuya concurrencia no es menester la consumación de un perjuicio.

Para Lorenzetti:

> El elemento activante de esta tutela es la simple posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza. Ello en términos de probabilidad objetiva de que la actividad antijurídica siga causando el perjuicio.[2909]

Para Matilde Zavala de González:

> A título de recaudo general de la acción preventiva, vale recalcar, se requiere que la amenaza de daño todavía no se hubiera concretado o que, al menos, el daño comenzado a producir todavía no hubiera concluido de suscitar efectos nocivos. La tutela preventiva, como es sabido, sólo reclama una situación fáctica actual, que objetivamente aparezca como idónea para generar un daño futuro, haciendo nacer así al potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular [...]. El demandante debe acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que,

2907. Marinoni, Luíz Guilherme, "Tutela inhibitoria, individual y colectiva", *Revista Dos Tribunais*, Sao Paulo, 1998, p. 41.

2908. Marinoni, Luiz Guilherme, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", en *El Derecho*, T. 186-1132.

2909. Lorenzetti, Ricardo Luis, *La tutela civil inhibitoria*, *LL* 1995-C-1217.

> causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquella. Debe tratarse de actos aún no realizados o susceptibles de continuar o reiterar el daño. Esta es sólo posible si no se produjo por completo el daño; si esto ocurrió, sólo resta resarcirlo. A título de recaudo general de la acción preventiva, entonces, se requiere que la amenaza de daño todavía no se hubiera concretado o que, al menos, el daño comenzado a producir todavía no hubiera concluido de suscitar efectos nocivos.[2910]

Finalmente, la culpa no tiene ninguna relevancia, ya que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura. No resulta menester la existencia de dolo o culpa en el destinatario de una acción preventiva para que esta pueda prosperar. Junto con otros motivos, se hace valer "que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura".[2911] [2912]

578.3 La tutela anticipatoria

En esta modalidad lo que se anticipa es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada.

En la legislación comparada, el Código de Proceso Civil de Brasil establece:

> El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado.

Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618 dispone: "Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a

2910. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T. 4, p. 433.

2911. Lorenzetti, Luis *La tutela civil inhibitoria*, *LL* 1995-C-1223.

2912. Göbel, Karin, "Tutela preventiva", en Gozaíni, Alfredo Osvaldo (dir.), *Cuestiones Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018, Cap. XXVII.

evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

Se transcriben ambos artículos para confrontar las tendencias recién dichas. Cuando se quiere anticipar la pretensión, la provisionalidad es la característica y la posibilidad de reversión, la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (*v. gr.* pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento.[2913]

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (*v. gr.* alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias*, propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como *cosa juzgada anticipatoria.* En estas la *res judicata* opera cual los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento (*v. gr.* los ahorristas que percibieron por anticipado los fondos depositados que estaban afectados por la Ley de Emergencia, al declararse la constitucionalidad de las normas, deberían devolver lo percibido –más allá de la ecuación que resolvió la Corte que, en la práctica, igualó las diferencias–; pero si demuestran que se consumieron o que no los tienen, los bancos sólo podrían reclamar la devolución por medio del instituto de la ejecución de sentencias, usando al pronunciamiento como título ejecutorio).

2913. Para Berizonce, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre "el peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares (Berizonce, Roberto, "Tutela anticipada y definitoria", *JA*, 1996- IV-741).

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo, la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta y la posibilidad de revertir el anticipo, un elemento esencial para el test de admisión.

Falcón, por su parte, separa la tutela anticipada de "carácter cautelar", de la que tiene "carácter sustancial". En las primeras, la diferencia con las medidas cautelares típicas aparece porque estas no miran el logro inmediato de la pretensión, sino la obtención de una protección actual e inmediata de la pretensión que impida que la sentencia se haga de cumplimiento imposible; mientras que en las segundas hay un sistema donde existe peligro en la demora y una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, que favorecen para alcanzar una decisión.[2914]

Sin embargo, el autor agrega:

> ... la real diferencia entre las medidas cautelares y los sistemas cautelares de anticipación de la tutela se encuentra en el efecto de la medida sobre la pretensión y ello se da con independencia de que la cautela coincida con la pretensión. [2915]

Respecto a la tutela anticipada sustancial la define como "... aquella en que la ley establece reglas o permite lograr la pretensión de manera rápida, sin necesidad de articular un proceso de conocimiento o de completarlo".[2916]

La doctrina no está muy de acuerdo con que sean medidas distintas, pues le encuentran caracteres comunes como: a) la finalidad de asegurar la idoneidad del proceso, y dar una respuesta provisional de satisfacción; b) ninguna produce efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; c) no causan instancia ya que exigen la reversión en caso de un

2914. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 809.

2915. Ibídem, p. 810.

2916. Ibídem, p. 823.

pronunciamiento contrario a la verosimilitud encontrada *ab initio*, y d) ambas son de ejecución inmediata.[2917]

Contradicción dogmática que Rivas responde con varias y fundadas diferencias:

> *a)* Las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse. Nunca pueden significar la satisfacción de la pretensión. Las anticipatorias preservan directamente el derecho y producen la satisfacción total o parcial de la pretensión antes del pronunciamiento definitivo; *b)* Las medidas cautelares proceden ante el peligro (peligro en la demora) de frustración de los efectos del fallo, en situaciones o conductas demostrativas de su existencia o que permitan presumir tal riesgo. Es decir que el riesgo es resultante de factores externos al derecho y su naturaleza. En las anticipatorias el riesgo o peligro proviene de la sola indisponibilidad del derecho; *c)* Como las cautelares no son satisfactivas de la pretensión resultan ajenas al problema de la irreversibilidad de la prestación correspondiente, extremo que debe ponderarse necesariamente en las anticipatorias; *d)* Al estar apuntadas a preservar el fallo, las cautelares son instrumentales respecto de la pretensión principal, las anticipatorias hacen a la misma pretensión principal, constituyen una modalidad de satisfacción escalonada de aquella, conformando en este sentido, el primer peldaño –declaración de procedencia provisional– al que deberá seguir el de condición definitiva coincidente o divergente de la anterior; *e)* Las medidas cautelares, si bien aparecen normalmente previstas a favor del demandante, pueden también ser requeridas por la parte demandada; las medidas anticipatorias, desde que satisfacen la pretensión, solamente pueden jugar en beneficio del primero. No pueden operar a impulso de la defensa o la contradicción pues importarían imposibilitar liminarmente el triunfo de la pretensión; *f)* Las medidas cautelares se basan en la existencia de verosimilitud del derecho; las soluciones anticipatorias se dan ante un grado sumo de verosimilitud, con la consecuente intensidad de convicción, prácticamente ante la cuasi certeza del derecho y el mérito de la pretensión de fondo; *g)* Las medidas cautelares están sujetas al *rebus sic stantibus* ya que perduran en tanto ocurra lo propio con las circunstancias que justificaron su dictado. Las medidas anticipatorias, como principio general, están previstas para tener permanencia hasta la sentencia definitiva, es decir que aquellas tienen "vocación" de transitoriedad, en tanto que estas, por el contrario, la tienen de perdurabilidad; *h)* [...] Las

2917. Bomfim Marins, Víctor, *Anticipaçao da tutela e tutela cautelar*, Curitiba, Jurua, 2001, p. 563.

> cautelares no admiten que por esa vía se llegue a establecer la certeza del derecho sustancial invocado, consecuencia ineludible de las anticipatorias; *i)* En las medidas cautelares, la contracautela apunta a cubrir los daños causados a ellas. En las anticipatorias, sin perjuicio de esa finalidad, está prevista con un objetivo restitutorio de lo percibido u obtenido; *j)* Las medidas cautelares admiten ser sustituidas por otras (mutabilidad); esa característica no puede darse en las anticipatorias pues aplicarlo importaría cambiar el objeto mismo de la pretensión.[2918]

El debate sobre su configuración es ríspido por las acusaciones de autoritarismo judicial, o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo sin advertir que nuestra legislación procesal, tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como "despacho interino de fondo". Este grupo está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria, que resulta definida como:

> … la que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito.[2919]

2918. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, pp. 31-32.

2919. Carbone, Carlos, "Los despachos interinos de fondo", en Peyrano, Jorge Walter (dir.), *Sentencias anticipadas*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 89; Marinoni, Luiz Guilherme, "La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño", *Jurisprudencia Santafesina*, N° 25, pp. 17.

En funcionamiento la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato y el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propio de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un álea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia.[2920]

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie. La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de ello surge con el juicio de escrituración, donde el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del bien objeto del juicio principal, pero donde el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque la esencia de este mecanismo es la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

2920. La doctrina coincide en señalar que la inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio deben demostrarse sumariamente, o bien surgir de los hechos narrados, o ser estos de conocimiento público (cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 863).

578.4 La tutela de satisfacción inmediata

El principio de bilateralidad supone que cuando alguien pide ante los jueces se escucha a la otra parte para que, confrontando razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa. A veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, esa posibilidad de oír al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da posibilidad de réplica u oposición. En las llamadas "medidas autosatisfactivas", que nosotros preferimos llamar de "satisfacción inmediata", el problema está en que trabaja sobre un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve, no hay tiempos para la bilateralidad, no hay espacios para la provisionalidad. No obstante, ¿son ciertas estas observaciones?

Jorge Peyrano, de algún modo el padre de la institución, explica que las medidas autosatisfactivas son:

> … un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.[2921]

Mabel De los Santos coincide con la anterior definición y las concibe como:

> … soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible.[2922]

2921. Peyrano, Jorge Walter, "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución", y "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas" en Ídem (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 16 y p. 27 respectivamente.

2922. De los Santos, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p 55; Ídem.: "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", en *JA*, 1997-IV-801.

Joan Pico i Junoy, por su parte, sostiene:

> … se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más.[2923] El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida[2924] o al proceso declarativo posterior[2925] (la elección de una vía defensiva excluye la

2923. Calderón Cuadrado advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (Calderón Cuadrado, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1992, p. 80).

2924. El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (cfr. Gardella, Luis Luciano, "Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos", en *JA*, Nº 6119, 9 de diciembre de 1998, p. 18; o Riol, María Inés, "La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas", en *Medidas autosatisfactivas*, *op. cit.*, p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (cfr. Riol, María Inés, "La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas", pp. 360-361; y García Solá, Marcela, "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite", en *Medidas autosatisfactivas*, *op. cit.*, p. 287).

2925. En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y este opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Solá mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida esta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" ("Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite", *op. cit.*, p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquel y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e

otra). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia

improcedente, sí podría iniciar un posterior juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" ("La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas", *op. cit.*, pp. 361-362). Según Joan Pico, ambas autoras incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactivas a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dio lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse –imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado– si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si estas eran de escasa intensidad, etc. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de esta, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido –como indican García Sola y Riol– a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aun discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar. La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez (cfr. Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 97-98 -notas 267 y 115-).

del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado.[2926] [2927]

La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparece en pocos ordenamientos.[2928] En este sentido se exponen los siguientes requisitos: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de estas,en cuyo caso no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida auosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir

2926. Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Sâo Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 75. De igual modo, ver Bedaque, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Sâo Paulo, Malheiros, 1998, pp. 24/26.

2927. Pico i Junoy, Joan, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del derecho procesal?", *op. cit.*, p. 2.

2928. Sin contar la medida cautelar genérica que podría ser el precedente, lo cierto es que tienen medidas de satisfacción inmediata el Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (art. 232 *bis*, agregado por la Ley N° 4559); y la provincia de La Pampa que lo regula como tutela anticipada en el art. 231.

un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.[2929]

Ramos Romeu encuentra que esta medida:

> … comparte similitudes con la tutela sumaria –en tanto y en cuanto requiere un control estricto e intenso del juez de la pretensión y no requiere la interposición de una demanda posterior–, y con la tutela cautelar –en cuanto a la urgencia y el riesgo de un perjuicio irreparable–, aunque las similitudes son menos fuertes respecto de la segunda, que respecto de la primera –porque ni la urgencia ni el perjuicio irreparable son requisitos necesarios de la tutela cautelar–. Por este motivo, es mucho más parecido a un proceso sumario, en que la vuelta de tuerca está en la posibilidad de tutelar cualquier tipo de pretensión y sin que se limiten los elementos de cognición.[2930]

Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada. La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre el carácter fidedigno del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar con la mayor celeridad posible para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean estos quienes decidan da lugar a la cuestión siguiente: ¿es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una

2929. Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco.

2930. Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, p. 54.

etapa de bilateralidad, se resuelve –a nuestro parecer– la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿se trata de oír, nada más?, ¿se puede ofrecer prueba en contrario?, ¿la petición de medidas de satisfacción inmediata requiere pruebas que acrediten el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato (*v. gr.* si se realizó como prueba *ante tempus* una experticia que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un desecho industrial, y practicada dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear, cual si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones; cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal si fuese propuesta como demanda central de la prueba antes producida).

Por tanto, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso es preciso advertir que la bilateralidad (la existencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente), y que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene en resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta, o en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia.[2931]

2931. Para Falcón: "La medida autosatisfactiva es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforme en definitivo. De lo contrario quedaría flotando en la nada, si bien en los hechos se hubiese satisfecho el interés del requirente. Si no se sigue el proceso de conocimiento, ya sea planteándolo el requirente o mediante una intimación al requerido para que apele a medida (ya que en principio la medida autosatisfactiva no caduca, ni se extingue,

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional: a) aceptar que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en este se debiera plantear supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, pues esta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional; b) si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

579. Presupuestos de las medidas cautelares

La procedencia de las medidas cautelares depende de tres condiciones; dos de ellas objetivan el requerimiento y lo tornan procedente, siempre con un amplio margen de discrecionalidad judicial. La restante tiene como finalidad garantizar al afectado por los perjuicios eventuales que sufra por el abuso de derecho; este último, por lo tanto, antes que una condición para que procedan las medidas cautelares es un presupuesto o gravamen de exigencia formal.

Los *presupuestos objetivos* son dos: a) la verosimilitud del derecho y b) el peligro en la demora. El *presupuesto subjetivo* se denomina *contracautela*.

---

debido a la anticipación tutelar), ejerza los derechos que le correspondan bajo apercibimiento, podría solicitarse durante todo el tiempo de la prescripción, el reclamo por pago de lo que no se debe, o devolución de la pretensión otorgada. Debido también al hecho de que la medida se toma *inaudita pars*, el perjudicado por la medida tiene derecho, también durante todo el tiempo de la prescripción, a reclamar su derecho, si no es cerrado el proceso debidamente con el debate dialéctico correspondiente" (Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 887).

579.1 Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*)

Cualquiera sea el objetivo cautelar, es ineludible acreditar que el derecho que se esgrime tiene suficiente respaldo y fundamentos jurídicos para tener una lógica expectativa a una sentencia favorable. El humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o apariencia suficiente de la razón se convierte en el presupuesto principal, porque sería arbitrario conceder una cautelar sin este requisito.

La apariencia fundada de actuar con derecho y razón se refiere a la posibilidad jurídica de lograr un pronunciamiento final que le conceda el éxito, sin que esa verosimilitud sea el motivo de la pretensión cautelar, sino el respaldo que la sostiene.

El análisis judicial sobre la pretensión cautelar determina la provisionalidad de la decisión. Es cierto que hay una cognición limitada y sin otro apoyo que la credibilidad primera, mas siempre existe conocimiento y la resolución supone ejercer una actividad propia del juzgamiento o de la ejecución, pero en etapas distintas. En tal sentido, este presupuesto asienta, principalmente, en la etapa de proposición, cuando el juez recibe la demanda principal con un capítulo inserto donde se pide la precautoria, o en una acción anterior que se peticiona con las responsabilidades de comenzar el juicio principal tiempo después de ordenada y trabada la medida cautelar.

Es un juicio provisorio que tiene en cuenta las probabilidades de éxito sobre la base de las certezas objetivas que surgen de los hechos y el derecho, *prima facie*, aplicable.

Así lo explica Calamandrei:

> … un juicio de investigación sobre el derecho. La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que esa existencia del derecho aparezca verosímil, sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal, declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.[2932]

2932. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 77.

Este tiempo es el de la verosimilitud. Esto es así porque, tras el debate técnico, las presunciones habidas por reconocimiento ficto, o por el silencio o las evasivas allí donde hay una carga de expedirse permiten también que se dicten medidas cautelares, pero ellas no son por la verosimilitud derivada, sino por los efectos consecuentes de una norma legal que autoriza la cautela. Por eso, la verosimilitud del derecho no es un juicio a futuro, sino la decisión inmediata que se toma ante la pretensión dispuesta con la demanda o en un incidente autónomo.

En consecuencia, el *fumus bonis iuris* no es producto de presunciones legales o judiciales, como resulta cuando el litigio tramita con la rebeldía del accionado; cuando el demandado no contesta y permite que actúen las ficciones legales con sus consecuencias; o bien, en la confesión judicial motivada por la prueba de absolución de posiciones, o en la sentencia de primera instancia favorable a una de las partes que, *prima facie*, acierta en un sentido determinado. Estos son efectos que permiten solicitar medidas precautorias con otro fundamento. La particularidad asienta en que la sentencia cautelar se apoya en un derecho que se considera bastante. Es un juzgamiento *prima facie* en el que algunos observan cierta dosis de inconstitucionalidad porque "prejuzga" en el principal, teniendo en cuenta para ello que lo precautorio es un instrumento de garantía y eficacia para el proceso principal. Quizás, basados en esta preocupación, algunas legislaciones evitan decretarlas *inaudita pars*, como sucede en Brasil y Perú.[2933]

2933. El proceso cautelar ordinario se resuelve sin oír a la otra parte, pero en el procedimiento cautelar *especial* del Código Procesal Civil del Perú (previsto para obtener una medida cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los Gobiernos locales o regionales), dispone que la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada por el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debe ser notificada a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la admite "… lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso; se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación es resuelta por la Corte Suprema. Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales realizados por los Gobiernos locales y regionales, ha puesto

Sin embargo, la provisoriedad del examen de admisión no juzga los hechos de la causa sino la necesidad de asegurar un resultado futuro. De aquí la mentada instrumentalidad del proceso cautelar que mediante la actividad preventiva quiere resguardar la eficacia del resultado final.

El problema siguiente es deducir si el conocimiento preliminar tiene un fin en sí mismo que permita disponer medidas provisionales de oficio, porque si el objetivo es escudar la vigencia del pronunciamiento final de modo que pueda ser ejecutable, esto podría ser interés del tribunal sin necesidad del impulso o la disposición de la parte.[2934]

Esta es una visión que trasciende el espacio de los derechos disponibles para quedar instalada en las funciones jurisdiccionales o en el poder del que juzga. Son resoluciones que apremian la aplicación de lo resuelto, antes que la bonificación al que pide por un derecho que se considera verosímil.

Estos son los prolegómenos que presenta el *fumus bonis iuris*; la doctrina clásica, que teoriza con las providencias cautelares (siguiendo a Calamandrei), lo radica entre los presupuestos objetivos. La finalidad se toma mirando al proceso al que sirve y cuanto mayor sea la certeza, lo provisorio (*v. gr.* impedir la venta de bienes; informar del juicio pendiente sobre la cosa a eventuales terceros adquirentes; etc.) puede tornar en sentencias anticipadas (*v. gr.* alimentos provisorios; prohibición de innovar; medidas innovativas; etc.).[2935]

---

en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar" (cfr. Salcedo Cuadros, Carlos, "La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales", en *Actualidad Constitucional*, N° 172, pp. 175 y ss.). En Brasil, la citación es indispensable para ordenar medidas cautelares (art. 802, CPCCN) y debe ser requerida por el actor; se sustancia por cinco (5) días (cfr. Bomfim Marins, Víctor Alberto, *Tutela Cautelar, teoría geral e poder geral de cautela*, *op. cit.*, p. 285).

2934. Por ejemplo, el art. 797 del Código de Proceso Civil de Brasil, dice: "Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, determinará el juez medidas cautelares sin audiencia de las partes".

2935. Peyrano establece una suerte de jerarquía o gradación de la verosimilitud: "... la del derecho material alegado, que es propio de la medida cautelar; 'la fuerte probabilidad' que es característica de la medida autosatisfactiva; la 'certeza suficiente' que exige el despacho de una sentencia anticipatoria y, finalmente, la 'certeza indisputable' que signa la emisión de una sentencia de mérito" (Peyrano, Jorge Walter, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas auosatisfactivas", en *IUS ET VERITAS*, N° 15, p. 24.

Desde otra perspectiva, la verosimilitud del derecho puede servir para que el órgano jurisdiccional, en la senda de los artículos 18 y 43 de la Ley Fundamental, adopte medidas preventivas (*v. gr.* cesar los efectos contaminantes del residuo industrial; suspender la ejecución de un acto mientras se discute su constitucionalidad; etc.) sin que las partes lo pidan, porque la eficacia que se quiere conseguir es de la sentencia, y la actividad no dispuesta oportunamente puede tornar irreversible el accionar de la justicia.

Interesa agregar que el juez no debe perseguir la certeza, porque aquella 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 le es suficiente "la apariencia fundada del derecho", lo que equivale a responder acertivamente a la viabilidad jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema.

> La comprobación del derecho se realiza "sumariamente". El interés que justifica cada medida, sea por el temor a ver frustrado el objeto, o la misma urgencia que ella manifieste, permiten disminuir o suprimir la instrucción y demorar la participación de uno de los interesados hasta que la medida se haya trabado. Dado que la finalidad práctica de las cautelares es asegurar el cumplimiento eventual de una sentencia de condena, la superficialidad o periferia en el estudio de la *causa petendi*, autoriza a decidirlas sobre la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en el proceso.[2936]

Para justificar la apariencia de buen derecho no se requiere más que exponer los hechos. En los supuestos de contenido patrimonial, la verosimilitud se aprecia conforme con procedimientos especialmente reglamentados que veremos al discurrir sobre el trámite cautelar. Si fuesen procesos de otra naturaleza (*v. gr.* incapacidad, cuestiones de Estado, etc.), la procedencia se dispone sobre los presupuestos que cada acción requiere y que, por lo general, abastecen la demostración inmediata del daño potencial e inminente que importan.

2936. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 63; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 32.

579.2 Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Así como sin verosimilitud no es posible decretar medidas precautorias, también la urgencia en hacerlo se fundamenta en ella. El perjuicio irreparable da motivos suficientes para ordenar lo que se pide, sea para conservar el estado en que se encuentra o para impedir otras situaciones irreversibles.

El requisito se debe acreditar objetivamente. No es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante, sino que primala derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Sin embargo, el Código Procesal no considera de igual manera este requisito previo de admisibilidad. En algunas oportunidades impone explícitamente el "peligro en la demora" (art. 210, inc. 1: embargo preventivo que peticiona el coheredero, condómino o socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, respectivamente); o en el caso de la prohibición de innovar, cuando el artículo 230, inciso 2, dispone que procede, siempre que "Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible". En otras oportunidades, solamente la sugiere en términos distintos como *urgencia o circunstancias graves* (*v. gr.* art. 235, la guarda de personas debe ser decretada "... cuando existiese urgencia o circunstancias graves..."). En la medida cautelar genérica, en cambio, opta por referenciar a "perjuicios inminentes o irreparables" (*v. gr.* art. 232).

Las fórmulas emprendidas no cambian el temperamento del riesgo cierto e ineludible; se trata siempre de un conocimiento objetivo sobre la incidencia del tiempo en el proceso que nos permite coincidir con Palacio cuando afirma que las denominaciones contenidas en las normas mencionadas "... implican el otorgamiento a los jueces de un arbitrio extraordinario que deben ejercer conforme a las valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad de la que son órganos y con las limitaciones emergentes del ordenamiento jurídico".[2937]

2937. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 35.

O como dice Rivas:

> … el peligro no es que se produzca la demora pues este es un hecho inexorable y no por ello corresponderá que se decrete cautelar en todo pleito. El peligro consiste en que durante la demora ocurran hechos que puedan hacer que la sentencia no pueda hacer sentir los efectos buscados por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional (por ejemplo, que se produzca la enajenación del bien en litigio, su deterioro o destrucción, la pérdida de solvencia patrimonial del deudor, el cambio de situaciones jurídicas o de hecho).[2938]

Así como en la verosimilitud se habla de prueba manifiesta de producción innecesaria por ser evidente o no exigir actividad en tal sentido; en el *periculum in mora* la acreditación del riesgo no supone el deber de investigar y demostrar que la persistencia del estado litigioso es el motivo central que funda la admisión; en realidad, lo que se tiene que poner en evidencia es la realidad que está comprometida con la controversia, la que por ser multifacética permite obrar con discrecionalidad y prudencia.

A veces, el impedimento del requisito no se trata por la solvencia evidente del deudor que resiste en una causa de contenido patrimonial, sino del contenido del problema que obliga a dejar las cosas en el estado en que se encuentran (*v. gr.* el aumento del capital social dispuesto en la asamblea societaria como mecanismo de socavar el peso del voto del socio minoritario no se resuelve con la matemática de reparar en dinero el perjuicio, sino con la medida oportuna que prohíba el abuso hasta que se resuelva con la sentencia de fondo); otras veces, el peligro de continuidad es evidente, como la suspensión de prestación de asistencia médica a un enfermo que requiere atención diaria (*v. gr.* diabético; enfermos renales con tratamiento de diálisis; Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y provisión de drogas, etc.).

En la doctrina se toman como elementos de ponderación los que reglamentan los ordenamientos procesales, de forma tal que el peligro en la demora se confunde con los motivos que la ley impone. En cambio, la doctrina española más calificada prefiere clasificar las situaciones de riesgo en aquellos:

2938. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 48.

a. que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica;
b. que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica) o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad;
c. que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe, que lo ha inscripto a su favor);
d. de inefectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.[2939]

La duda más importante que tiene este presupuesto general de admisión de las medidas cautelares está en la posibilidad de ser aislado de la verosimilitud y permitir que trabaje con independencia.

Si bien es cierto que el Código Procesal presenta ambos presupuestos vinculados en la etapa de admisión, no es posible descartar que el peligro en la demora puede 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 desde el comienzo; sin perjuicio de la condición instrumental que asume la cautela para robustecer el carácter ejecutivo de las decisiones judiciales.

Como acontece en la verosimilitud del derecho, también en este recaudo la ley procesal contiene disposiciones que, ante la simple presentación de la parte, la ordena por darse el encuadre circunstancial previamente determinado. Es el supuesto del artículo 209, inciso 1, que

2939. Ortells Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela cautelar en el derecho español, op. cit.*, p. 14.

admite la procedencia al embargo preventivo cuando "el deudor no tenga domicilio en la República", y del inciso 5 respecto de aquel que…

> … aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.

En tal sentido, excepto el caso de previsiones ya establecidas, el riesgo de alterar el objeto procesal con la continuidad de las actuaciones sirve como ejemplo y testimonio para la autonomía del recaudo. Un ejemplo habitual se da en el contencioso administrativo con la suspensión cautelar de la ejecución del acto (*v. gr.* impugnación judicial del reglamento que suspende su ejecutividad hasta que se esclarezca con la sentencia); pero hay otras cuestiones que exceden la disputa común entre partes, donde el conflicto resiente derechos constitucionales cuyo mantenimiento y continuidad no es posible obstruir. En esta situación, como en otras similares por su entidad y trascendencia, la urgencia adquiere singularidad y no debe ser vista como paliativo de las demoras del proceso (que es cuando resulta simultánea con la verosimilitud en el derecho), sino como un elemento fundamental para resolver la protección urgente que se deduce.

579.3 Contracautela

La contracautela o caución, en realidad, no es un presupuesto de admisión, sino de procedencia formal, al constituir 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 CN), frente a la medida que se decreta con base enuna *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. 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".[2940] En consecuencia, la falta de prestación de la caución o, en su caso, la insuficiencia de esta, no constituyen circunstancias decisivas que determinen, necesariamente, la revocabilidad de la medida decretada, tan sólo se podrá postergar hasta que se afiance o garantice la responsabilidad por la ejecución.

En la exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley N° 1/2000), siguiendo el temperamento poco resistido de la contracautela, como garantía de respuesta y solvencia para el embargado que puede sufrir perjuicios abusivos o innecesarios ante la medida ordenada, se justifica como "factor fundamental imprescindible",[2941] tornando lo que para otros era un presupuesto no esencial[2942] en algo que puede parecer un freno contra los abusos.

El artículo 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 artículo 208 del mismo ordenamiento, respecto a la responsabilidad que tiene el que requiere una medida cautelar y 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 el perjudicado reclame.

El criterio legal desdibuja el sentido dogmático de la contracautela, al instalar el presupuesto como una herramienta jurisdiccional indirecta (es una admonición o apercibimiento), que trabaja con la coacción o la amenaza, cuando no con la exagerada cuantificación del riesgo, que tornan de imposible cumplimiento lo que es un derecho del que obtiene la prevención. En efecto, en su parte pertinente, el código sostiene que "la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar" (art. 199). Es decir, la misma norma pone en crisis al sistema cautelar porque

2940. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares, op. cit.*, p. 69.

2941. Cfr. Fundamento XVIII y arts. 728 y 737.

2942. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. II, p. 731.

suma cuestiones que en la práctica debieran ser optativas de un sistema de responsabilidad. Dicho esto en el sentido de las dos vías que se tienen para ordenar una fianza previa a que se trabe la precautoria.

Una transita el camino del *derecho a la tutela cautelar* que expusimos en los parágrafos precedentes. La idea central es que se asegure un resultado, o se resguarde el estado de cosas, bienes o personas, para que el proceso tenga efectividad y certeza futura. De este encuadre, las medidas cautelares (y también las tutelas de urgencia) estimulan la adopción de medidas idóneas y útiles a los fines antedichos. Así, la contracautela debiera ser el reaseguro del afectado por la conducta abusiva, que trabajecomo una multa procesal, sumado a los daños y perjuicios (inciertos y que debieran ser probados en proceso autónomo) derivados de la responsabilidad emergente.

La otra vía es *responsabilizar el uso abusivo de las medidas cautelares*, que lleva al objetivo de indemnizar a la víctima, en cuyo caso la suma de multa e indemnización es una posibilidad de práctica difícil pero no imposible.

La caución de "costas" más "daños y perjuicios" reúne ambas direcciones pese a que el dispositivo legal pareciera estar en el curso de la primera senda, con la particularidad de que obstruye claramente el objetivo cautelar. De algún modo, es la diatriba entre resolver si la "contracautela" es siempre exigible y ejecutable; o si puede ser un presupuesto no esencial, canjeable o sustituible por otros mecanismos.

Cuando la tutela cautelar se objetiva y persigue con fines propios, ya sea poniendo libertades para que la certeza posible permitala actuación plena e inmediata, o disponiendo, además, que se acredite el peligro en la demora para evitar el perjuicio irreparable, en estos casos (que es el sistema cautelar federal) la contracautela, si bien resulta un plus de la seguridad que reporta el sistema de la responsabilidad por el abuso (art. 208), no puede ser la causa de frustración. En cambio, si lo que se quiere es tener un instrumento con el cual perseguir al que violenta el principio de moralidad procesal y comete abuso con las medidas cautelares, habrá que penalizar y castigar conjuntamente, como puede resultar del mecanismo del citado artículo 199.

De inmediato surge la pregunta: ¿cuál es el importe de la contracautela? Porque de su respuesta depende la conexión clara entre multa y responsabilidad. De ello nos ocupamos apenas poco más adelante;

pero el interrogante permite contestar con dos parámetros: a) se deja a la discrecionalidad judicial; o b) se dan pautas para su fijación.

Por eso, algunos se han planteado si la caución no debiera ser calculada sobre la base de los daños que pudiera sufrir el actor sino puede ejecutar la medida cautelar,[2943] en lugar de ponderar una indemnización que no tiene bases ciertas, y menos aún, sumar una multa que tiene como único sustento la prudencia judicial (en cuyo caso, se pierde objetividad porque, si se trata de prevenir el abuso, el monto podrá ser exorbitante; mientras que la facilitación de cautelares podría requerir una simple caución juratoria con su carga de imprevisión e inseguridad).[2944] Inclusive, tampoco es suficiente dar dos opciones, porque con buen tino Ramos Romeu advierte que hay, al menos, cuatro alternativas:

> Una primera para solucionar el problema consiste en hacer *responder a un tercero* que tiene un patrimonio suficiente para responder por los daños que se pueden causar y tiene capacidad de controlar los daños o controlar al agente causante de los daños. En este caso el tercero tendría incentivos para controlar la actividad del solicitante de forma que sólo se solicitaran medidas óptimas [...]. Una segunda alternativa es *regular la tutela cautelar* de forma que sólo puedan obtenerse medidas cautelares en casos en que el solicitante vaya a poder hacer frente a los daños que puede causar la misma [...]. Una tercera alternativa sería *exigir que el demandante aportara datos suficientes acerca de su solvencia* para poder solicitar la medida cautelar [...]. Una última alternativa sería *obligar al solicitante*

2943. Ortells Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela cautelar en el derecho español*, *op. cit.*, p. 112.

2944. Ramos Romeu realiza un estudio jurídico-económico de la caución, que responde a nuestro interrogante con las siguientes ideas, "Para establecer el monto de una caución son necesarias tres condiciones. *Primero*, que existan medidas que no sean óptimas. Si no existieran medidas que no fueran óptimas, entonces serían innecesarios el control del juez, el sistema de responsabilidad y la caución. Bastaría con que se solicitaran las medidas para que fuera deseable adoptarlas. *Segundo*, que existan demandantes que no sean solventes. En efecto, si todos los demandantes fueran solventes, entonces bastaría con el sistema de la responsabilidad para hacer que los demandantes solicitaran medidas sólo cuando fuera óptimo hacerlo. En estos casos serían innecesarios el control del juez y la caución. *Tercero*, que el juez no tenga información acerca de si la medida es óptima. Si el juez tuviera información acerca de si la medida es óptima, entonces bastaría con que controlara las medidas que se solicitan y sólo permitiera las óptimas. En estos casos serían innecesarias la responsabilidad y la caución. En definitiva, es una conjunción de factores lo que hace deseable la instauración de esta institución" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, pp. 305-6).

de tutela cautelar a asegurar obligatoriamente la responsabilidad derivada, mediante el pago de una prima.[2945]

a. *Destino de la contracautela*: pese a que la caución se dirige a responder por todas las costas más la eventual indemnización de daños y perjuicios, la doctrina condiciona la ejecución directa. Palacio dice que ella 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.[2946]
Rivas aclara:

> … la responsabilidad que asume quien la obtiene no se limita al alcance económico de la contracautela pudiendo excederlo, sino que esta proporciona una garantía concreta sobre la cual se puede operar para lograr la consiguiente compensación. De tal manera, los bienes comprendidos en la garantía quedan sujetos a tal objetivo, solución que se obtendrá haciendo que sobre ellos pese una medida judicial.[2947]

En esencia la contracautela es una garantía, con la particularidad de que para ejecutarla no es suficiente que se haya prestado, sino que debe actuarse sobre ella con acciones directas. Al ser una expensa provista para responder por una responsabilidad objetiva emergente de una actuación revocada por abuso o negligencia culpable, el afianzamiento se debe continuar en la determinación del monto del perjuicio, a cuyo fin el beneficiario ha de requerir el embargo pertinente.
En cuanto a las costas, que por vía de principio se liquidan en la etapa de ejecución, o mediante la sustanciación de la cuentas de gastos, la imputación de la contracautela tiene similar procedimiento. Primero hay que embargarla y después ejecutarla.
La seguridad que aporta la caución solamente beneficia a las partes, de modo tal que, cuando la medida trabada perjudica a un tercero, e incluso, si esta deduce una tercería, los daños y perjuicios que *a posteriori* se reclamen deben ocurrir en un

2945. Ibídem, p. 308.
2946. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 37, nota 51.
2947. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 55.

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 artículo 208 parte final del código de rito.

Finalmente, corresponde aclarar que la garantía exigible no es una fianza como la dispuesta en el Código Civil y Comercial; esta se constituye en favor del acreedor, mientras que la contracautela la presta quien pide una medida cautelar. La fianza civil tiene requisitos que no son necesarios en el aseguramiento, por ejemplo, que no tenga domicilio en el lugar de cumplimiento de la obligación o por quien carezca de solvencia pero se encuentre amparado por el beneficio de litigar sin gastos.[2948]

b. *Exención de la contracautela*: 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 Código Procesal 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. 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 artículo 199 ("Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica"), porque sería una contradicción

2948. Ibídem, p. 57.

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 este último ya se otorgó o se encuentra en trámite. En el primer caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como la 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 curso, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta.

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 procedente.

c. *Monto de la contracautela*: el importe que se debe caucionar queda librado al arbitrio judicial. Es el juez quien resuelve la calidad y el monto, a cuyo fin ha de tener en cuenta la intensidad de 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 iuris*, 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 sólo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que la norma procesal dispone. 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 establece: "En los casos de los artículos 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, se puede ofrecer la garantía de un bien inmueble o mueble registrable propio sobre el cual constituir 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 artículos 207 –sobre caducidad de las medidas– y 208 –responsabilidad– del Código Procesal. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse el carácter provisional y aún revocable que tienen las medidas precautorias.

d. *Mejora de la contracautela*: el artículo 201 establece:

> 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, aunque el juez puede disponerla sin más trámite cuando se trata de ampliar una cautela ya otorgada. Existen múltiples circunstancias que inciden en las disposiciones que pueden ordenarse en este tema. Vayan, como ejemplos, algunas cuestiones jurisprudenciales que orienten al respecto:

El hecho de que el bien ofrecido para satisfacer la contracautela se halle hipotecado, no es suficiente para desdeñarlo, pues en la medida que su valuación exceda, al menos iguale, el monto del crédito garantizado con más la cifra fijada como caución, no se aprecia reparo que lo torne insuficiente. Es improcedente la contracautela o su mejora, si el bien se encuentra hipotecado a favor de quien la solicita.[2949]

La modificación de la contracautela debe basarse no sólo en la mayor o menor verosimilitud del derecho y en las circunstancias del caso, sino también en la magnitud del menoscabo patrimonial que eventualmente pudiera derivarse.
La decisión judicial que admite o deniega el incidente de mejora de la contracautela se notifica *ministerio legis* lo que parece un contrasentido con lo dispuesto en el artículo 180, que manda notificar por cédula o personalmente la admisión de un planteo incidental. En todo caso, suponiendo que se traten de cauciones otorgadas que deban mejorarse, la notificación por nota no supone más que un conocimiento ficto, lo cual no condice con la finalidad perseguida al entablar la petición.
La jurisprudencia indica que, una vez decretada una medida precautoria y fijada una determinada caución, si se pretende su sustitución por otra distinta, debe darse traslado de dicha solicitud a la parte afectada, pues si bien esta situación no

2949. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1988, p. 130.

está prevista, resultan aplicables al caso otras normas en forma analógica, como los artículos 201 y 203 de la ley ritual.[2950]

e. *Clases de cauciones*: son de dos tipos, *personales* o *reales*.[2951]

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.[2952]

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 por la solvencia de personas de acreditada responsabilidad económica, es preciso informar sumariamente al órgano jurisdiccional sobre esta seguridad económica.

2950. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Abrego y Goncalves SA", 29/4/1999, *LL*, 2000-B-564; *DJ*, 2000-2-471. Corresponde aclarar que, a diferencia de la garantía de contracautela, que es de corte procesal, la sustitución de cautela tiene una estrecha vinculación con el derecho de fondo debatido en el juicio, ya que su función es sustituir una medida cautelar dictada para garantizar el futuro cumplimiento de la sentencia. En consecuencia, la determinación del siniestro en sede civil requiere simplemente que se acredite en el proceso la situación de incumplimiento por parte del deudor principal y que, como único recaudo, exista una resolución judicial que establezca la responsabilidad del tomador y la afectación de la garantía y se cumpla con una interpelación judicial al deudor principal por el plazo que fije el tribunal (Cfr. CNCom., Sala D, "Jeifetz Tali y otros c/Gda SA s/ ordinario (ext de quiebra) s/ incidente de apelación", con comentario de Furlan, Jorge Edgardo).

2951. Las clases son de nuestra legislación nacional. En cambio, en la normativa española (art. 728.3 y 529.3 LEC) las hay de tres tipos: a) dinero en efectivo; b) aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca y, c) cualquier otro medio que a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad de que se trate (cfr. Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, p. 369).

2952. Cfr. Loutayf Ranea, Roberto y Ovejero López, Julio César, "Caución juratoria y personal, como contracautela", en *LL*, 149-782-43. Di Iorio, *Temas...*, *op. cit.*, p. 104.

580. Caracteres de las medidas cautelares

La naturaleza jurídica de lo cautelar puro es de garantía. Su destino es prevenir el impacto del tiempo en el proceso, ya sea conservando la cosa objeto del conflicto o resguardando el interés legítimo de las partes para que la sentencia no sea ilusoria. Desde esta perspectiva, no hay autonomía del proceso cautelar, porque existe en función de otro litigio por el que responde, y se inserta en este apenas cumplidos los trámites formales de la admisión, procedencia y ejecución de las precautorias dispuestas.

Este es el esquema de la tutela cautelar, en el que la complejidad máxima reside en dilucidar si el amparo que ofrece es para las personas o para la misma esencia de la función jurisdiccional. Ello es así porque la doctrina tradicional sostiene que la verdadera protección no es para el proceso y su eficacia proyectiva (en esencia, la ejecución de lo juzgado) sino para el objeto del litigio, que se guarece con medidas provisionales de tipo cautelar.

Una medida precautoria, entonces, no anticipa el mérito del derecho planteado, sino que ampara provisionalmente la cosa o personas que son objeto del debate entre partes. Esa provisoriedad caracteriza lo cautelar, que culmina su función con la sentencia de mérito: la única vía desde la cual se puede esperar la tutela judicial efectiva. Por tanto, surge la instrumentalidad que tiene la decisión cautelar, al prestar un servicio en transición hasta la resolución final del proceso.

Esta noción subsidiaria viene pergeñada por varios autores, y según Calamandrei muestra el ligamen inevitable que tiene toda providencia cautelar respecto a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta:

> … otorgando el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: esta nace con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquella nace en previsión, e incluso en espera de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.[2953]

2953. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 44.

La subsidiariedad emerge distintiva hacia otros procesos naturalmente preventivos que, a veces, se confunden con las medidas cautelares. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde agregar que los perjuicios que tienden a evitarse con estas providencias asegurativas, responden a tiempos desiguales de la urgencia para dictarlas. Algunos procesos preventivos, como la condena de futuro o la de *mere* certeza, operan sobre una base conocida que está en la conducta de quien sufre la cautela; en cambio, las medidas cautelares inspiran su aparición en la demora consustancial al trámite de los procedimientos.

De igual modo, se observa cómo uno cumple la finalidad dentro del mismo proceso, en tanto las otras subordinan su eficacia al resultado del litigio que apoyan. La accesoriedad es de tal significación que extiende sus efectos mientras persistan en el proceso principal las causas que la motivan. 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.

En suma, estas son las características de la tutela cautelar común, pensada como se planteó al comienzo; pero si la idea se amplía hacia fines incomensurables, la dimensión de lo cautelar abandona los moldes predispuestos como lucha contra los riesgos del tiempo; o como herramienta para conservar las cosas u objetos de la litis; o finalmente, como elemento de facilitación de la eficacia jurisdiccional en su etapa ejecutiva. Entre otras extensiones, se podrían encontrar las previsiones cautelares dispuestas de oficio ante situaciones de emergencia o crisis constitucional (*v. gr.* inaplicabilidad provisional de una ley); o lograr que se establezca una tutela diferenciada con lógicas de lo cautelar puro (provisionalidad de las decisiones en razón de la urgencia para adoptarlas); también para que la justicia actúe preventivamente eludiendo su tipicidad *ex post facto* (tutela cautelar material); o resolviendo

con urgencia sin bilateralidad alguna cuando sea manifiesto y grave el riesgo de la sustanciación (medidas de satisfacción inmediata).

580.1 Sumariedad y cosa juzgada

La condición subsidiaria que acarrean 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, que para ser procedente debe cubrir una serie de aspectos que la determinan formalmente, y son precisamente estos roles los que el juez debe conocer. El objeto que propone tiene que ser claro y preciso, de modo tal que la resolución consecuente tiene la virtud de ponderar y resolver sobre toda la materia deducida. La particularidad está en que esa pretensión tiene presupuestos singulares, pero la decisión no está enmarcada en la congruencia absoluta, en tanto el juez puede disponer una precautoria distinta a la solicitada, si ella genera menores perjuicios y tiene la misma eficacia.

Como es propio de 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 de conocimiento 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, sólo 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 los componentes se desprende que la cosa juzgada que alcanzan es meramente formal.

Claro está que las decisiones que ordenan medidas cautelares no son definitivas. Además, al ser dictadas sin oír a la otra parte, e inclusive, sorprendiéndola con su traba, no importa afectar la condición bilateral del proceso, desde que esta condición no es propia de las precautorias,[2954] y en definitiva existe aunque postergada en el tiempo.

2954. Este es un punto neurálgico que ha llevado a legislaciones como la brasilera y peruana a dar traslado de la petición cautelar, en algunos supuestos que se consideran especiales. Un voto meditado del vocal de la Suprema Corte de Justicia del Perú, Víctor Ticona Postigo, al analizar el art. 15 del Código Procesal Constitucional sostuvo: "a) respecto al *subprincipio de idoneidad* o de *adecuación*, considera que el cuestionado procedimiento [proceso] especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo: la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares; b) respecto al *subprincipio de necesidad*, considera que dicho procedimiento [proceso] constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto; c) respecto al *subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*, considera que se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificulten la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos; d) respecto a la *separación de los jueces* que conocen el procedimiento [proceso] cautelar y el proceso principal, el tribunal considera que est tiene por objeto garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia (fundamento 36). Que el legislador al configurar el procedimiento [proceso] cautelar especial cuestionado, ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. En tal sentido, crear un procedimiento [proceso] cautelar único hubiera significado limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, desconociéndose la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e *irrevisables*. En el mismo sentido, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía política, económica y administrativa reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los arts. 188, 190 y 194 de la Constitución (fundamento 39). Por las razones señaladas, los extremos del art. 15 del Código Procesal Constitucional referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, no suponen una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción

En tal sentido, la cosa juzgada tampoco podría sentarse como tal, porque si ella supone inmutabilidad e indiscutibilidad de las resoluciones judiciales, se observa inmediatamente que la ausencia posterior de discusión no la alcanza, por ser las medidas cautelares provisorias y modificables. En todo caso, más que de cosa juzgada podríamos hablar de una preclusión de las acciones para discutir sobre la procedencia de una medida cautelar.

Es el criterio de Podetti cuando señala:

> … el carácter provisorio de las medidas cautelares, no significa apartamiento del principio de preclusión, que opera la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales cuando transcurre infructuosamente el plazo establecido por la ley para su ejercicio. Lo que sucede es que, una vez consentida la providencia respectiva, siempre que varíen las circunstancias que la determinaron, la medida puede ser dejada sin efecto. Por ello, el auto que deniega u ordena una precautoria, no tiene fuerza material de cosa juzgada, pues no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser modificado cuando lo sean también las circunstancias de hecho que fundamentaron el auto en cuestión.[2955]

O bien, considerar presente en ellas la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo tal que sea posible concebir una vigencia temporal que se modifica cuando desaparecen o transforman las circunstancias relativas a la razón misma que le dieron origen.

580.2 Provisionalidad

Las resoluciones cautelares son esencialmente provisorias. La transición de una medida a otra puede llegar de las impugnaciones o planteos de revisión del afectado e, inclusive, de la propia decisión jurisdiccional que cambie el tipo de precautoria oportunamente dispuesta.

La variación sólo es factible para la disposición ordenada, no así para el auto resolutorio. Este no causa estado (vale decir:no recibe los efectos de la cosa juzgada sino de la preclusión), característica que permite variar cuando se alteran los hechos y razones que antes la

(fundamento 40). (Cfr. Salcedo Cuadros, Carlos, "La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales", *op. cit.*, pp. 175 y ss.).

2955. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 86.

permitieron. Esta provisoriedad no significa que puede caer en cualquier momento, porque la transformación también sucede ante la insuficiencia o inutilidad de las precautorias trabadas. En otras ocasiones, la pretensión de remover la cautela sobre la base de nuevas alegaciones, que fueran sustanciadas, exige innovar el pronunciamiento judicial para que se dimensione, en su adecuado fundamento y trascendencia, la incidencia planteada. Este replanteo fuerza 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 inconsistencia 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. En idéntico sentido cuadra subrayar la forma en que opera la preclusión en esta instancia. La base que permite la reedición del planteo de admisibilidad y procedencia radica, solamente, en las circunstancias posteriores a la resolución que ordena la traba. Va de suyo que todas las anteriores se han tenido en cuenta y, a su respecto, obra la convalidación procesal. Por eso, si la medida precautoria quedó firme ante la ausencia de impugnaciones por el sujeto afectado, no puede por la vía incidental reclamar un levantamiento sin acreditar, sumariamente, esa alteración de las contingencias fácticas que le dieron origen.

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, aun cuando el juego de las competencias favorezca 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.

580.3 Mutabilidad o variabilidad

La eficacia que contiene cada medida cautelar propicia variarlas cuando se entienda que otra es más útil que la trabada. Como en el caso anterior, se incursiona en el ámbito de la movilidad de las circunstancias.

El Código Procesal tiene varias situaciones. En el artículo 203 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 está 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. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

Obsérvese que las pretensiones son diferentes; el *acreedor* puede plantear la ampliación, la mejora o la sustitución; en cambio, el *afectado* solamente la sustitución, ofreciendo una cautela de igual o mayor seguridad. También está facultado a promover el incidente de reducción del monto por el cual la medida se ha trabado (*v. gr.* esta es la vía para requerir el levantamiento de los embargos en cuentas corrientes que suman en distintos bancos el monto que se quiere resguardar, afectando por de más el derecho del presunto deudor, a quien se lo inmoviliza por créditos que en sólo una cuenta ya puede asegurar). El equilibrio prudente –necesario– debe igualar las situaciones, por eso, cuando de mudar una medida hacia otra se trata, deben cuidarse los presupuestos que permiten esa alteración.

Al cabo y como síntesis, la mutabilidad característica de las medidas de resguardo obliga a no prescindir de la realidad económica litigiosa. Ello conduce a que deban ser efectuadas con la máxima prudencia para no incurrir en excesos perjudiciales a los intereses de todos, contemplando la situación del afectado y, desde luego, sin desmedro del acreedor.[2956]

2956. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T.II-C, pp. 598-9.

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, 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. Por ejemplo, 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. Así, 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 por el acreedor. Ello significa que, aun 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.

Con otra visión, Calamandrei involucra en este punto la limitación propia que sigue el rumbo de todas las providencias cautelares, en el sentido de que ellas se extinguen *ipso iure* al momento de ser resuelta la pretensión principal:

> Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar ve, con el nacimiento de la providencia principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital.[2957]

Este aspecto puede cubrirse por el artículo 202 del ordenamiento procesal cuando indica: "Las medidas cautelares subsistirán mientras

2957. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares*, *op. cit.*, p. 91.

duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que estas cesaren se podrá requerir su levantamiento".

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. Ya que cumplen una función de garantía, una vez alcanzada la sentencia pareciera que pierden 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.

La recurribilidad típica se plantea por la apelación o por incidente. 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 se debe deducir 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 corresponde atender 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 artículo 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".

580.4 Discrecionalidad

Esta característica queda en evidencia cuando las medidas cautelares que son peticionadas no se otorgan porque 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.

Puede reconocerse este poder bajo el *principio de proporcionalidad*, según el cual la ponderación judicial tiene libertades de elección entre opciones factibles. En otros términos, cuando se analiza la admisión de una medida cautelar el primer requisito es compatibilizar aquella que se peticiona con el objeto a preservar (idoneidad o adecuación del medio); enseguida se debe observar la eficacia que tiene en sí misma frente a otras posibilidades alternas; y finalmente atender el impacto que sufre el afectado, para ver si el daño producido no es mayor que la cautela acordada.

La libertad para decidir se da 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 de que fuera necesaria.

El artículo 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 citado artículo 204 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.[2958]

El sentido preventivo acusa otra manifestación en el artículo 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.

Esta es una forma anómala de preservar la seguridad de una ejecución hipotética, anticipando la venta de los bienes cautelados por el peligro inminente de su desaparición o por el alto costo que representa su depósito, mayor de los que por sí produce. La conformidad requerida a la parte cautelada para proceder a la venta no muda el carácter ejecutorio que asume esta modalidad, transfiriendo el monto obtenido en la subasta a la nueva caución constituida. Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

Queda claro con esta característica una de las fisonomías propias de las medidas cautelares que mayor impacto tiene para la teoría general. Al dejar en manos del juez el poder dispositivo (que inclusive podría ser aún más grande si queda facultada la jurisdicción a promover de oficio medidas provisionales), la parte interesada Sólo promueve la pretensión sin que esta importe los efectos comunes y tradicionales de la demanda ordinaria. Ella debe superar el test de proporcionalidad, que importa denegar cuando no se cumpla el

2958. Ramos Romeu explica: "El derecho a la tutela cautelar es una de las garantías de la efectividad de la tutela judicial que prestan los tribunales ordinarios, y es parte de la tutela que tienen la obligación de prestar. Pero el derecho a la tutela cautelar entra en conflicto con otros derechos fundamentales. En efecto, lo único que impide embargar preventivamente ciertos bienes de una persona sin necesidad de proceso no es que el juicio humano necesite tiempo, un problema tecnológico si se quiere, sino que, en el Estado de Derecho actual, antes de hacerlo, se obliga al ciudadano a pasar por un proceso judicial en el que se dan toda una serie de garantías encarnadas en el art. 24.1 de la Constitución española" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, p. 127).

objeto previsible o aceptar cuando estén reunidos los presupuestos exigidos normativamente.

580.5 Preventividad

Las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante,[2959] pero conservan presente el objeto que tienden a proteger, de manera que es fundamental preservar los bienes del cautelado o afianzar la seguridad del justiciable.

El artículo 206 del Código federal 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 necesitaren 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).

Rivas sostiene que todas las medidas cautelares están sometidas al principio del *rebus sic stantibus*, que no autoriza a que la decisión que las impone pueda ser revisada de manera constante a voluntad del sometido a estas, sino que posibilita que sea dejada sin efecto si en virtud de nuevas circunstancias desaparecen los presupuestos que justificaron su dictado y con ello su razón de ser.[2960]

2959. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 581.

2960. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 65.

581. La responsabilidad por las medidas cautelares

El fundamento de la responsabilidad por los daños derivados de la tutela cautelar debe buscarse en los perjuicios efectivos y concretos, no especulativos o imaginados, que puede sufrir el sujeto que resulta afectado por la medida que se peticiona en forma abusiva o con exceso.

Si recordamos que toda pretensión lleva implícita la responsabilidad de quien la pide, es evidente que la responsabilidad pone prevención y prudencia en cuanto a lo que se pretende. No obstante, al mismo tiempo, una de las características de las providencias precautorias es la discrecionalidad judicial o el poder de decisión del juez en la materia, de modo tal que, en simetría de responsabilidades también el tribunal quedaría comprometido por el daño provocado.

Si a ello se le suma que la decisión se adopta sin oír a la otra parte, es menester, en consecuencia, apreciar cuánto de responsabilidad tiene la parte o el tribunal, si ella es conjunta, o si pesa en realidad solamente en quien las pide.

El Código presenta la cuestión cuando hay *abuso* o *exceso* de las medidas, que la doctrina presenta como *responsabilidad objetiva* o *subjetiva*, derivada de las normas del derecho civil o con reglas propias del derecho procesal, conforme cada caso.

581.1 Responsabilidad subjetiva

Se entiende que hay *responsabilidad subjetiva* 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.

Otros castigan la información imperfecta, o la falta de información, de que dispone el juez a la hora de otorgar la protección provisional de los derechos,[2961] poniendo en cabeza del que pide la obligación

2961. Dice Ramos Romeu: "Mediante el establecimiento de un sistema de responsabilidad del solicitante de tutela cautelar, el Estado consigue apropiarse de una información valiosa que tienen los ciudadanos acerca de qué medidas son óptimas. Y es que, en efecto, hay que pensar que en no pocas ocasiones, los ciudadanos tienen mejor información sobre quién tiene razón en realidad, los beneficios que les reportará una actuación judicial y los daños que pueden causar. Si el solicitante de tutela cautelar va

de sinceridad y adecuación, cuya falta es punible en forma subjetiva (es decir, la parte afectada debe demostrar la mala fe, sin necesidad de acreditar el perjuicio propio).

Según Podetti estas medidas

> … son como una arma rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide. La justicia procura, mediante la contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del derecho que se quiere cautelar en base a una prueba sumarísima o sin ella [...]. Es difícil concebir que se admita la necesidad de probar la mala fe o simplemente imprudencia de quien usa semejante franquicia, para obtener resarza por daños injustamente ocasionados. Entre quien usó en su beneficio una medida cautelar, con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre, sin que en ninguna hipótesis pueda de ella obtener un beneficio, no parece dudoso a quien han de cargarse las consecuencias.[2962]

Una variación de la responsabilidad del beneficiario se postula aplicando los presupuestos de la responsabilidad civil, gobernando los daños emergentes de las normas sobre la responsabilidad extracontractual. De este modo se exige dolo, culpa o negligencia para imputar al sujeto las consecuencias dañosas de la medida cautelar. Por tanto, debe añadirse la existencia de una relación de causalidad que vincule el daño con la precautoria y sus efectos nocivos.

En esta línea se aplican los artículos 118, 160, 200, 275, 278, 490, 833, 850, 852, 1040, 1042, 1376, 1724, 1749, 1751, 1785, 1786, 1788 y concordantes del CCyCN, requiriendo siempre la intención de provocar daño (por culpa, dolo o negligencia) al agente pasivo y como medio de atribución al que lo genera (agente activo).

La tesis exige demostrar que el requirente abusó o se excedió en el derecho a trabar la medida cautelar, de manera que la prueba tiende a

---

a ser responsable por los daños y perjuicios que cause una medida, sólo la solicitará cuando sea óptimo hacerlo porque asume el riesgo de tener que indemnizar daños y perjuicios al sujeto pasivo que vaya a ser afectado por la medida. Bajo un sistema de responsabilidad, cuando el juez se enfrente a una solicitud de tutela cautelar tendrá un alto grado de seguridad de que se trata de una medida óptima" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, pp. 180-181).

2962. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 157.

corroborar la virtualidad del exceso o aprovechamiento que excede los límites tolerables del ejercicio del derecho que se tiene.

El factor de atribución debe encontrarse en el origen de la cautela, de manera que se pueda advertir el derecho existente a ese momento, pues bastará acreditar la negligencia para determinar la responsabilidad propia de la culpa aquiliana. Por tanto, para configurar esta responsabilidad se exige obrar de manera irreflexiva, precipitada, imprudente, negligente o dolosa, excediendo los límites impuestos por la buena fe.

Una y otra corriente piensan en la *responsabilidad subjetiva* del autor, lo que determina que, para originar la obligación de reparar debe probarse que el solicitante actuó con culpa o dolo, que pongan de manifiesto la utilización de la medida con propósitos extorsivos o para obtener beneficios indebidos y ocasionar molestias inútiles a la otra parte. Al ser la responsabilidad basada en principios de corte sustancial, está claro que no procede condenar automáticamente por el mero hecho del levantamiento de la medida cautelar.

En síntesis, esta posición argumenta que la responsabilidad de quien solicita sin derecho una medida cautelar no debe ser encuadrada en lo dispuesto por el artículo 208 del Código Procesal, sino que debe subsumirse en la legislación sustancial, y a los fines de que la pretensión resarcitoria prospere es menester que se acrediten los presupuestos inherentes a la responsabilidad civil extracontractual, debiendo indagarse especialmente sobre el factor de imputabilidad atribuido a la contraparte.

581.2 Responsabilidad del Estado

Desde otro punto de vista se atiende la responsabilidad por el control judicial ausente o inefectivo, que pondera sancionar el abuso en la discrecionalidad teniendo en cuenta que es el juez quien aplica el principio de proporcionalidad y resuelve la procedencia y ejecución.[2963]

2963. Este es un criterio minoritario y de escasa aplicación, salvo evidentes signos de arbitrariedad o error judicial manifiesto. Para ello se tiene en cuenta que, pese a los riesgos que significa el sistema de la responsabilidad de la parte, es mejor que el del control judicial, donde son más probables los errores o la imperfección. Para Ramos Romeu "… las decisiones sobre la tutela cautelar se toman frecuentemente con poca información, cuando el juez conoce mucho menos el caso que las partes. El error judicial en sede de responsabilidad también es posible, pero es mucho menos probable

En esta tesis no se cuestionan los presupuestos que permiten dictar providencias cautelares (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), desde que el fundamento normativo y el apoyo fáctico que hace el que lo pide confiere al juez posibilidades suficientes para decretarlas. La resistencia se plantea con la responsabilidad que se hace caer en la parte que pide (es decir, el presupuesto es el abuso en la pretensión o el exceso en cuánto se pide) cuando es el juez quien permite y tolera el derecho de petición, sin restar suficiente atención al abuso manifiesto que se pretende realizar a través de las medidas cautelares.

Téngase en cuenta que el artículo 34, inciso 5, apartado c) del código de rito, establece que es un deber jurisdiccional "mantener la igualdad de las partes en el proceso", y a renglón seguido dispone que el juez "debe prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe". Además, comulga con este principio de dirección activa, el artículo 204 que le otorga facultades suficientes para "evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes".

Es evidente que ordenar, por ejemplo, un embargo desproporcionado con los montos en juego no sólo evidencia el abuso procesal, sino también la inobservancia del magistrado que dispone en consecuencia. En tal caso, colabora en la producción del perjuicio, y hasta convierte la decisión judicial en una suerte de acción propia de quien contribuye en la comisión del ilícito.

Es verdad que ya se ha resuelto que la responsabilidad penal del Estado por los daños y perjuicios derivados de la resolución judicial que prohibió a la actora el uso de maquinarias de su propiedad no puede extenderse más allá que la de un particular en una situación análoga: la legislada por el artículo 208 del Código Procesal. En el caso se dijo que, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, en el que se aplica el principio dispositivo, en el proceso penal rige el proceso inquisitivo que obliga al juez a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de su misión, esto es, el esclarecimiento y la sanción

porque el juez tiene más información sobre el caso, más tiempo para decidir; y además, evaluar los daños derivados de una medida injusta es más fácil que determinar su proporcionalidad. El error judicial no sólo crea distorsiones en el funcionamiento de las instituciones, sino que además lleva aparejada la responsabilidad de la administración de justicia, que se traduce en costes para todos los ciudadanos" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, *op. cit.*, p. 182).

de delitos.[2964] No obstante, también es cierto que el tema del abuso en y con el proceso no puede descansar, únicamente, en los desvíos de conducta de las partes.

En esta línea, cuya minoría reconocemos, algunos autores coinciden en que la doctrina tiene en el proceso principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más propician su instalación como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal.

581.3 Nuestra opinión

Las corrientes antes mencionadas se instalan en dos variables de la responsabilidad civil que nosotros consideramos permeable frente a un nuevo principio, como el de moralidad o de proscripción del abuso procesal.

Carlo Calvosa sostiene que es un principio procesal; en su favor indica que la responsabilidad por abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso que establece el Código de Procedimientos Civil italiano en forma expresa actualmente, y que se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código antiguo. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo pueda acarrear una responsabilidad.[2965]

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico,

2964. CSJN, Fallos: 317:1233, "Román S. A. C. c/Estado nacional - Ministerio de Educación y Justicia", *LL*, 1995-B-40, voto del doctor Fayt, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

2965. Calvosa, Carlo, "La condenna al risarcimento dei dan per responsabilitá aggravata", en *Rivista Trimetrale de diritto processuale civile*, 1954, p. 378.

sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etcétera. En consecuencia, la actuación con culpa, dolo o la misma ligereza culpable, como puede ser la falsa fundamentación de la verosimilitud del derecho o la pretensión exagerada de cautelares con una misma función (*v. gr.* embargar simultáneamente varias cuentas corrientes cuando el monto habido en sólo una es suficiente para el resguardo), que en paralelo significa el abuso y el exceso, respectivamente, e inclusive, los casos de falta oportuna de notificación al afectado (art. 207, CPCCN); el embargo de bienes prohibidos (art. 219), y otras de similar registro, representan las causas de responsabilidad procesal que derivan en un monto indemnizatorio de prueba reducida con trámite rápido y expedito.

Ahora bien, si queda focalizado el tema de la responsabilidad civil en orden al abuso o a exceso, que para el caso implican supuestos de responsabilidad subjetiva, el inconveniente se plantea con el alcance de ella en orden a si tienen iguales efectos que el obrar ilícito doloso o mediando culpa del agente.

Es evidente que la prueba del daño difiere, porque una cosa es verificar que se actuó a sabiendas de la mala fe o imprudencia, en cuyo caso se trata de demostrar la punibilidad de la conducta; y otra cosa será magnificar el perjuicio sufrido, teniendo presente que no hay responsabilidad sin daño.

Aída Kemelmajer de Carlucci indica que debe aceptarse la teoría subjetiva, con el argumento de que no existe norma que establezca el deber de responder sin culpa, de modo que para que exista responsabilidad habrá de cumplirse con recaudo talque la obligación tenga apoyo legal; y agrega:

> … la verdad judicial no es absoluta, los juicios se pierden por muchas razones y no sólo por no tener derecho, de ahí que sea razonable exigir al perdedor una conducta imprudente o negligente, culpa que –a veces– surge de los hechos mismos.[2966]

Este es el camino que adopta el ordenamiento procesal, es decir, la culpa se configura *in re ipsa*, lo que no significa que sea un temperamento

2966. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto (dir.); Zannoni, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*; Buenos Aires, Astrea, T. 5, p. 365.

consolidado y aceptado como justo. Apenas se trata de la interpretación justificada del precepto legal.

Si volvemos a Podetti y su reconocida filiación a la corriente objetiva,[2967] mostramos la opinión de Palacio, quien reconoce que el artículo 208 del Código Procesal se enrola en la doctrina subjetiva, sin compartir la solución, porque la considera injusta.[2968] Veremos que la salida dispuesta es una opción, ni mejor ni peor que otras. No obstante, ciertamente con ella desaparece el análisis del daño que debiera ser parejo con el estudio de la responsabilidad derivada de la acción cautelar.

581.4 Determinación de la responsabilidad

Cuando se dictamina levantar una medida cautelar sin importar el motivo por el cual se ordena, si el juez encuentra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado (art. 208, CPCCN).

Vale decir que la responsabilidad por el *uso abusivo* (pretensión con segundas intenciones, sea para provocar daño; generar una coacción implícita; o para asegurar un derecho que no lo necesitaba por tener otros afianzamientos, entre varios supuestos) o en *exceso* (plus petición inexcusable; embargos simultáneos; secuestro innecesario; etc.) no es automática porque exige: a) que la pretensión indemnizatoria se solicite al tiempo de requerir el levantamiento de las medidas cautelares; b) que se acredite tanto el abuso o exceso del que la obtuvo como la producción del daño mismo, toda vez que no se trate de una responsabilidad refleja, automática ni objetiva.

2967. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 157.

2968. Así, sostiene que aun cuando la medida cautelar haya sido obtenida sin abuso o exceso en el ejercicio del derecho, el único factor que a la postre correspondería computar es el derecho debatido en el proceso principal, de tal manera que si el fallo declara la inexistencia de ese derecho, resulta desvirtuada la mera verosimilitud apreciada para otorgar la medida, e inconciliable con valoraciones de poder, cooperación y solidaridad, la exención de responsabilidad de la parte vencida cuya conducta ocasionó el daño que menoscaba el derecho reconocido a su adversario; y, por ello, la responsabilidad sólo podría descartarse en la hipótesis de mediar exención al pago de las costas (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 92)

El procedimiento se cumple en dos etapas. En la primera, tiende a obtener el levantamiento de la medida cautelar pedida en abuso o exceso del derecho y plantear la condena a pagar los daños y perjuicios. En la siguiente etapa, una vez que se tiene la condena al respecto, se encuentra encaminado el curso para estimar el monto de los daños y perjuicios por medio del trámite de los incidentes o por el trámite que el juez interprete mejor. Si la condena fuere requerida y sólo se dispuso el levantamiento, corresponde corregir por aclaratoria, salvo que se interprete que hay una denegación indirecta, en cuyo caso se puede deducir reposición con apelación en subsidio. Recuérdese que la pretensión se resuelve contemporáneamente con el levantamiento de la medida.

No obstante, si bien el artículo 208 que se indicó con anterioridad, establece el momento para dictar una condena genérica a pagar los daños y perjuicios provocados por el requirente de una medida cautelar, determinándolo en ocasión de disponerse su levantamiento; si la otra parte lo hubiere solicitado, no existe óbice alguno para que tal pretensión indemnizatoria se formule con posterioridad, por acción autónoma.

582. Caducidad de las medidas cautelares

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, cuando 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 artículo 207 del CPCCN establece:

> Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. 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. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.

La redacción corresponde a la Ley Nº 26589 que excluye y altera otras disposiciones procesales. Esta evidente relación entre la ley de mediación y el régimen adjetivo lleva a situar el sistema cautelar en una dimensión distinta de las cuestiones que deben transitar por la etapa obligatoria legalmente dispuesta. Y es una consecuencia lógica que induce a sostener que la conciliación que ordena la Ley N° 26589 no es exigible a la luz de lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal, en tanto ello importaría desvirtuar la esencia de toda medida cautelar al poner el futuro demandado en conocimiento anticipado de la pretensión que esgrime su contraria. En efecto, en el régimen de la mediación obligatoria la habilitación de dicha instancia queda postergada hasta que haya quedado consentida o ejecutoriada la traba de la cautela, y a partir de ahíí comienza a computarse el plazo para acudir a la mediación.

La doctrina ha interpretado que la dificultad parece presentarse cuando se trata de una acción que debe pasar obligatoriamente por la mediación previa, antes de iniciarse la demanda. Podemos preguntarnos si aquí se producirá irremediablemente la caducidad, por la demora en iniciar la demanda ante la imposibilidad de tramitar la me-

diación en plazos tan perentorios, o si estos comenzarán a correr desde que aquella quede concluida. Esta cuestión se resuelve con el sentido común del procedimiento cautelar, que al tener que determinarse sin oír a la otra parte, puede obtener la medida y entablar la apertura de la mediación en los plazos correspondientes a las respectivas acciones.

En consecuencia, en todos los casos, el plazo de caducidad se reanuda a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

Interesa agregar que aun las doctrinas que aceptan la existencia de un proceso cautelar exigen una correspondencia entre la cautela y la carga de instar el procedimiento continente de la pretensión asegurada. El plazo comienza a correr desde que la medida se hace efectiva. Si son muebles, desde el momento cuando se realiza el embargo; si son inmuebles, a partir del día siguiente a la toma de razón; si es dinero, desde la notificación *ministerio legis* de la providencia que hace saber el depósito del dinero embargado. Cabe agregar que el término se cuenta en días hábiles, y que los recursos articulados no suspenden el período acordado para concretar la demanda.

583. El procedimiento cautelar

La diferencia entre proceso y procedimientos se evidencia en torno al sistema cautelar. Una finalidad tuitiva es la protección cautelar (que se da en el plano de la tutela ordinaria y la constitucional, diferencia que otros dividen entre tutela común y tutela diferenciada) a cuyo fin el proceso, como género, es el que permite mediante la organización judicial conseguir las finalidades propias que se persiguen; para ello se dispensa un procedimiento distinto al que implora la garantía constitucional, sin que cambien más que algunas reglas y principios (*v. gr.* bilateralidad, contradicción, congruencia, entre las más visibles). Este procedimiento es el que reúne características que perfilan una fisonomía particular.

La simple ausencia de bilateralidad en la mecánica que provoca la resolución demuestra que la regla *inaudita pars* bosqueja una parte de esa acusada singularidad. Luego, la falta de contradicción obliga a equilibrar prudentemente la igualdad procesal, a cuyo fin se activa

una ficción de la ley que tiende a lograr la equiparación de seguridades y posibilidades. La contracautela viene así a constituirse en una fuerza económica distinta a las fuerzas que activan las partes que confrontan efectivamente, pero que hace las veces de preventivo tendiente a no agravar el desequilibrio inicial.

583.1 La bilateralidad en el procedimiento cautelar

La anulación del contradictorio pone dudas sobre la garantía de bilateralidad en los procesos, lo que en realidad no es tal porque no hay ausencia de notificación sino diferimiento de ella a un tiempo posterior a trabar la cautelar dispuesta, pensado así para lograr eficacia en la medida. Para Falcón:

> … en el sistema nacional esa bilateralidad se encuentra bastante limitada, ya sea porque se debe seguir a través de un recurso, donde las pruebas no se revisan, ya porque en el incidente de revisión de las medidas la reproducción de la prueba puede resultar dificultosa por el transcurso del tiempo o por las maniobras que haya tomado el mismo que solicitó la medida. Como paliativo para esta situación la ley ha establecido la responsabilidad para las medidas tomadas sin derecho (art. 208, CPCCN), pero ello no permite un adecuado y certero control en su trámite por el perjudicado.[2969]

La ineficacia reconocida en el funcionamiento del sistema nacional federal no significa que sea inconstitucional la regla dispuesta, porque el derecho de audiencia existe aunque prorrogado; quizás el problema esté en el derecho de defensa que tiene el cautelado para revertir la medida que se le impone. En tal sentido, hay que dividir las aguas para atender, por un lado, que la disposición demedidas cautelares típicas sin oír al afectado es una expresión del más amplio poder jurisdiccional, ya que es el juez quien tiene la potestad de hacerlo;[2970]

2969. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, pp. 94-95.

2970. Monroy Palacios afirma: "… la especial situación del contradictorio en materia cautelar no significa, en lo absoluto, un desconocimiento del contenido de aquel, sino, una reformulación, un acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza inminente de que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en

y por otro lado, cuánto de verdad asienta en que la disminución de posibilidades de contradicción afecta el derecho de defensa en juicio.

La primera cuestión tiene, para nosotros, una polémica aún sin resolver. Ella consiste en definir con exactitud la responsabilidad judicial en la adopción de medidas cautelares. Si la regla actual se considera válida y se acepta la irresponsabilidad porque depende de cuánto pida y quiera el demandante, no parece demasiado justo penar a quien tiene una cautela previa y una sentencia desfavorable, ante la discrecionalidad del magistrado para controlar oportunamente y no cuando el perjuicio se ha concretado, dado que pudo evitarlo. La siguiente se relaciona también con este principio de intervención oportuna para equilibrar las posibilidades de acción y reacción. Es cierto que el mejor sistema cautelar trabaja sobre la sorpresa, de modo que al ser pedidas y decretadas *inaudita pars* se impide la distracción de bienes o su ocultamiento. En mecanismos como el nuestro donde no tienen cabida instituciones como la denuncia de valores, bienes o posesiones, la interdicción de actividades bancarias, entre otras, el peso específico de las medidas cautelares nominadas e innominadas es supremo y se tiende a preservar su eficacia.

La crisis aparece cuando ellas se consiguen, porque el afectado tiene reducidas las posibilidades de reversión o variación. En este aspecto, la provisionalidad de las precautorias responde a la consigna de sostener el principio de bilateralidad; pero el de igualdad procesal no parece suficientemente amparado.

El modelo que se critica se adapta a uno de los esquemas que reglamentan el régimen de la contradicción en materia cautelar. En efecto, en el derecho comparado, hay cuatro modelos que desarrollan Ortells Ramos y Calderón Cuadrado:

1. Para algunas medidas cautelares se halla establecida la normal contradicción previa a la adopción de la resolución, de modo que al demandado se le admiten alegaciones y prueba o acreditamiento antes de que la resolución se dicte.
2. En un caso en nuestro ordenamiento (embargo preventivo –art. 1418 LEC–) se permite la contradicción diferida pero preceptiva: la medida cautelar se ha acordado y ejecutado sin previa audiencia del demandado, pero después se reconsidera –con contradicción y por

una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia" (*Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, pp. 133-134).

el mismo órgano que acordó la medida– la concurrencia de sus presupuestos, y ello aunque el demandado no pida esa reconsideración.

3. Método muy frecuente en el derecho español es el de la contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo de la medida. Esta fue acordada y ejecutada sin oírle previamente, pero después se le permite formular una oposición que posibilita que el órgano jurisdiccional que resolvió reconsidere, atendiendo también a las alegaciones y prueba o acreditamiento del demandado, si la medida es fundada.
4. Un cuarto sistema, que es en realidad un defectuoso sucedáneo del método anterior cuando este no puede entenderse establecido, es el de la contradicción diferida a iniciativa del demandado pero instrumentada a través de los recursos admisibles contra la resolución (generalmente reposición y apelación).[2971]

583.2. Las medidas cautelares dispuestas de oficio

El procedimiento persigue un objeto inmediato que pretende la seguridad que promete la cautela; el objeto mediato lo busca la jurisdicción al resguardar la probable ejecución de sus mandatos. Todo el desarrollo sugiere una provisoriedad manifiesta; si bien la medida trabada alcanza el resultado, no deben descartarse efectos secundarios dirigidos a respaldar la eficacia de la sentencia sobre la pretensión principal.

Este mecanismo, generalmente, tiene sentido desde la perspectiva del requirente que procura un beneficio particular mirando al futuro y con ello auxilia al tribunal ofreciéndole un medio para resguardar la ejecutividad de las decisiones. La particularidad está en que el poder cautelar es del tribunal, no de la parte, quien sólo posee el principio de disposición o el interés para obrar.

Sin embargo, visible en la tutela cautelar y más evidente en la tutela urgente, la posibilidad de decretar de oficio medidas cautelares (nominadas e innominadas) existe. Aparece implícita en el artículo 195 del código de rito respecto al tiempo para decretarlas y surge del artículo 34, inciso 5, apartados c) y d) del código referido.

Normativamente se reglamenta en la prohibición de innovar, para la designación de interventor informante o veedor, también en ejercicio de acciones preventivas de protección de cosas o personas, y

2971. Ortells Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela cautelar en el derecho español*, *op. cit.*, pp. 28-29.

en reglamentos especiales como la Ley General del Ambiente, que las establece precisamente en el marco del poder jurisdiccional.

El fundamento constitucional está en el deber de impedir que la amenaza conspire con la afectación de derechos especialmente protegidos por la Norma Fundamental (art. 43) y en la necesidad de actuar en forma cierta, eficaz y oportuna (debido proceso, art. 18 CN) como un deber propio de la actividad judicial.

583.3 Competencia

La complementariedad que supone el proceso cautelar respecto a otro, principal, determina que la competencia se deduzca de conformidad con las reglas que asignen actuación jurisdiccional al último. Quien deba conocer en el juicio sobre el objeto material también resuelve en las medidas precautorias.

Sin embargo, la superficialidad que tiene la cognición liminar puede derivar en una presentación insuficiente o al menos titubeante en cuanto a la afirmación sobre quién ha de ser el juez que debe intervenir. Incluso, aunque así no lo fuere, puede darse la circunstancia que se explique la verosimilitud y el peligro en la demora, sin destacar con la solidez necesaria la jurisdicción competente. En estos casos, es obvio que la urgencia que necesita la resolución sustituye a la seguridad de las reglas de atribución de competencia.

Así lo entiende el artículo 196 del Código cuando establece:

> Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.

Cuando las medidas precautorias se piden antes de iniciado el proceso principal, la competencia que atrae es por razones de territorio, como de materia y personas. A su vez, la medida cautelar fija la competencia de un juez cuando existe más de uno dentro de la circunscripción territorial y el fuero (principio de prevención), vale decir, que la iniciación previa de una precautoria ante el juez competente

para entender en el principal fija la competencia del juez que debe intervenir en el proceso consecuente.

583.4 Demanda, legitimación y oportunidad

La demanda de medidas cautelares debe cumplimentar, en principio, los mismos recaudos que precisa toda pretensión. La legitimación activa sólo la tiene quien es o vaya a ser parte en el proceso. La titularidad del derecho subjetivo orienta la capacidad de postulación en el proceso cautelar, por lo tanto, si las medidas a requerir inciden en derechos de los cuales no es agente ni tiene expectativa lógica de adoptarlos, carece de aptitud suficiente.

La precautoria puede solicitarla, también, el demandado, aun cuando no revista condición de reconviniente, circunstancia que ha de tenerse en cuenta en ciertos procesos, como los de divorcio y disolución de la sociedad conyugal, que permiten las cautelas para marido y mujer.

Respecto al sujeto pasivo interesa destacar que debe coincidir con la persona que resulte deudora, porque si el patrimonio afectado es de un tercero desvinculado de la relación procesal, la medida precautoria es improcedente. Esto es así porque las medidas se dirigen a asegurar el resultado de una sentencia que produzca efectos de cosa juzgada entre partes, y si los intereses afectados son de otros, queda sin sustento el presupuesto de razonabilidad, verosimilitud o presunción del derecho en cuya preservación se ha decretado.

La formalidad necesaria para presentar el escrito requiriendo se diseña por el artículo 195 del Código Procesal, indicando que "debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida".

Existe una correspondencia notoria con los elementos comunes que debe contener toda demanda judicial, en especial en lo referido al objeto y causa de la pretensión. Ahora bien, como las medidas cautelares pueden requerirse antes o después de deducir la demanda, las cargas rituales son menores en los procesos ya iniciados, por cuanto el juez ya tiene elementos susceptibles de acreditar el derecho que se intenta asegurar; en cambio, los juicios próximos a instaurarse dependen del tipo de pretensión a entablar.

El artículo 195, primer apartado, aclara que "las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que esta debe entablarse previamente".

La presentación anterior puede ser independiente o simultánea con el proceso principal. En este caso, el carácter previo estará en los trámites que resuelvan la medida, habitualmente anteriores al traslado y notificación de la demanda. Es un supuesto común porque facilita la presentación concreta y fundada de las pretensiones, alegando con el mérito mismo de la causa *petendi* el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

El plazo para deducir medidas cautelares, por su accesoriedad, depende de la prescripción de las acciones. A su vez, el proceso principal debe articularse dentro de los diez días siguientes a la traba de la precautoria. El plazo de caducidad no extingue el derecho, sólo afecta la postulación, porque si transcurre ese término y no se promueve la pretensión, la precautoria no puede reintentarse. Una vez comenzadas las actuaciones principales, podrán requerirse nuevamente.

La extinción de las medidas opera *ipso facto*, debiendo señalarse que el plazo para instaurar la pretensión comienza desde la traba efectiva de la precautoria. El concepto de "hecho efectivas" que utiliza el artículo 207 del Código es una noción fáctica que se toma del suceso en concreto, de modo tal que habrá de confrontarse la modalidad de la cautela para resolver cuando deba tenerse a ella como concretada.

583.5 Trámites previos

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a pesar de la evidencia manifiesta que descubra el escrito donde se pide la medida cautelar, requiere de información complementaria.

La información sumaria se presta a través de testigos y redunda la prueba que se haya ofrecido para demostrar la necesidad y urgencia de la precautoria. Propiamente, no deberíamos hablar de testigos, porque se trata de informaciones "de abono", que realizan personas conocidas de quien solicita las medidas. Ellas pueden declarar en el mismo escrito de presentación, debiendo ratificarse en "primera audiencia" o al tiempo de presentar la pretensión. No responden a un interrogatorio solemne, si bien el peticionante puede darle esa formalidad. No obstante, el

ordenamiento adjetivo para la Nación ha pensado que estas reglas de actuación para los testigos son más apropiadas que las informales.

No puede suplirse este recaudo con una actuación notarial levantada en el mismo sentido y acompañada como prueba documental, porque tal actitud obraría como argumento probatorio escrito –preconstituido–, y el requerimiento se basa en un aporte de presente que permita conocer directamente la situación que se expresa como cierta y necesaria. Es por esto que la apreciación como prueba de estas declaraciones vale sólo para las medidas cautelares y no inciden en el fondo del problema. La *sumaria cognitio* obra actuando sobre el derecho alegado y bastaadquirir una simple probabilidad o un grado menor de certeza que el necesario para dictar sentencia definitiva.

El Código Procesal establece en el artículo 197:

> La información sumaria para obtener medidas precautorias podrá ofrecerse acompañando con el escrito en que se solicitaren el interrogatorio de los testigos y la declaración de estos, ajustada a los arts. 440, primera parte, 441 y 443, y firmada por ellos.
> Los testigos deberán ratificarse en el acto de ser presentado dicho escrito o en primera audiencia. Si no se hubiese adoptado el procedimiento que autoriza el 1er. párr. de este artículo, las declaraciones se admitirán sin más trámite, pudiendo el juez encomendarlas al secretario.
> Las actuaciones permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas. Tramitarán por expediente separado, al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal.

Corresponde así aclarar que la declaración testimonial que complementa la presunción de verdad o verosimilitud del derecho que fundamenta el pedido de medidas cautelares (*v. gr.* art. 209, inc. 2, CPCCN) sigue las formas de la prueba de testigos, con la diferencia que estos pueden exponer sus dichos en el mismo escrito donde se solicita la precautoria.

Luego, sea al tiempo de presentar el escrito en el juzgado o en primera audiencia que convoque el juez interviniente, deberán ratificar sus dichos y la firma que acompañó el pedido. Mientras las cautelares no se ordenen, el trámite debe ser reservado y secreto, e independiente del expediente principal, toda vez que las providencias precautorias se han de ordenar sin oír a la otra parte.

583.6 Resolución, notificación y recursos

Se ha destacado con insistencia que las medidas cautelares se decretan y cumplen *inaudita pars*; característica necesaria para dotar de eficacia su concreción al evitar la distracción de bienes propios del sujeto pasivo de la cautela.

La ausencia del previo derecho de defensa no vulnera la adecuada prestación de tutela jurisdiccional hacia el demandado, porque se equilibra con la contracautela exigida y, esencialmente, porque al tener también la medida cautelar un destino asegurativo de las decisiones judiciales, esta finalidad podría frustrarse si el deudor conociera anticipadamente la pretensión.

Una vez hecha efectiva la precautoria, debe notificarse la traba si el afectado no hubiese tomado conocimiento de ella al tiempo de su materialización. El comunicado pone en camino la bilateralidad y contradicción habitual en todo proceso, dándole oportunidad para que propicie alternativas de modificación, cambio o sustitución que, con derecho, creyere conveniente formular.

El cautelado puede, asimismo, recurrir por reposición la medida, toda vez que esta se decrete como si fuera una providencia simple. La apelación también está prevista conforme lo explicamos precedentemente.

La notificación de las medidas trabadas se debe concretar en el plazo de tres días desde que se cumplimentan, y resulta responsable por la demora el propio beneficiario.

Capítulo LXXV
Teoría general del embargo

584. Precisión terminológica

Usualmente al embargo se lo concibe como un mecanismo de apropiación de bienes del deudor; pero lejos está de significar tal cosa, aunque de hecho lo suponga. En realidad, proviene del latín *imbarricare* que expresa la idea de impedir, estorbar, obstaculizar y embarazar, y así es como lo adoptan muchos textos. Recién en el Ordenamiento de Alcalá adquiere el sentido técnico que representa, esto es, como retención judicial de un bien para sujetarlo a las resultas de un proceso.[2972]

Ahora bien, detrás del enunciado se esconden otras situaciones que es necesario comprender, para que se consigan explicaciones coherentes con la función que persigue el instituto. La primera situación es deducir si el embargo es un poder jurisdiccional o un derecho del que lo pide, o ambos simultáneamente; luego, determinar si hay un procedimiento particular que sea propio y realizable sólo en el embargo; y finalmente establecer la situación jurídica que se crea a partir del sometimiento de bienes, ya sea con relación a ellos o con las personas que son dueños, poseedores o simples custodios de la cosa.

Estos son encuadres que corresponden al derecho procesal, y se aclaran porque también el embargo es analizado por el derecho civil, que lo concibe como un derecho real,[2973] en la medida que es una potestad del titular para tener un poder directo e inmediato sobre la cosa; lo cual es contradictorio porque, salvo situaciones excepcionales de afectación por el titular (*v. gr.* embargo voluntario para afianzar), la

2972. Cachón Cadenas, Manuel, *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 23.

2973. Ramos Folques, Rafael, El procedimiento real de las anotaciones preventivas del embargo, en *Revista de Derecho Privado*, 1952, p. 720; Roca Sastre, Ramón María; Roca-Sastre i Muncunill, Luis y Bernà i Xirgo, Joan, *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 7ª ed., 1979, p. 222, cfr. Cachón Cadenas, Manuel, *El embargo*, *op. cit.*, p. 67.

indisponibilidad la pretende el embargante y no tiene poder alguno sobre la cosa, sino, en todo caso, sobre el derecho que lo fundamenta.

En consecuencia:

> … no es posible trasladar al embargo el esquema peculiar de las situaciones y relaciones jurídicas pertenecientes al derecho privado. Es cierto que alguno de los efectos del embargo incide, indirectamente, en el ámbito sustantivo. Pero hay otros cuyo alcance queda circunscripto al desarrollo del proceso.[2974]

585. El poder cautelar

El embargo está inserto dentro de las medidas cautelares que se pueden disponer de oficio o a petición de parte interesada. Como son esencialmente discrecionales, también el embargo corre esa suerte, aunque sea la medida más habitual y corriente por la versatilidad y adaptación que tiene para afectar cosas y bienes registrables.

La autoridad del tribunal permite elegir la medida más apropiada al fin dispuesto, sea preventivo o ejecutorio, en cuyo caso, también es diverso el sistema de ejecución y cumplimiento. Si la medida es el embargo, el poder jurisdiccional será cautelar cuando la orden de afectación sea preventiva; mudando el carácter a lo puramente ejecutorio cuando se trata de realizar las cosas o bienes oportunamente embargados.

Esta diferencia tiene importancia e impacta en la discrecionalidad. Mientras en la etapa cautelar el juez conserva el poder de disposición (porque las medidas cautelares son provisionales y esencialmente conservatorias, y pueden cambiarse por otra cuando la finalidad sea más efectiva), no ocurre así en la etapa ejecutiva, donde la realización de los bienes sólo puede alterarse por una sustitución voluntariamente aceptada por el ejecutante del derecho (*v. gr.* impedir la subasta del bien por el pago de suma líquida). En esto la distancia del interés es manifiesta. La potestad dispositiva del órgano jurisdiccional tiene naturaleza pública; en consecuencia, es distinta de la facultad de disposición que corresponde al titular de los bienes embargados.

Hasta tal punto esto es así que –dice Manuel Cachón Cadenas– "durante la vigencia del embargo, pueden coexistir ambas situaciones

2974. Cachón Cadenas, Manuel, *El embargo*, *op. cit.*, p. 68.

jurídicas subjetivas, aunque la facultad dispositiva del ejecutado sufra algunas limitaciones".[2975]

586. El poder dispositivo del embargante

Quien consigue una medida cautelar no se hace dueño de un derecho especial que pueda tener una naturaleza distinta al efecto que produce un acto procesal favorable a la petición realizada. Con ello queremos indicar que no se adquiere ningún derecho real, y las únicas ventajas son de orden técnico, como puede ser la *preferencia* en el cobro, que no es un *privilegio* del derecho material.

En la práctica, el embargo no crea ni declara derecho alguno, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte en real la acción que carezca de este carácter, ni prejuzga sobre la situación del crédito, entre otras consecuencias que se quieran encontrar.

El poder que tiene el embargante, una vez que consigue superar la admisión formal que hace procedente el requerimiento, consiste en la elección del objeto sobre el cual recaerá la medida; si fuesen bienes muebles, podrá seleccionarlos con las limitaciones de la inembargabilidad, y aunque afecten el derecho de terceros que, en su caso, podrán plantear las acciones que competan a cada caso (*v. gr.* levantamiento de embargo; tercería de mejor derecho; etc.). No obtiene la posesión de la cosa; sólo consigue una situación procesal que le acredita una ventaja respecto de otros acreedores del deudor que aún no tuvieran resguardos legales. En su caso, el embargo competirá con otros créditos en la preferencia para el cobro, o en la calidad del reaseguro (*v. gr.* los créditos que tienen privilegios son de mejor "calidad" que los que cuentan sólo con preferencias).

El embargante sólo tendrá la cosa si, al tiempo de trabar la medida, practica simultáneamente el secuestro y es designado depositario; de otro modo, el embargado mantiene el deber de custodia. Al referirse a la privación del deudor de la facultad de disposición sobre sus bienes y derechos, Prieto Castro señala lo siguiente:

> … un efecto de tal clase es de gran importancia fáctica, porque los bienes no pasan a poder del depositario inmediatamente después del embargo,

2975. Ibídem, p. 70.

ni tampoco la anotación registral del embargo se practica de forma inmediata, de manera que el deudor se podría sentir tentado a disponer de los bienes durante el lapso de tiempo que media entre el embargo y la ejecución de la correspondiente medida de aseguramiento de la traba.[2976]

587. Las modalidades del embargo

El embargo tiene tres modalidades. Dos son de naturaleza precautoria, propiamente dicha, por eso se llaman *embargo preventivo* regulado en los artículos 209 a 212 del Código Procesal y *embargo ejecutivo*, que se otorga al acreedor de una obligación documentada en un título que trae aparejada ejecución.[2977] El restante se denomina *embargo ejecutorio*, se admite en los procesos de ejecución forzada (ejecución de sentencias) y persigue la realización inmediata de los bienes que se indisponen.

El *embargo preventivo* o precautorio persigue asegurar el resultado futuro de una sentencia, impidiendo que el deudor se desprenda de los bienes cautelados provisoriamente, los que se afectan al pago eventual e hipotético de una sentencia favorable. Es una herramienta disponible con los presupuestos generales de las medidas cautelares, pero también procede en situaciones regladas que le permiten eludir estos recaudos, en forma total o parcial, en cuyo caso el requisito de admisión es el encuadre legal previsto.

Por su lado, el *embargo ejecutivo* respalda la ejecución forzada del crédito. Este puede provenir de una obligación previamente documentada que, al ser reclamada en un juicio ejecutivo, faculta al acreedor a anticipar el resguardo con un embargo de tipo preventivo, que se convierte en ejecutivo tras la sentencia que manda llevar adelante la ejecución; o bien, ser producto del acto consecuente y necesario de la ejecución de sentencia, que constituye el presupuesto para que el embargo sea *ejecutorio*, y así se convierte en un modismo del embargo ejecutivo.

La diferencia está en que el *embargo preventivo* es *provisional* y *condicionado* al resultado que la sentencia persigue obtener; mientras que el *embargo ejecutivo* es también *provisional*, pero no *requiere de presupuestos*

2976. Prieto Castro, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 106.

2977. Arazi, Roland y Rojas, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., T. I, 2001, p. 675.

de admisión porque ellos están ya enumerados en la ley (*v. gr.* el art. 502 del CPCCN, al comienzo, establece que si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada o hubiese liquidación aprobada, a instancia de parte se procederá al embargo de bienes, de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo). Por su parte, el *embargo ejecutorio* es definitivo porque permite proceder de inmediato al cobro del crédito respectivo.

Cabe aclarar que el embargo, aun ejecutorio, no consagra automáticamente derechos, porque su ámbito es por naturaleza instrumental. Aquel sirve al fin del cumplimiento de la ley que es la única fuente esencial de derechos. Si el contenido de esta fuente se altera, no cabe que por un mero juego de relaciones temporales de índole procesal, ciertos derechos se petrifiquen al margen del cambio legislativo y aseguraren a quien no es sino titular de una disposición de tal carácter instrumental el goce de un derecho de fondo que ha cesado de asistirle. Palacio sostiene que el embargo de este tipo no actúa propiamente como una medida cautelar, porque se diferencia en los presupuestos y en las consecuencias; no requiere la prestación de contracautela, no está sometido a plazo de caducidad y sólo puede levantarse si el bien es inembargable o si prosperan algunas de las excepciones previstas por el ordenamiento.[2978] Criterio que no compartimos porque el embargo no es un derecho autónomo, sino un instrumento de la tutela cautelar que puede revertir su estado.

En efecto, el embargo como acto único de afectación de bienes puede ser, sucesivamente, *preventivo*, *ejecutivo* y *ejecutorio*, pues la naturaleza depende del tiempo y de los actos que respalda con los bienes.[2979] No obstante, si se anulare el procedimiento ejecutivo o se declarase la incompetencia, el embargo trabado se mantendrá, con carácter preventivo, durante quince días contados desde que la resolución quedó firme. Se producirá la caducidad automática si dentro de ese plazo no se reiniciase la ejecución (art. 546, CPCCN).

2978. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 232.

2979. Dice Rivas: "… para que el embargo preventivo adquiera la potencia de un ejecutorio será preciso que el vencedor en el juicio de conocimiento inicie la ejecución de sentencia consiguiente pues ello hace a su poder de disposición; en esas condiciones, tendrá trascendencia real la transformación del preventivo en ejecutorio que se produce de pleno derecho y sin necesidad de una declaración judicial específica" (Rivas, Adolfo Armando, *Medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 174).

El caso es una suerte de reversión del estado progresivo que puede adquirir el embargo. Decretada la nulidad procesal del trámite, o habiéndose declarado la incompetencia del tribunal para entender en el juicio ejecutivo promovido, el proceso vuelve a su punto de inicio, es decir, se anula todo lo actuado desde el momento en que el vicio se produce.

La anulación obedece al error de procedimiento, y no puede afectar ni alcanza a las actuaciones cumplidas en orden a la admisión formal del título ejecutivo, el cual al tener superada la etapa de verosimilitud, proyecta su eficacia a los actos de aseguramiento que se hubieran conseguido. Por eso, si bien el código de rito refiere al mantenimiento del embargo decretado, la continuidad alcanza a otras medidas cautelares, como la inhibición general de bienes o las intervenciones dispuestas.

El error *in procedendo* exige reparación inmediata, acordando al actor un plazo de quince días (hábiles) contados desde que queda firme la providencia que declara la nulidad para reiniciar la ejecución o enmendar el vicio advertido. Si transcurre el tiempo establecido y el actor no concreta los actos consecuentes, cesa *ipso iure* la vigencia del embargo; quedando a cargo del afectado el levantamiento de las medidas ordenadas, sin más trámite que requerir la emisión de los oficios necesarios para informar al registro respectivo cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrables. Si lo embargado fuesen bienes muebles, útiles y/o mercaderías, la caducidad es automática.

El *embargo ejecutorio* se decreta exclusivamente en etapa de ejecución de sentencia y constituye una etapa ineludible del procedimiento, a diferencia del trámite opcional que ocurre cuando actúa en el molde de lo ejecutivo.

587.1 Procedencia del embargo preventivo

El embargo preventivo procede en dos vías. Una *general* sustentada en los presupuestos requeridos para todas las medidas cautelares y la cobertura adicional de la información de abono, destinada a acreditar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora; y otra *reglada*, en la que basta encontrarse en las situaciones que la ley describe para la admisibilidad inmediata. En ambos casos la pretensión de embargo se puede deducir antes o después de presentar la demanda

(o inserto el pedido dentro de ella), con la variación que en algunos casos predispuestos por la norma no se va a exigir prestar contracautela.

El Código Procesal engloba todas las situaciones que dan lugar al embargo preventivo con una clasificación similar, de manera que será procedente cuando concurran las siguientes circunstancias: a) Relación convencional previa; b) verosimilitud del derecho; c) peligro en la demora; d) supuestos especialmente previstos (reglados).

No obstante, en los casos de embargos especialmente dispuestos, como sucede con las reglas de los artículos 209 a 212 del código referido, es posible distinguir la procedencia cuando la existencia de la deuda se demuestra con instrumentos públicos o privados; respecto de aquellas contingencias basadas en la sospecha fundada de que la deuda no será cumplida, caso en que será necesario elaborar la cautela sobre el peligro en la demora. Cuando el análisis versa sobre estas particularidades, no es necesario acumular los presupuestos de admisión, sino que basta con acreditar la apariencia razonable del derecho o el riesgo de no adoptar decisiones de inmediato.

En los casos del artículo 209 es necesario que el demandante posea un crédito en dinero o en especie. Si es del primer tipo, la necesidad es de suma líquida o fácilmente determinable; en cambio, cuando resulta en especie, debe acreditarse la posibilidad de un resarcimiento indemnizatorio.

En consecuencia, los casos de embargos reglados que escapan a los presupuestos objetivos y subjetivos de las medidas cautelares (o los cumplen parcial o indistintamente) imponen demostrar en la petición que la deuda que se reclama es líquida o de fácil determinación, o en su caso, que se vincula con un deber de dar, hacer o no hacer que puede justipreciar el daño por la omisión de acatamiento. Con ello estará en condiciones de plantear el embargo en los casos que la norma particulariza.

a. Deudor sin domicilio en la Argentina

Varios códigos adjetivos de nuestro país otorgan al acreedor el derecho de pedir un embargo preventivo sobre bienes del deudor que no tiene domicilio en Argentina. El deudor referido es sólo una licencia del idioma porque, en realidad, corresponde interpretar que

se trata del sujeto pasivo de la demanda. La sola circunstancia de no tener domicilio en el lugar donde tramita el proceso es suficiente para acordar el embargo preventivo del demandado (si fuera el actor quien no tuviera domicilio local, la vía es el arraigo), siempre, claro está, que haya acreditado y justificado el carácter de la deuda.

Por eso, sostiene Omar Díaz Solimine que "la mera circunstancia de que el deudor tenga domicilio en el extranjero crea la presunción de peligro en la demora, circunstancia esta última que no releva al peticionario de acreditar la verosimilitud del derecho".[2980]

Nos parece evidentemente desproporcionado el derecho que se acuerda al demandante,[2981] porque además de discriminatorio y contrario al derecho internacional de los derechos humanos (genera una discriminación inversa al dar un derecho por la residencia sin posibilidad de equilibrio o igualdad en el derecho del afectado), autoriza a eximir de responsabilidad a quien obtiene la medida, aun cuando fuera trabada indebidamente (cfr. art. 208, CPCCN).

Obsérvese también el caso de personas jurídicas extranjeras sin domicilio cierto en el país, pero con filiales conocidas, pues para ellos no debiera regir el supuesto de marras, ante las leyes internas que disciplinan la constitución de sociedades extranjeras y la organización de sucursales. Inclusive, la condición de extranjero sin domicilio verificable no determina por sí la presunción de que se habrá de eludir la acción de la justicia o entorpecer la posibilidad de lograr cauciones, pues ello poco sugiere sobre su persona para concluir en una valoración negativa; en realidad, lo que importa es que no tenga bienes en la república antes que un domicilio propiamente dicho.

2980. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, T. IV, 2005, p. 283 (comentarios al art. 209 a cargo de Omar Díaz Solimine).

2981. Sostiene Palacio: "... la solución resulta cuestionable, pues el mero hecho de carecer de domicilio en la República (o en la provincia), si bien puede eventualmente dificultar la sustanciación del juicio no compromete la responsabilidad patrimonial del deudor ni afecta el derecho del acreedor, a quien la ley acuerda una amplia tutela cautelar con prescindencia de aquel hecho" (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 120)

b. Créditos documentados

La posibilidad de requerir un embargo preventivo, sosteniendo la verosimilitud con títulos de respaldo, no siempre es factible dado que el tipo de documentos condiciona la procedencia. Cuando son instrumentos públicos de los reglamentados en el artículo 289 del Código Civil y Comercial, la existencia del crédito es lo único que facilita la admisión de la cautela, porque si el documento también contiene el reconocimiento de deuda líquida, que puede encontrarse vencida y, por tanto, ser exigible, es mejor plantear la validez ejecutiva del título con el adecuado tipo de embargo.

Alsina sostiene:

> … en determinadas circunstancias, es posible que convenga más a sus intereses optar por un embargo preventivo. Por ejemplo, si teme que su deudor enajene sus bienes, puede pedir un embargo preventivo el que […] se diligenciará sin previa intimación de pago.[2982]

Lo cierto es que la utilidad del instrumento público para obtener el embargo preventivo es poco frecuente pues produce mejores resultados el embargo ejecutivo disponible. En cambio, la utilidad del *instrumento privado* es evidente, porque consiente asegurar el cumplimiento de una obligación exigible pactada en un documento que por sí mismo no trae aparejada ejecución. Este, a los fines del embargo, requiere la información sumaria de dos testigos que declaren sobre la autenticidad de la firma del deudor inserta en el documento, es decir, no resulta necesario que abonen con su presencia la celebración del acto o que conozcan el contenido del instrumento. No obstante, la autenticidad de la firma se puede conseguir con otros mecanismos de igual validez, como la certificación notarial[2983] o el dictamen pericial pertinente.

2982. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, T. V, p. 468.

2983. Díaz Solimine aclara que esta posibilidad se encuentra especialmente prevista en el art. 523, inc. 2, del Código, respecto de los títulos ejecutivos instrumentados en documento privado suscripto por el obligado o cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo, de modo que la aplicación analógica se impone (Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 285). También Palacio argumenta que el precepto no excluye la posibilidad de que la autenticidad de la firma resulte de

En algunos supuestos se pone en duda la posibilidad de trabar un embargo preventivo si el título no resulta indubitable, sea por sus condiciones extrínsecas como por faltar el reconocimiento de deuda líquida, vencida y exigible. El argumento para impedirlo se basa en que el documento no tiene verosimilitud suficiente; sin embargo, la admisión de la medida tiene como presupuesto general la existencia de una deuda en dinero o especie, y que se reconozca la autenticidad del crédito abonando la firma del deudor con cualquiera de los mecanismos recién indicados.

En todo caso, la confusión surge derivada de la confrontación que tiene el instrumento privado (art. 523, inc. 2, CPCCN) como título ejecutivo portador del derecho a conseguir un embargo de esa naturaleza. Es cierto que el sistema procesal argentino adopta una etapa de conocimiento previo que desnaturaliza la esencia de la ejecución pura, tornando al embargo ejecutivo en preventivo, mientras no se dicte la sentencia que manda llevar adelante la ejecución; pero también es cierto que esta naturaleza está discutida y que el embargo precautorio custodia la deuda en dinero o especie, sin necesidad de que esté vencida y considerada exigible.

Si queda demostrado el peligro que sufre el demandante de no obtener el embargo, y el crédito lo sufraga dentro de los esquemas previstos por la norma legal (arts. 209 a 212, CPCCN), nos parece que no podría negarse la procedencia.

Algunos ordenamientos procesales, como el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe (art. 277), son más claros al respecto:

> En cualquier estado de la causa y aun antes de la demanda podrá el actor pedir el embargo preventivo de bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho.

Este sentido corriente en lo precautorio debiera ser la regla de razonabilidad para el embargo preventivo. Vale decir, si la deuda existe

---

circunstancias ajenas a la información de abono, lo que ocurre si aquella se encuentra certificada por escribano o no ha sido desconocida por el demandado. Es obvio, por lo demás, que el actor puede prescindir de la mencionada información, que comporta un procedimiento institutito en su beneficio, y requerir, en cambio, la citación del presunto deudor en la forma prescripta para la preparación de la vía ejecutiva, y resulta admisible, en caso de negativa, la práctica de prueba pericial (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 107).

y el crédito se demuestra, la contracautela obraría como reaseguro del afectado, anteponiéndose a la discrecionalidad del juzgador que dictamina condiciones que la ley no exige.

c. Contratos bilaterales

Hablar de contratos bilaterales es ciertamente impreciso, dado que la existencia de partes contratantes es la característica de todo contrato. La negociación, celebración y documentación del acuerdo alcanzado construye la convención.

La bilateralidad se refiere entonces a la posibilidad de tener mutuas estipulaciones, de modo que, habiendo cumplido una cuanto se comprometió a realizar, tiene derecho a exigir de la otra su parte en la ejecución, pudiendo plantear contra este un embargo preventivo, presumiendo una eventual renuencia u oposición infundada.

De algún modo, es un complemento de la deuda en dinero o especie previsto como condición general, por lo cual las firmas del contrato se deben demostrar con la información de abono. Hay algo más: el demandante tiene que probar, al igual que las reglas dispuestas por el Código Civil y Comercial (arts. 1031, 1032, 1087 y concordantes), que él ha cumplido la prestación u ofreciese hacerlo, salvo que la obligación sea a plazo. En este último caso, el solicitante tendría que acreditar que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, o que procura disminuir notablemente su patrimonio después de contraída la obligación.

La prueba se rige por los principios generales, pero puede extraerse la verosimilitud del contenido de la pretensión expuesta en la demanda principal, donde el actor pone de manifiesto su voluntad de cumplir o de haber realizado las mandas que a él correspondían.

El Código Procesal contempla la hipótesis en el artículo 209, inciso 3:

> Que fundándose la acción en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo en este caso probarse además sumariamente el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que este ofreciese cumplirlo o que su obligación fuese a plazo.

Esta disposición es demasiado vaga y diluida ante la multiplicación casuista que obliga a resolver caso por caso un derecho precautorio que no debería sufrir tanta dilación. Más aun, si se tiene en cuenta que la apariencia de obrar con derecho requiere, únicamente, una

verificación sumaria. Por eso hay situaciones confusas como el tipo de pretensiones admisibles. La norma señala el cumplimiento del contrato, no la rescisión, contingencia que parece más una inadvertencia que una prohibición. Palacio, por ejemplo, señala:

> … el embargo procede no obstante reclamarse la rescisión de un contrato bilateral, como es la compraventa, si del correspondiente boleto surge la entrega, por el actor, de una suma de dinero en calidad de seña y aquel es reconocido o sus firmas son abonadas por testigos, o bien el demandado reconoce haber recibido la seña, aunque en tales casos el embargo debe limitarse al importe de aquella.[2984]

d. Deuda justificada en libros de comercio

El inciso 4 del artículo 209 del ordenamiento local dispone que procede el embargo preventivo cuando:

> … la deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que estos puedan servir de prueba, o surja de la certificación realizada por contador público nacional en el supuesto de factura conformada.

Los casos previstos se refieren a distintos supuestos: i) libros de comercio en general, llevados por el actor en debida forma; ii) boleto del corredor de comercio asentado en sus libros; iii) certificación contable en el supuesto de factura conformada.

De todas formas, los supuestos son indicativos pues las situaciones concurrentes, similares o paralelas tienen igual derecho precautorio, en la medida que detrás de cada documento está la firma de quien compromete con ella su responsabilidad profesional, lo que permite deducir la veracidad del contenido.

Con relación a los *libros de comercio*, la justificación de que son llevados en legal forma corresponde realizarse por perito contador designado de oficio en la causa donde se promueve la tutela cautelar o se requiere el embargo (causa en trámite); ello impide que la compulsa provenga de un informe particular, porque la exigencia apunta no solamente a la idoneidad de la compulsa, sino también a la independen-

2984. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 112.

cia de las partes que intervienen en el conflicto. La excepción está en el párrafo final del artículo 206.4, pues la certificación contable particular sólo es hábil en el ámbito de la factura conformada.

El contenido del informe contable tiene, a su vez, condiciones para que sirvan a los fines que se solicita. Decir que "son llevados en legal forma" o que no lo son en la forma dispuesta por la ley no resulta bastante para acceder al embargo preventivo, toda vez que debe correlacionar los asientos con la deuda reclamada (lugar, tiempo de celebración, fecha de cancelación, previsión presupuestaria, imputación, estado contable, etc.). Si se trata de libros contables llevados en el exterior, quien pretende la cautelar debe tramitar en la sede correspondiente la diligencia procesal, y resulta imposible sustituirla con informes particulares.

Finalmente, corresponde advertir dos cuestiones que problematizan la eficacia del instrumento. La primera es de orden formal, porque son tantas las condiciones de admisión y las demoras posibles hasta llegar al dictamen, que ponen en crisis la idoneidad que se pretende. La segunda es que no se tiene en cuenta la posibilidad de anular el dictamen pericial frente a distintas cuestiones, como la ausencia de control del acto, la impugnación por falsedad del informe, o el incidente de nulidad procesal.[2985]

Por último, la *certificación contable* sólo es admisible en la factura conformada. Aclara Díaz Solimine que este documento

> … sirve de título suficiente para la acción ejecutiva, a opción del acreedor, la certificación contable emanada de contador público realizada sobre los libros del vendedor. Como se impone la necesidad de intimar al pago al deudor por cuarenta y ocho horas, quedando habilitada la vía judicial después de transcurridos diez días sin que ese pago haya sido verificado (art. 14, Decreto Ley 6601/63 ratificado por Ley N° 16478), es posible obtener el embargo preventivo sin cumplir estas exigencias, sin perjuicio de que luego se inicie el proceso ejecutivo.[2986]

2985. El art. 202 del Cód. Proc. autoriza al perjudicado por la medida cautelar para acreditar, en cualquier momento, la falsedad de la certificación y obtener de tal manera el levantamiento de aquella (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 117).

2986. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, op. cit.*, T. IV, pp. 295-296.

e. Deuda sujeta a plazo o condición

El artículo 209, inciso 5, del Código Procesal transmite claramente la idea de evitar que el deudor realice maniobras financieras destinadas a alterar su disponibilidad patrimonial. La norma establece:

> Que aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.

En el ordenamiento es una previsión singular que debió estar incluida en un inciso anterior, sin quitar con ello las exigencias que tornan viable su procedencia. En efecto, las posibilidades para plantear un embargo preventivo son dos: i) *cuando el deudor enajena, oculta o transporta sus bienes*, persiguiendo con ello perturbar la garantía que ofrecen al acreedor; o ii) *cuando después de contraída una obligación, el patrimonio del deudor se disminuye apreciablemente.*

La prueba directa es indudablemente la que confirma mejor la intención de quien pretende insolventarse, pero como a veces ella es dificultosa, se recurre habitualmente a las sospechas fundadas que trabajan sobre indicios y presunciones. Este supuesto se limita a la obligación condicional, es decir, a aquella que está subordinada a un acontecimiento incierto y futuro que puede llevar o no a la adquisición de un derecho o la resolución de uno ya adquirido (art. 528, CCyCN); por tanto, mientras la ejecución del contrato sea efectiva, las situaciones de disminución patrimonial que se pretendan como provocadas con intención de perjudicar al acreedor deben ser notables o manifiestas, pues la precariedad de medios no justifica la medida.

En tal sentido dice Norberto Novellino:

> … si bien *notable* y *apreciable* hacen al criterio subjetivo del juzgador, el segundo tiene mayor entidad y exteriorización. En cuanto a la *solvencia* es obvio que puede acreditarse mediante una pericia contable u otros medios informativos como son oficios al Registro de la Propiedad, informes bancarios, etcétera.[2987]

2987. Novellino, Norberto, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, La Ley, 5ª ed., 2005, p. 156.

La disminución patrimonial no tiene que ser dolosa o fraudulenta, bastando con la intención de sustraer el patrimonio comprometido a las acciones del acreedor (*v. gr.* constituyendo una hipoteca, ya que la anotación en el folio real de la emisión del certificado creará la presunción seria de que el deudor está cambiando las preferencias).

En síntesis, las figuras descriptas en el régimen procesal transmiten claramente la idea de una maniobra instrumentada con el propósito de resguardar el patrimonio del deudor de todo tipo de medidas que puedan afectar su disponibilidad, es decir, se procura evitar que los bienes puedan ser alcanzados por diligencias precautorias, disminuyendo la solvencia de aquel. Se trata de aquello que genera la presunción de que el deudor intenta ocultar su patrimonio con el propósito de sustraerlo del alcance de sus acreedores.

587.2 El embargo preventivo en situaciones específicas

Nos referimos en este pasaje a lo dispuesto en el artículo 210 del Código Procesal cuando establece con el título "otros casos", varios supuestos de admisión del embargo preventivo. Dice el precepto:

> Podrán igualmente pedir el embargo preventivo:
> 1. El coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia del condominio, o de la sociedad, si acreditaren la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora.
> 2. El propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que les reconoce la ley. Deberá acompañar a su petición el título de propiedad o el contrato de locación, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias.
> 3. La persona a quien la ley reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justificare en la forma establecida en el art. 209, inc. 2.
> 4. La persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.

La enumeración refleja el anacronismo producto de las primeras leyes procesales de nuestro país. La única explicación que brinda este artículo es sobre supuestos especiales que permiten la procedencia

del embargo preventivo, pero aun así son innecesarios pues basta con los presupuestos generales para que estos entren en consideración. Por ello, entendemos que no es una enumeración taxativa, sino enunciativa de situaciones habituales de conflictos que requieren asegurar el objeto a resolver.

La confusión que plantean es evidente, por ejemplo, en los casos del inciso 1 que exigen la demostración del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, mientras que para el inciso 4 solamente pide que la documentación sea verosímil. La discordancia podría llevar a la suposición que los presupuestos no coinciden para todos los casos, sino para algunos, lo que constituye un verdadero error.

a. Conflictos patrimoniales entre herederos, condóminos o socios

El embargo lo puede requerir el *coheredero*, *condómino* o *el socio*, siempre que acrediten la calidad invocada, cuando demuestren que sus pares en las respectivas situaciones pueden afectar sus derechos en la sociedad.

Cada uno reporta en las acciones procesales previstas un complemento posible; por ejemplo, el artículo 690 del Código Procesal establece medidas preliminares y de seguridad para conservar el patrimonio y documentos del causante; cuando se trata de dividir el condominio (art. 1997, CCyCN) mientras no sea una indivisión forzosa, también procede a asegurar el bien; o en el caso de conflictos patrimoniales entre socios autoriza a indisponer las acciones mientras se aclara el entuerto.

Si se admite que la institución de herederos crea un estado de indivisión similar al condominio en el sentido lato de copropiedad o concurrencia de varias personas con un derecho de igual naturaleza sobre el mismo bien; ello tornaría aplicable la disposición del artículo 1990 del Código Civil y Comercial, que veda a uno de los condóminos ejercer sobre la cosa común, o sobre la menor parte de ella, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad sin el consentimiento de los otros. La prevención para ello, suficientemente demostrado, tolera el decreto de embargo preventivo.

Precisamente, conforme lo preceptuado por el artículo 1990 indicado, ningún condómino puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella actos mate-

riales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto. Igual sucede con el cotitular de un fondo común de inversión que puede reclamar la cautelar, al mismo tiempo que reclame por la reparación del daño causado por la administración y gestión financiera de la inversión, toda vez que lo haga con base en un certificado emitido a la orden recíproca. Ello implicaría que los cotitulares se atribuyeron mutuamente la facultad de disponer del destino de los fondos con prescindencia de los restantes, quedaría así demostrado el *fumus bonis iuris*.

Los embargos entre socios están reglamentados en la Ley N° 19550 con criterio restrictivo. Por ejemplo, el artículo 114 de la mencionada norma extrema las exigencias relativas a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora contrariamente a la pauta directriz genérica en materia cautelar, el cual sin embargo se ve atenuado cuando se trata de establecer un mero control informativo.[2988]

El embargo procede no por el tipo de conflicto, sino porque el que lo pida demuestre con la existencia del crédito en dinero o especie que la contraparte puede vulnerar la ejecución del resultado si antes no se inmoviliza el bien o la cosa objeto de la controversia. Es decir, debe acreditarse el "humo de buen derecho" y el "peligro en la demora".

b. Conflictos de locación

La redacción algo confusa de este inciso no impide admitir la prevalencia de normas sustanciales sobre las adjetivas. Es evidente que la ley material invade el ámbito del derecho procesal con el objeto de proteger al locador, y para ello establece la vía ejecutiva en el artículo 1208 del Código Civil y Comercial. Así, la acción ejecutiva del locador procede no sólo para el cobro de los alquileres que se adeuden, sino también para el de cualquier otra deuda contractualmente derivada

2988. CNCom., Sala C, "Elola c./ Frigorífico General Deheza, S. A.", 30/8/1988, *LL*, 1989-A-373; *DJ*, 1989-1-553. Asimismo, el embargo previsto en el art. 83, inc. 3, *in fine* de la Ley N° 19550 sólo procede cuando el acreedor de una sociedad en trámite de fusión vea disminuida la garantía común de su crédito por la concurrencia de los acreedores de la otra sociedad, por ejemplo, cuando la situación patrimonial de esta última no sea floreciente (CNCom., Sala D, "OEM Telefonía Celular Argentina S.A. c./ Miniphone S.A.", 4/3/2000, *LL*, 2000-F-302; *DJ*, 2000-3-1113).

de la locación. Esta norma se complementa con el artículo 1225 del Código citado, que hace extensiva la obligación y permite la vía ejecutiva contra quienes garantizaron su cumplimiento.

Los créditos por los que se reconoce el derecho a accionar, en los términos del artículo 1208 comentado, se extienden a cualquier otra deuda derivada de la locación, esto es, cláusula penal, impuestos, tasas y expensas ya abonados con los accesorios correspondientes, si el contrato puso su pago a cargo del locatario. Recuérdese que en este caso la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar (art. 199, CPCCN), de manera que basta con demostrar los presupuestos de tolerancia.

La limitación prevista en orden a que sea citado el locatario para expresarse al respecto, se relaciona con el derecho de retención que tiene el locador respecto de los objetos que adornan el inmueble arrendado y a ese efecto basta la presentación del título de propiedad o del contrato de locación sin que sea necesario que el locatario exhiba el último recibo, que es una exigencia reservada para la preparación de la vía ejecutiva en arriendos de pago pendiente.[2989]

El embargo preventivo –cuando no recae sobre bienes objetos del juicio o que tengan privilegios– puede sustituirse a pedido del afectado por una fianza personal equivalente.

En suma, este precepto procura la satisfacción plena de los créditos que tenga el propietario o locador de predios rústicos o urbanos, exista o no contrato de locación. La garantía que el embargo garantiza se aplica a las cosas afectadas por el citado privilegio, a cuyo efecto de resguardo es menester diligenciar un mandamiento.

c. Privilegios sobre muebles e inmuebles

El embargo que se autoriza en este acápite se fundamenta a favor de las personas que tienen un privilegio sobre bienes muebles o inmuebles y han demostrado previamente el derecho a la cautela en la forma prevista en el artículo 209, inciso 2 del ritual; vale decir, por medio de instrumento público o privado, abonadas las firmas por dos testigos.

2989. Novellino, Norberto, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, p. 161.

La regla está en el artículo 2573 del CCyCN:

> *Definición. Asiento*. Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley.

Cualquiera sea el privilegio del acreedor, no podrá ejercerse sobre el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio. Sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención (conf. art. 219, CPCCN sobre bienes inembargables).

El artículo 2582 del CCyCN enumera los privilegios especiales sobre los bienes que en cada caso se indica:

a. los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre esta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal;
b. los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos;
c. los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre estos;
d. lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre esta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla;
e. los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;
f. los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería En todos los casos el crédito se confirma con las pautas ya indicadas, pero gozan del beneficio de no tener que demostrar la cuantía del crédito.

d. Otras acciones

El inciso 4 permite el embargo preventivo a favor de quien promueve una acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación; que se aplica sobre el objeto que se pretende asegurar (recuperación del inmueble o muebles; bienes del sucesorio y cosas afectadas en la simulación, respectivamente), y mientras dure la situación litigiosa. El requisito de procedencia son documentos fehacientes que demuestren la verosimilitud del derecho. No se necesita acreditar el peligro en la demora. Esto determina que, para la admisión de la medida precautoria solicitada, la apariencia fundada del derecho que se pretende asegurar no supone la prueba plena sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que precisamente constituyen el objeto del litigio. Precisamente el problema estaría en prueba documental que es de difícil o imposible obtención, como sucede en los procesos de simulación.

Por eso, a los fines de ordenar la precautoria, el valor probatorio del contenido del instrumento privado, cualquiera fuese la vía por la cual se ha establecido su autenticidad, se debe considerar análogo al del instrumento público, comprendiendo a los firmantes y a sus sucesores universales.

Sin embargo, corresponde distinguir la verdad material de la relación de los hechos consignados en el documento y la sinceridad de estos. Con relación a la verdad material de instrumento, este hace plena fe hasta la querella criminal de falsedad o la acción civil de redargución de falsedad, lo cual significa que, para desvirtuar la eficacia del instrumento respectivo de la realización de los hechos aseverados bajo la firma de las partes, será menester demostrar su falsedad, que si es aducida por alguna de las mismas partes, no puede resultar sino de la prueba de la adulteración del documento. En cambio, la sinceridad del instrumento vale hasta prueba en contrario que es posible rendir por cualquier medio y principalmente por el contradocumento que lo desvirtúa, de relevante aplicación en los casos de simulación.

En suma, la procedencia del embargo preventivo en procesos por declaración de simulación por un tercero requiere, para considerar acreditado el *fumus bonis iuris*, que surja el carácter ficticio del negocio y el perjuicio que ocasiona a quien lo impugna. La calidad y el monto de la caución real respecto de una medida cautelar se graduará en

función de la mayor o menor verosimilitud del derecho, teniendo en cuenta además la naturaleza de la pretensión cuyo resultado se quiere asegurar, los bienes involucrados y la gravedad de la medida.

De alguna manera, la misma ventaja tiene la *acción reivindicatoria* (art. 2248 y ss., CCyCN) porque no requiere acreditar el peligro en la demora; sólo exige que el "humo del buen derecho" se ratifique con la prueba documental, sin resultar suficientes las manifestaciones unilaterales del actor o la información de abono de testigos.[2990]

En un proceso reivindicatorio, el embargo es producto de la necesidad que se quiere preservar, y las defensas de fondo han de ser oportunas. Por eso, si el demandado quiere resistir el embargo con el derecho de retención debe hacerlo al tiempo de contestar la demanda y no después, ello por aplicación de los principios de eventualidad y preclusión.

La acción reivindicatoria nace de un derecho real que se ejerce con la posesión, por ello cuando los artículos 2256, 2257 y 2258 del Código Civil y Comercial realizan las presunciones antes referidas a "títulos", ello no debe entenderse en un sentido documental o formal como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de transmisión o adquisición de la propiedad, es decir, el acto jurídico que le sirve de causa a la tradición de la cosa, comprendiendo tanto a los traslativos de dominio como a los declarativos.

El título exigido para ejercer la acción reivindicatoria no es el instrumento sino la causa de la que proviene el derecho de dominio. Por ejemplo, el comprador de un inmueble tiene acción para peticionar su reivindicación contra el tercero poseedor, aun cuando personalmente no haya tenido la posesión, invocando la que tuvieron sus antecesores en el dominio, pues la venta importa implícitamente la cesión de todos los derechos y acciones que el vendedor tenía sobre la cosa. Por tanto, no es necesario que el reivindicante haya sido desposeído, resulta suficiente que lo haya sido alguno de sus predecesores en el dominio.

Finalmente, debemos observar la situación que afecta los bienes que quedan embargados. Aquí aparecen varias situaciones: la venta en pública subasta del bien objeto de la acción no obsta a la traba del embargo solicitada en los términos del art. 210, inciso 4, del CPCCN. La medida

2990. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, op. cit.*, T. IV, p. 313.

debe afectar el depósito dinerario resultante del remate en tanto, por subrogación real, el precio obtenido sustituye al bien enajenado. Asimismo, como el artículo en cita hace referencia al embargo preventivo que se traba con respecto a la cosa demandada mientras dure el juicio, la sustitución del inmueble sobre el cual se traba la medida es improcedente.

587.3 El embargo preventivo en la demanda de escrituración

El artículo 211 del régimen procesal dispone: "Cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil el adquirente podrá solicitar el embargo del bien objeto de aquel".

El precepto recoge la jurisprudencia imperante admitiendo la procedencia del embargo del inmueble objeto de la escrituración, fundada en un boleto de compraventa, con el solo abono de la autenticidad del instrumento que la exterioriza. Este es uno de los pocos supuestos donde procede el embargo sin monto determinado, porque se trata de asegurar la indisponibilidad del bien que se disputa mientras se resuelve el cumplimiento o la resolución contractual.[2991]

A los fines de admitir el embargo (que puede adicionar la inhibición general de bienes del deudor), quien demanda tiene que acreditar la verosimilitud del derecho mediante la información sumaria de testigos a través de la cual se abonaron las firmas del instrumento privado que sirve de sustento a la solicitada obligación de escriturar. Obviamente, el peligro en la demora existe por la sola posibilidad de que el obligado transfiera o grave en el curso del proceso el inmueble en litigio, tornando ilusorio el cumplimiento de una eventual sentencia favorable.

No importa que la demanda de escrituración sea para un bien que admite subdivisión o fraccionamiento, porque mientras perdure el estado litigioso debe trabarse sobre la totalidad del inmueble. Excepción hecha cuando el juicio se refiere a la afectación de un edificio completo, donde debe limitarse a aquella sobre la que versa el pleito,

2991. Por eso se afirma que, si el embargo preventivo solicitado por el actor tiende a garantizar un futuro proceso por escrituración, resulta procedente ordenar la traba sin monto determinado pues la finalidad de ese proceso radica en obtener la satisfacción *in natura* de una obligación de dar cosa cierta y de hacer y la medida está enderezada a individualizar e inmovilizar el inmueble a las resultas de lo que se resuelva en el principal (CNCiv., Sala G, "López, Claudio P. c./ Obras Civiles S.A.", 2/4/2002, *DJ*, 2002-2-1012; *LL*, 2002-E-622).

lógicamente en el entendimiento de que así habrá de ocurrir cuando la unidad efectivamente exista como corolario de la redacción e inscripción del respectivo Reglamento de Copropiedad y Administración.

La contracautela a prestar tiene contradicciones jurisprudenciales; algunos sostienen que la modalidad *juratoria* debe reservarse para los supuestos que expresamente enuncia la ley, dentro de los cuales no tiene cabida el de escrituración; otros exigen que sea *real*, teniendo en cuenta la entidad e importancia de los valores en juego; finalmente están quienes afirman que no es necesario prestar ninguna cuando el derecho es verosímil.[2992]

El resumen observa que, a mayor fehaciencia de la prueba instrumental menores son los requisitos de acreditación para el embargo preventivo, es decir, si la demanda de escrituración se fundamenta en cuestiones muy controvertidas, no se podrá soslayar el requisito establecido de manera general en los artículo 195 y sucesivos; mientras que la existencia de un boleto, por ejemplo, y el pago a cuenta del precio son elementos contundentes para demostrar la buena fe y el derecho aparentemente fundado en que basa la pretensión. También sigue este camino la decisión sobre la contracautela.

587.4 El embargo preventivo derivado de situaciones procesales

La verosimilitud del derecho puede ocurrir a través de reconocimientos, admisiones o declaraciones implícitas o expresas que suceden en el curso de las instancias. En virtud de ello, el Código admite que esos hechos procesales tengan suficiente entidad para fundar una medida cautelar de embargo, sin necesidad de tener que recurrir a los pasos y presupuestos de los artículos 195 y sucesivos, a excepción de la contracautela, la cual se entenderá prestada en el pedido de la medida cautelar (art. 199, párr. 2).

2992. Por ello, resulta improcedente eximir de contracautela al que peticiona un embargo preventivo, sin monto determinado, a los fines de preservar los bienes respecto de los cuales iniciará juicio –en el caso, por escrituración–, si no se da ninguno de los supuestos contemplados en el art. 200 del Código Procesal (CNCiv., Sala G, "López, Claudio P. c./ Obras Civiles S.A.", 2/4/2002, *DJ*, 2002-2-1012; *LL*, 2002-E- 622). En cambio, no se exige contracautela (art. 199) si la verosimilitud del derecho surge del boleto base de la pretensión y el precio de venta fue abonado en su totalidad, por lo que no cabe exigir caución real por su traba, bastando sólo la juratoria del peticionario (CNCiv., Sala C, "Lorna, S. A. c./ Copropietarios Charcas 3611/21", 24/8/1987, *LL*,1988-C-271; *DJ*, 988-2-880).

El dictado de precautorias derivadas de las situaciones del proceso autorizado por el artículo 212 del Código Procesal que tiende a garantizar la eficacia del pronunciamiento, evita que este se torne ilusorio o que la eventual ejecución de hechos posteriores prive al vencedor de consolidar en su patrimonio el resultado favorable que probablemente obtuviere con el dictado de la sentencia.

Hay tres supuestos: a) las derivadas de la condición de rebelde; b) las que surgen por reconocimiento expreso o ficto; y c) la sentencia favorable.

a. La rebeldía

El artículo 63 del código adjetivo permite disponer medidas precautorias (es decir, no solamente el embargo preventivo) sobre la parte cuya rebeldía se hubiera decretado. Es cierto que esta consecuencia procesal se puede tomar también de la prueba de posiciones (en su caso corresponde aplicar el inc. 2, art. 212, CPCCN), pero en el caso se vincula con la falta de contestación de demanda de quien, debidamente emplazado no lo hace, y la parte contraria solicita la declaración de rebeldía procurando obtener un beneficio con esa resolución.

Se dice así que la falta de contestación de la demanda sirve de fundamento a la medida cautelar pretendida. También, los documentos exhibidos por el actor deben tenerse por reconocidos ante la ausencia de contestación de la demanda y rebeldía posteriormente declarada. Sin embargo, ello ha de experimentar las lógicas flexibilizaciones ya que ningún juez podrá tener como real un documento cuando de una forma u otra se han incorporado pruebas o evidencias que acreditan con carácter fehaciente la falsedad de aquel, aun cuando no se hubieren incorporado en el estadio procesal oportuno, ya que prima la verdad real sobre el exceso de ritual manifiesto.

El embargo decretado tras la rebeldía es un caso automático de procedencia, que no requiere demostrar peligro en la demora ni fehaciencia del derecho. No obstante exige contracautela, pero ella puede ser personal, teniendo en cuenta que el artículo 199 señala que la "caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar", en los casos de los artículos 210, incisos 2 y 3 y 212, incisos 2 y 3. Es cierto que la rebeldía declarada es un supuesto del artículo 212, inciso 1 no previsto entonces para el caso; pero también lo es que el párrafo final del inciso 2

del artículo 212 dice "... o en el caso del art. 356, inc. 1, resultare verosímil el derecho alegado", lo que significa que si hay paralelos entre los efectos de la incomparecencia y la rebeldía, violaría el principio de igualdad acordar un embargo con caución juratoria a quien no pide la rebeldía, mientras que tendría que prestar otro tipo de caución (real) si la requiere.

La verosimilitud surge correspondiente con el reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere (arts. 60 y 356, inc. 1, CPCCN); mientras que el *periculum in mora*, tal como explica Kielmanovich, deviene admisible con abstracción de la solvencia que el rebelde pudiera tener y agrega:

> ... viene al caso señalar que, a tenor de lo que previene el art. 208, Código Procesal, no corresponderá la condena al pago de daños y perjuicios cuando se trata de una medida cautelar adoptada a raíz de la rebeldía del afectado, si bien, como hemos dicho antes, la exención de responsabilidad antedicha sólo podría referirse a la determinada por aplicación de las reglas generales procesales y por la vía incidental u ordinaria que determine el juez, pero no a la acción o más bien pretensión de responsabilidad común del derecho civil, pues dicho dispositivo no puede modificar el Código Civil.[2993]

Para trabar el embargo preventivo (o cualquier otra medida cautelar) no es necesario que la rebeldía esté notificada y firme, basta con haberse declarado; el monto debe ser prudencial pues se limita al pago de las costas si el rebelde es el actor, o al aseguramiento del objeto del juicio en caso del demandado.

b. La confesión y el reconocimiento

La confesión expresa, o la ficta deducida de la incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones o bien la ausencia de respuesta de la demanda o una respuesta insuficiente, admite, cuando el derecho sea verosímil, que se decrete un embargo preventivo. La confesión es expresa cuando hay una manifestación libre que reconoce derechos u obligaciones a favor de quien los reclama. Ella se puede suscitar dentro y fuera del proceso (obsérvese que el Código divide la confesión espontánea de la que se deduce del incomparecimiento o renuencia a contestar la demanda) y hace plena prueba contra quien confiesa. Obliga al

2993. Cfr. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo Perrot, 2002, T. I, p. 318.

juzgador a desestimar cualquier prueba que pueda contradecirla, debiéndose dictar sentencia conforme a los hechos reconocidos con las salvedades previstas en el artículo 423 del Código Procesal. En el seguro de responsabilidad civil, por ejemplo, la confesión de la parte demandada resulta suficiente para acreditar su existencia e incluso, para obviar la exigencia del principio de prueba por escrito. Sin embargo, ha de procederse con extrema cautela cuando se trate de la confesión del demandado principal en tanto asegurado, pues su interés, en el caso concreto, puede estar enfrentado con el de la aseguradora.[2994]

El problema de la confesión expresa aparece cuando se advierte que el juez tiene que anticipar de alguna manera su consideración, ya que recién se tiene a la parte por confesa cuando así se declara en la sentencia. El *quid* está en la verosimilitud del derecho, que a veces es innegable, como cuando existen antecedentes claros y explícitos (*v. gr.* condena penal); y en otros, la duda permite encontrar una valla a la orden cautelar inmediata. De tal modo se sostiene que, la procedencia del embargo, en los términos del artículo 212, inciso 2, está supeditada a que de la confesión expresa o ficta del demandado se pueda inferir el reconocimiento de la obligación que motiva la promoción de la litis, a efectos de demostrar la verosimilitud del derecho.[2995]

En cambio, tratándose de una acción que persigue el cobro de daños y perjuicios, reiteradamente se ha sostenido que en principio no cabe el embargo preventivo si tan sólo existe "una expectativa de obtener en un proceso el reconocimiento de un derecho por más fundado que parezca". Empero, excepcionalmente se ha admitido la traba de esta medida cautelar si media confesión expresa o ficta de los hechos y la responsabilidad imputada, o existe condena criminal entre el demandado o el agente por quien es responsable.

El interrogante siguiente es saber si configurada la *confesión ficta*, el decreto que ordena el embargo preventivo es automático.

La confesión judicial expresa –prestada con los requisitos pertinentes– se halla dotada por disposición legal (art. 423, CPCCN) de una eficacia probatoria de carácter privilegiado, ya que por sí misma, es

2994. CNCiv., Sala B, "Olea de Barrera, María y otros c./ Alonso, Raúl O.", 3/10/1996, *LL*, 1997-F-970; *J. Agrup.*, caso 12.120.

2995. CNCom., Sala E, "Lepera, Fernando R. c./ González, Gustavo A.", 20/6/1996, *LL*, 1997-C-959 (39.516-S).

suficiente para tener por probados los hechos sobre los cuales recae. Se trata, por lo tanto, de una prueba tasada, incluida en las excepciones al principio general consagrado por el artículo 386 del régimen adjetivo. Por ello antiguamente se la llamaba *probatio probatissima*, *regina probationum*, *probatio* superlativa, etcétera.

No obstante, están quienes opinan que la confesión ficta tiene un alcance distinto al de la confesión judicial expresa, ya que la primera admite prueba en contrario que debe ser suministrada por el absolvente, mientras que la segunda constituye plena prueba. Por eso argumentan que la confesión ficta del codemandado no resulta hábil por sí sola para autorizar el embargo preventivo solicitado por el actor –en el caso, respecto de una acción de despido–, pues los hechos que fueron admitidos por uno de los coaccionados no se encuentran probados en relación con los otros que fueron demandados solidariamente con aquel en el juicio.[2996] Establecer esta diferencia es una pauta elaborada por la interpretación judicial, con ella se deja de lado la letra de la ley donde la disposición no tiene dichas variaciones. Si bien es cierto que la rebeldía en las posiciones no tiene un valor absoluto, también lo es que, mientras no se encuentre desvirtuada o neutralizada por otros elementos de juicio trascendentes, esta es por sí sola suficientemente apta y eficaz para tener por acreditados los hechos relacionados en el pliego respectivo.

La razonable interpretación de los artículos 212 y 417 del Código Procesal ha de reposar sobre la distinción entre los efectos de la confesión ficta y los que conciernen al solo hecho de tenerse por absueltas las posiciones que, de suyo, nada adelantan sobre la apreciación de la prueba, pero habilitan a una declaración sobre la verosimilitud a los fines del embargo preventivo.

2996. CNTrab., Sala V, "Duant, Liliana M. c./ Banco Río de la Plata", 26/9/2003, *DJ*, 14/1/2004-68. Es más, también se sostiene que la confesión judicial expresa no constituye plena prueba cuando se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior agregados al expediente (CNCiv., Sala A, "Scasana, Jorge c./ Arexi der Ohannesian y otro", 6/6/1996, *LL*, 1996-E-641, [38.980-S]). En consecuencia, se resume, la posibilidad de decretar un embargo en un proceso en marcha, en virtud de lo dispuesto por el art. 212, inc. 2, no implica que la medida cautelar deba ser otorgada en forma automática, es decir, por el solo hecho de mediar reconocimiento *ficto* en los términos del art. 356, inc. 1, del mismo ordenamiento. Por el contrario, debe manejarse esa posibilidad con suma prudencia, de modo que es necesario valorar razonablemente sus alcances, determinando si están reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora (CNCiv., Sala B, "Ponce, Jorge G. c./ Roman S. A. C.", 26/8/1997, *LL*, 1998-B-175).

Precisamente, el objeto de las posiciones es obligar al contrario a que se retracte de sus aserciones, porque la ley presume que los hombres, por sentimiento religioso o por el deshonor que el perjuicio trae, no faltarán a la verdad cuando es exigida bajo la santidad del juramento. En este supuesto, ha pensado también la ley que, si el litigante no comparece, es porque de antemano acepta como cierto lo que se le va a preguntar, prefiriendo que su confesión se produzca de esta manera, antes que sufrir el sonrojo de una retratación expresa.[2997]

La pregunta final estriba en interpretar el párrafo final que expresa la procedencia del embargo "si resultare verosímil el derecho alegado". Parcialmente se ha desentrañado la cuestión en los párrafos precedentes: la norma exige que se demuestre la verosimilitud en el derecho, con la diferencia que no se requiere de prueba directa, porque se toma de los indicios y presunciones que emergen de la rebeldía, la incontestación o la incomparecencia a la audiencia de absolución de posiciones. Ocurrida esta, el embargo debiera ordenarse sin cortapisas.

c. Sentencia favorable

La sentencia favorable referida es la definitiva, pero alcanza a las interlocutorias que reconocen un crédito a favor de la parte. Por eso, resulta procedente cuando se trata de regulaciones de honorarios profesionales, pues la circunstancia de tratarse de un crédito aún ilíquido no impide ponderar la labor desarrollada por el interesado, que

2997. En esta línea se afirma que, si bien mientras el juez no declare que se tiene por confeso al demandado, no hay confesión ficta que autorice la procedencia de la cautelar -embargo preventivo- solicitada durante el proceso, la incomparecencia injustificada de la demandada a la absolución de posiciones satisface en principio el requisito de verosimilitud invocado, en tanto constituye un indicio favorable, sumado, a las demás constancias incorporadas a la causa (CNCiv., Sala E, "Falagan, Jorge N. S. c./ Gotelli, Ana M.", 8/7/2002, *DJ*, 2002-3-455). O bien al expresarse que el embargo procede cuando la verosimilitud del derecho resultare de una confesión (expresa o tácita), pero vertida judicialmente (CNCom., Sala D, "Barcellandi, Domingo A. y otro c./ Pillar, Angel R. y otro", 3/4/1992, *LL*, 1992-E-579, *J. Agrup.*, caso 8314). Por eso, la procedencia del embargo, en los términos del art. 212, inc. 2, está supeditada a que de la confesión expresa o ficta del demandado se pueda inferir el reconocimiento de la obligación que motiva la promoción de la litis, a efectos de demostrar la verosimilitud del derecho (CNCom., Sala E, "Lepera, Fernando R. c./ González, Gustavo A", 20/6/1996, *LL*, 1997-C-959 [39.516-S]).

debe ser debidamente retribuida, tornándose verosímil el derecho a embargar sin perjuicio de las acciones que –ante una traba abusiva– correspondan al embargado.

La sentencia favorable supone que las pretensiones han sido acogidas en su mayor parte, aunque la parte actora hubiera recurrido la sentencia, y pese a que el demandado ya hubiera hecho la presentación de sus recursos. En tal dirección, el alcance de la garantía se extiende a todo lo que, eventualmente, debiera pagar el condenado en costas.

A nuestro parecer no es necesario que se acredite el *peligro en la demora*, que sí requiere alguna jurisprudencia aislada.[2998]

588. El embargo ejecutivo

El embargo se denomina ejecutivo porque se funda en un título de suficiente fehaciencia que, al contener una deuda líquida o fácilmente liquidable, permite actuar sobre cosas o bienes, de manera directa, afectándolas al pago del crédito que se reclama. Es una etapa intermedia entre el embargo *preventivo* y el *ejecutorio*; el primero trabaja precautoriamente, el otro es la fuente de compulsión directa para arremeter contra el patrimonio del deudor condenado. Por eso, el embargo ejecutivo es provisoriamente preventivo[2999] en la etapa de conocimiento del juicio ejecutivo; y se convierte en ejecutorio tras la sentencia que manda llevar adelante la ejecución.

Materialmente el embargo ejecutivo es una orden judicial que resuelve aprehender la cosa o afectar bienes registrables, y por tanto

2998. Se ha dicho que corresponde el rechazo del embargo preventivo solicitado, con sustento en el art. 212, inc. 3, ante una sentencia condenatoria, no firme, contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, al no haberse acreditado el peligro en la demora pues esta entidad no parece ser una institución incumplidora de las condenas firmes que le son impuestas y se presenta como un banco de suficiente solvencia (CNCom., Sala D, "Campos, Juan C. c./ Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 13/07/2000, *JA*, 2002-I-696).

2999. El embargo ejecutivo no es cautelar para Palacio (cfr. *Derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. VII, p. 231), sí lo es para Podetti *Tratado de las ejecuciones*, (actualizado por Guerrero Leconte), Buenos Aires, Ediar, 3ª ed., 1997, p. 207, Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. II, p. 247 y Couture que dice: "El embargo ejecutivo, aun seguido de una etapa de conocimiento, constituye una forma preventiva de la coacción, supeditada a lo que decida la sentencia" (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. póstuma, 1987, p. 325).

quedan indisponibles para el titular hasta que el crédito que se reclama quede satisfecho. Ellos permanecen en poder del dueño, quien asume la condición de depositario con las obligaciones que la custodia implica; cuando son bienes inmuebles, el orden de anotación en el registro correspondiente asigna un orden de preferencia para el cobro.

La traba del embargo en el juicio ejecutivo es un acto voluntario del ejecutante, que sigue la intimación de pago realizada al deudor. En el supuesto de que el ejecutado no pague en el acto de emplazamiento la totalidad de las sumas establecidas en el mandamiento, el oficial evaluará conjuntamente con la persona autorizada a diligenciar la medida, tomará nota de los bienes que se indiquen y sean pasibles 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, en qué condiciones y calidades.

Si los bienes que se pretenden discernir son inembargables (art. 219, CPCCN), aunque se insista en tomarlos, el oficial de justicia debe imponer el criterio procesal que prohíbe afectarlos ("no se trabará nunca embargo", dice el art. 219), pero si autoriza la práctica, queda en el afectado el requerimiento de su levantamiento. Cabe aclarar que el embargo se denomina "ejecutivo" en esta etapa del juicio de condición, pero su naturaleza jurídica es "preventiva".

Las principales diferencias surgen porque el embargo preventivo se resuelve antes o en cualquier estado de la causa; mientras que el ejecutivo es producto de una actuación concreta del juicio ejecutivo. Además, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, propio y necesario en el embargo preventivo, no es menester en el ejecutivo cuya fehaciencia viene dada por el título que lo fundamenta.

Cachón Cadenas afirma:

> El embargo ejecutivo consiste en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo. Esta nota esencial del embargo ejecutivo engloba los siguientes puntos: En primer lugar, se afirma que la estructura simple y unitaria del embargo ejecutivo. Estructura simple por considerar que el único acto integrante del embargo es la declaración jurisdiccional de afectación, excluyendo, por tanto, la pertenencia a dicha estructura de otros elementos, tales como la localización de bienes, la elección entre los bienes de aquellos que han de ser afectados o las llamadas medidas de garantía de la traba. Estructura unitaria por ser común a todos los supuestos de embargo ejecutivo civil. En virtud del embargo, unos bienes quedan vinculados jurídicamente a la subsiguiente actividad de apremio. Ese nexo consiste, sustancialmente, en el poder que adquiere el órgano jurisdiccional para llevar a cabo sobre los bienes embargados actos dispositivos que permitan dar satisfacción a la pretensión deducida por el ejecutante. Los efectos que produce el embargo respecto del ejecutante, el ejecutado y los terceros se han de definir a partir de esta dispositividad del ejecutor. Naturalmente, los actos de disposición que puede realizar el órgano judicial también tienen carácter procesal. En consecuencia, están sometidos a las correspondientes reglas del procedimiento.[3000]

589. El embargo ejecutorio

Este tipo del embargo tiene resistencias de nombre pues algunos lo ubican como una modalidad del embargo ejecutivo, dependiendo del estado procesal cuando se ordene. Si lo es antes de la sentencia, es ejecutivo; si lo es a consecuencia de ella, será *ejecutorio*.

En realidad, la diferencia es semántica porque el embargo ejecutorio es una pieza clave en el procedimiento de ejecución de sentencias o en otro tipo de procesos rápidos como el monitorio. Tiene esencialmente una función ejecutiva y se integra al procedimiento como un acto de este. Sin él no hay ejecución porque no habría bienes para realizar.

3000. Cachón Cadenas, Manuel, *El embargo*, *op. cit.*, pp. 29-30.

El embargo es jurídicamente necesario a diferencia de las medidas cautelares que son facultativas. Al quedar constituido como una etapa del proceso de ejecución pura, el embargo 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. Dice Falcón:

> … el embargo es un acto jurídico procesal que produce una coacción sobre los bienes, los individualiza y establece su indisposición, logrando que estos sean afectados a los fines del proceso, ya sea para garantizar la sentencia o para cumplirla.[3001]

Con igual precisión agrega Carlos Fenochietto:

> … la solución para determinar su naturaleza indica la necesidad de estudiar especialmente el particular vínculo jurídico que crea el embargo entre el proceso en que se lo ha decretado y el bien individualizado, produciendo efectos entre los litigantes y terceros a la ejecución. Esta relación se caracteriza por la *sujeción* de la cosa, con independencia de los actos del ejecutado realizados al respecto. Así, su venta total o parcial no puede ser opuesta al ejecutante, como tampoco puede impedir la prosecución de la ejecución. El bien permanece sujeto al poder ejecutorio del órgano público, cualquiera que sea el derecho adquirido por el tercero.[3002]

3001. Falcón Enrique Manuel, *Procesos de ejecución*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T. I, vol. A, 1998, p. 63.

3002. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, T. II, 1999, p. 762.

Capítulo LXXVI
Las medidas cautelares en particular

590. El secuestro

El secuestro es una medida cautelar de acción directa que consiste en tomar bienes o cosas de propiedad del deudor que quedan en depósito y a disposición del juzgado mientras se sustancia el proceso donde se ordena. También puede ser *indirecta* o *subsidiaria* y se configura cuando el embargo no es suficiente como garantía si no va acompañado del desapoderamiento.

De este modo, la doctrina prefiere dividir el concepto entre un *secuestro autónomo* que actúa con independencia del embargo; y otro *complementario*, que interviene cuando aquel, por sí solo, no puede garantizar el derecho que se pretende resguardar. Por ejemplo, si el depositario de cosa mueble o semoviente –únicos objetos sobre los que procede el secuestro– denuncia que estos pierden valor por su conservación, o por el estado en que se encuentra, el juez puede ordenar el secuestro de los bienes para su inmediata realización (art. 205, CPCCN). También, si es la misma cosa embargada la que debe responder por el crédito impago, el secuestro es consecuencia inevitable de la subasta a realizar, salvo que se deposite en pago las sumas condenadas.

Con ello se quiere aclarar que el secuestro como medida cautelar actúa complementando al embargo, pero que también adquiere identidad como medida conservatoria y necesaria para asegurar, por sí misma, el resultado eventual de la sentencia.

Jorge Kielmanovich explica:

> … el secuestro *autónomo* es aquel que tiende en forma directa e inmediata a la tutela de la cosa objeto de la litis, cuando el embargo no resultaría garantía suficiente –así verbigracia, respecto de la cosa mueble no registrable que se pretende reivindicar–, cuya tenencia pasa así del titular

del bien a un depositario, bajo el control jurisdiccional.[3003] El secuestro *complementario* o *indirecto*, en cambio, es aquel que sigue a un embargo ya trabado cuando sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.[3004]

590.1 El secuestro directo

Todo secuestro es una medida excepcional cuya procedencia se ordena como última *ratio*, al implicar la pérdida del uso y disposición de la cosa o bien afectado, que queda en depósito judicial, bajo la responsabilidad de quien asume el cargo que el juzgado discierne. Es un desapoderamiento provisorio que dura hasta la sentencia que disponga el destino de la medida; es decir, o devolver las cosas a su dueño (quien conserva el derecho de reparación por la responsabilidad inherente al abuso o exceso de la medida, si la hubiera solicitado oportunamente) o llevarlas a la ejecución pura.

El Código Civil y Comercial tiene algunas disposiciones que permiten el uso de esta herramienta conservatoria. El artículo 1249 refiere al secuestro y ejecución en caso de muebles, permitiendo en el contrato de leasing sobre cosas muebles, y ante el estado de mora del tomador en el pago del canon, obtener el inmediato secuestro del bien, con la sola presentación del contrato inscrito, y la prueba de haber interpelado al tomador por un plazo no menor de cinco (5) días para la regularización.

De todos modos, en materia de medidas precautorias, sobre títulos y valores, no tienen efecto si no se llevan a cabo:

> Artículo 1822 [...] a) en los títulos valores al portador, a la orden o nominativos endosables, sobre el mismo documento; b) en los títulos nominativos no endosables, y en los no cartulares, por su inscripción en el registro respectivo; c) cuando un título valor se ha ingresado a una caja de valores o a una cámara compensadora o sistema de compensación autorizado, la medida debe notificarse a la entidad pertinente, la que la debe registrar conforme con sus reglamentos.

Esta modalidad puede asumir una *función conservatoria de la prueba*, como es común con el secuestro de la historia clínica en procesos

3003. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 355.

3004. Ibídem, p. 356.

de responsabilidad de los médicos, donde se preserva el documento;[3005] aunque tiene serias oposiciones cuando se advierte que con la medida se persigue, antes que asegurar el resultado del juicio, conseguir una prueba del derecho alegado.[3006]

Este es un límite que sólo puede resolver la apreciación judicial, porque si con el secuestro se pretende depositar la cosa litigiosa con el fin de impedir su deterioro o alteración, probablemente al mismo tiempo se consiga apropiar de una prueba que se anticipa su incorporación al proceso, dando una ventaja hipotética a alguna de las partes. Por ejemplo, si con el secuestro del programa de televisión por el cual se transmitieron documentales cuya autoría se atribuye el peticionario, que se solicitó como medida fundada en el artículo 79 de la Ley de Propiedad Intelectual, se pretende cubrir el temor de la eventual destrucción y/o pérdida de los medios probatorios en apoyo de su derecho, corresponde *iura novit curia*, aplicar la figura prevista por el artículo 326, inciso 4, CPCCN y ordenar la medida en carácter de prueba anticipada.[3007]

3005. Se ha dicho que el secuestro sorpresivo de la historia clínica, documentación complementaria y eventuales anexos constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica en el proceso seguido contra establecimientos médicos por negligencia e impericia profesional de sus empleados, por lo tanto debe ser admitida como diligencia preparatoria en los términos del art. 323 del CPCCN. (CNCiv., Sala C, "D., M. M. c./ Hospital C. A.", 25/2/1999, *ED*, 187-42). También es inviable el secuestro, a título cautelar, de documentación y "diskettes de computación" en los que se habrían registrado operaciones "en negro", realizadas por el presidente y por el vicepresidente del directorio –a la vez accionistas de la sociedad demandada– (para cuya localización se necesitarían requisas personales), si no existen en las actuaciones indicios respecto de esa operatoria. En tal caso no hay elementos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se pretende garantizar art. 221 (CNCom., Sala D, "Silveyra, Marcela A. y otros c./ Volcamaq S. A.", 28/11/1997, *LL*, 1998-B-936; *J. Agrup.*, caso 12.634).

3006. Se deniega también, cuando se trata del secuestro de la documentación relacionada con un siniestro, obrante en poder de una compañía de seguros, donde se requiere la demostración de que resulta necesaria, dado que constituyendo su dictado una excepción al trámite normal del proceso, la falta de tal recaudo podría comprometer los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio (CNCom., Sala A, "Belchor, Carlos A. c./ Omega Cía. de seguros", 14/4/2000, *LL*, 2000-E-110; *DJ*, 2000-3-694).

3007. CNCiv., Sala G, "Pérez Taboada, Claudio Ángel c./ Kolankowski, Diego y otros", 5/11/2008, LL *online*.

Para nosotros, el secuestro propiamente dicho es aquel que tiene naturaleza cautelar porque recae sobre la misma cosa objeto del juicio; mientras que será una prueba anticipada si la medida se ordena para resguardar un medio de confirmación que durante el proceso se pueda perder, modificar o alterar.

La función restante del secuestro directo es de *ejecución*, que se constituye en el presupuesto necesario para la subasta de cosas muebles (art. 573, inc. 3, CPCCN). En este caso, es probable que vaya precedida de un embargo anterior que inmovilizó los bienes; o en su defecto, que sea dispuesto en una orden judicial de embargo y secuestro simultáneo que solamente se podrá solventar entregando en el acto de la diligencia la suma de dinero que se reclama con sus acrecidos.

Cabe agregar que el secuestro no es admisible como medida previa de la demanda, sino que requiere proceso pendiente. Si anticipa el desapoderamiento cumple función cautelar, no para asegurar el derecho mismo del peticionante.

590.2 El secuestro indirecto o complementario

El embargo complementario está regulado en el artículo 221 del Código Procesal:

> Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, cuando el embargo no asegurare por sí solo el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.
> El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga, fijará su remuneración y ordenará el inventario si fuese indispensable.

En la hipótesis hay una función subsidiaria del secuestro que viene a complementar la eficacia del embargo. Procede en dos contextos: a) cuando se acredite con documentación la ineficacia del embargo decretado; y b) cuando es necesario tomar posesión de la cosa a los fines de su custodia adecuada.

Ambas situaciones se parecen, al punto que la doctrina suele exponer:

> … si por cualquier circunstancia se acredita que los bienes embargados corren el riesgo de desaparecer o desvalorizarse, procede desapoderar de aquellos al deudor y ponerlos en manos de otro depositario. Para que sea viable esta medida es necesario demostrar la insuficiencia del embargo y el peligro en la demora o que sea factible algún supuesto de negligencia en la custodia y guarda; o que exista la razonable certeza de que su valor se verá disminuido a causa de un uso contrario al destino.[3008]

Vale decir, se unifica la admisión del secuestro como medida suplementaria del embargo cuando existe el peligro cierto de perder los bienes o las cosas. Sin embargo, la diferencia está en la demostración del presupuesto. En el primer caso, el que pide el secuestro tiene que demostrar con instrumentos fehacientes que el embargo, por sí solo, no responde al fin cautelar. La medida procede respecto a bienes muebles, semovientes y también a muebles registrables (supuesto común es el desapoderamiento de vehículos por el riesgo implícito de mantenerlo en custodia del usuario).

El caso restante se ocupa de ordenar el secuestro sin necesidad de verificar más que el peligro o riesgo de perder la cosa. Es decir, no requiere de aporte documental alguno pues la verosimilitud del derecho ya fue demostrada al pedir el embargo. Testimonia el presente el secuestro de bienes prendados; o cuando se autoriza al acreedor hipotecario a tener la cosa en riesgo de uso indebido o peligro de desvalorización; o frente a la prenda civil si el acreedor usa del bien abusivamente el deudor puede pedir el secuestro (art. 3230, antiguo Código Civil).

590.3 El secuestro sancionatorio

Se denomina *sancionatorio* porque penaliza la desobediencia a una orden judicial que exige exhibir la cosa mueble o que se restituyan documentos o expedientes.[3009] Por ejemplo, cuando se demanda por

3008. Highton, Elena y Areán, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, T. IV, pp. 466-7.

3009. Claramente dice Kielmanovich que esta es una medida que "sólo excepcionalmente habrá de tener naturaleza cautelar siempre y cuando se refiera al que sigue como resultado de la no *exhibición del bien objeto mediato* o *inmediato* de la litis y con la finalidad

reivindicación de cosa mueble y esta no se presenta al requerimiento del oficial de justicia, ni se dan argumentos o razones válidas para la oposición; o cuando se trate de exhibir cosas muebles (art. 323, inc. 2, CPCCN) o instrumentos (art. 323, incs. 3, 4 y 5, CPCCN), el mandato judicial se realiza con el apercibimiento de indicar el lugar donde se encuentren, si no están en poder del requerido al tiempo de practicar la diligencia. Si al realizar la medida se denuncia desconocer dónde se encuentran las cosas, el requerido puede estar alcanzado por las penalidades establecidas en el artículo 329 del Código Procesal, cuando se demuestre que ha obrado con malicia procesal y falsedad en sus manifestaciones.

La exhibición forzada de instrumentos o cosas, así como el resguardo de documentos o el secuestro de ellos para conservar la prueba, se puede dar en la senda de las diligencias preliminares o como prueba anticipada. En uno u otro caso, cuando existe reticencia al cumplimiento, el juez podrá ordenar el allanamiento de los lugares donde ellos se encuentren y practicar el secuestro inmediato.[3010]

Ahora bien, cuando el requerimiento no se cumple, obligando a medidas compulsivas, las facultades judiciales admiten la práctica de sanciones conminatorias (art. 37, CPCCN). Por ello encuadran en inconducta procesal demostrativa de falta al deber de cooperación, los términos formalistas y meramente dilatorios con que el abogado apoderado de la demandada contestó la intimación cursada por la actora

instrumental y *provisional* correspondiente –supuesto en el cual en verdad nos hallaríamos frente a uno *autónomo* o *directo*–; mientras que en los restantes casos, más parecería asemejarse a un modo de *producción* o *incorporación de la prueba* o a una *medida de seguridad* que… no revestirían carácter cautelar" (Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, p. 357).

3010. Se ha indicado ya que es requisito de procedencia de una diligencia preliminar –en el caso, el secuestro de la documentación relacionada con un siniestro obrante en poder de una compañía de seguros– la demostración de que resulta necesaria, dado que constituyendo su dictado una excepción al tramite normal del proceso, la falta de tal recaudo podría comprometer los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio (CNCom., Sala A, "Belchor, Carlos A. c./ Omega Cía. de seguros", 14/4/2000, *LL*, 2000-E-110; *DJ*, 2000-3-694). De igual modo, la medida preliminar consistente en la intimación para que se depositen en el Juzgado los libros y la documentación pertenecientes a una sociedad de responsabilidad limitada no es procedente, ya se la enfoque desde la prescriptiva del art. 323, inc. 5, o con arreglo a lo establecido en el art. 781 cuando el peticionante, a más de ser socio, reviste el cargo de gerente. En tales condiciones no puede requerir esa medida con fundamento en que se trata de una gerencia colegiada y que él desempeñó otras tareas (CNCom., Sala B, "López, Ricardo V.", 23/9/2001, *LL*, 1987-E-474 [37.794-S]).

para adjuntar documentación, cuando en lugar de extensas alegaciones hubiera sido lo correcto adjuntar fotocopias, siquiera simples de la documentación requerida.[3011]

Corresponde aclarar que el eventual derecho de retención no es causa ni razón para esconder la cosa objeto de requerimiento, toda vez que el derecho autoriza a conservar la posesión hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa, pero no para obstruir el cumplimiento de una orden jurisdiccional.[3012]

590.4 El mandamiento de secuestro

Se denomina *mandamiento de secuestro* a la orden judicial que disciplina la realización del desapoderamiento de cosas o bienes que se encuentran en posesión del deudor, las que se indican por el representante del acreedor en el caso del secuestro directo; o que fueron afectadas al concretar el embargo sobre ellas, cuando se trata de secuestro indirecto.

Cuando el origen de la medida está en una demanda por cobro de pesos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentó (Acordada N° 9/77, del 19/5/1977) el contenido y alcance del secuestro.

Explica Falcón que los mandamientos de secuestro que se libren en cumplimiento de la sentencia:

> … deberán consignar el monto total de la liquidación aprobada por capital, intereses y costas. El mandamiento se construye como el mandamiento de embargo, pero debe contener la autorización al oficial de

3011. CNCiv., Sala A, "Blanco Salas, María S. c./ Super Pizza Callao SA", 14/3/2001, *DJ*, 2001-3-823; *LL*, 2002-A-599). Cabe aclarar que la intimación a una sociedad anónima a que presente documentación bajo apercibimiento de secuestrarla no está en pugna con el derecho a no declarar en contra de sí mismo contenido en el art. 18 de la CN. Ello así, toda vez que la tradicional interpretación que se ha efectuado de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, fuente del citado artículo, se encuentra circunscripto a las personas de existencia visible (CNPenal Econ., Sala A, "A.C.A. de S. SA", 15/11/1994, *ED*, 162-471).

3012. "Una excepción importante a tal principio lo constituye el art. 9 del Decreto-Ley N° 9327/63 que supedita la devolución de efectos depositados en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires al pago de los derechos y gastos adeudados, los cuales deben abonarse al retirarse las cosas depositadas de acuerdo con la suma que unilateralmente exija dicha institución, sin que obste a su fijación judicial en caso de conflicto" (Highton, Elena y Areán, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 476).

> justicia para proceder al desapoderamiento del bien, que deberá ser entregado al depositario indicado, y no puede nombrarse depositario al mismo deudor, porque aquí la medida suma al embargo el desapoderamiento del bien, que deberá ser entregado al depositario indicado, o consiste en el desapoderamiento liso y llano del objeto, para evitar la posibilidad física de ejercer cualquier acción del hecho sobre la cosa, que es por la que se teme y es fundamento del secuestro.[3013]

La medida se practica por el oficial de justicia que dirige el procedimiento siguiendo estrictamente las instrucciones y facultades ordenadas por el juez que se exponen en el mandamiento. Sólo se secuestran los bienes allí indicados, y el deudor o quien se encuentre presente en el acto de la diligencia no puede resistir la entrega invocando el derecho de retención (art. 217, párr. 1, CPCCN).

Del secuestro surgen dos efectos importantes: de un lado, el deber de conservación y custodia sobre los bienes o cosas desapoderadas y del otro, la constitución de una nueva figura dentro del proceso que es la del depositario. La obligación de custodia convierte al depositario, aunque sea parte, en un auxiliar de la Justicia, de manera que los bienes que quedan bajo su responsabilidad se consideran públicos. Por ello, constituye violación de las obligaciones de guarda y de custodia impuestas al depositario de la cosa cualquier desplazamiento, sustracción, pérdida, deterioro o alteraciones sobre las cosas dejados a su cargo,[3014] y para que este último pueda eximirse de responsabilidad por

3013. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 272.

3014. Inclusive, el recupero de los bienes embargados que fueron mudados por quien se constituyó depositario judicial de estos no es óbice para tener por configurado el delito de malversación de caudales públicos –arts. 45 y 261 en función del 263, Código Penal–, y es un elemento de importancia a los fines de justipreciar la sanción a imponer (CNCrim. y Correc., Sala IV, "Costa, Juan M.", 16/5/2001, *LL*, 2000-E-666 y DJ 2001-1-366). También, corresponde responsabilizar al depositario judicial por el incendio de un automóvil que estaba bajo su cuidado si eligió un lugar de guarda inapropiado para garantizar la conservación del rodado –en el caso, un tinglado ubicado en un aserradero– pues en virtud del art. 2202 del CC pesa sobre el depositario la obligación de poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada que en las suyas propias, razón por la cual incurrió en culpa *in vigilando* al no guardar el vehículo en un garaje o playa de estacionamiento (CCrim. y Correc. Civ. y Com., Familia y Trab. Dean Funes, "Roldán, Juan J. y otra c./ Navas, Gustavo R.", 30/6/2003, *LLC*, 6/2004, 544).

la pérdida de lo depositado, es necesario que haya empleado todas las medidas preventivas ordinarias.[3015]

La comprobación formal indiciaria de un perjuicio potencial que deriva directamente del apartamiento del bien de la esfera de custodia protectora con que lo había aislado y protegido la actividad jurisdiccional, quebrantada por el encausado, sirve de sustento suficiente en la especie a la imputación penal formulada contra aquel como depositario infiel, por malversar en sentido amplio caudales privados equiparados a públicos, artículos 261 y 263 del Código Penal, no resulta necesario ahora comprobar perjuicios efectivos que sean diferentes a los derivados de la acción misma de disponer, apartar o sustraer los bienes confiados, porque se trata de un delito dirigido básicamente contra la administración pública. En cambio, no se configura el delito de depositario infiel, si la conducta no revela la clara intención de sustraer algunos de los efectos que le habían sido confiados en depósito.

591. La intervención judicial

Por *intervención judicial* se entiende a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interviene 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 bien, para sustituirla directamente de la administración, que es el supuesto del *interventor administrador* o *coadministrador*.

Estas modalidades funcionan como medida cautelar dentro del proceso en trámite o a iniciarse, pero no son las principales desde que son figuras concurrentes con las autorizadas por leyes sustanciales. Es

3015. Tal cuidado no puede considerarse acreditado si no existió una efectiva e ininterrumpida vigilancia, circunstancia que demuestra la irrelevancia, por imposibilidad fáctica de usarlos, de la existencia en el local de elementos suficientes para combatir el incendio. De tal modo, unido ese hecho a la ausencia de alarmas automáticas o sensores contra incendio, corresponde atribuir la responsabilidad al depositario, máxime considerando la alta combustibilidad de la mercadería depositada (CNCom., Sala A, "La Holando Sudamericana Cía. de seguros c./ Mavi S. R. L. y Río Cuarto S. A. c./ Mavi S. R. L.", 17/4/1996, *LL*, 1997-A-51).

decir, tienen autonomía y dependen en la admisión del modo como se plantean (por aplicación del principio dispositivo y de congruencia).

La especificidad de las normas de fondo puede generar dudas en torno a la sobreposición con las medidas cautelares de naturaleza procesal, la alternancia entre ellas o el complemento que se pueda esperar; sin embargo, nada es así porque la procedencia no tiene en miras la figura sino la finalidad perseguida. Es decir, si bien conserva el carácter precautorio que significa ordenarlas sin oír a la otra parte, y pensando en resguardar una situación de futuro, cambian los sujetos y las posibilidades de planteo.

Por ejemplo, en la Ley N° 19550 de Sociedades Comerciales, el artículo 113 dispone:

> Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.

De ello surge que, en las acciones preventivas que establece el citado artículo, el *socio* tiene que acreditar esa condición para encontrar legitimación procesal; también podría plantearlo la *sindicatura*, pese a quienes en contrario afirman que sólo tiene función de vigilancia y no de disposición,[3016] y la propia Inspección General de Justicia u organismo equivalente de la jurisdicción correspondiente.

3016. Compartimos la opinión de Ricardo Nissen cuando sostiene que el síndico tiene legitimación procesal para requerir la intervención de la sociedad "a) por cuanto, al ser la intervención judicial medida precautoria accesoria de la remoción de los administradores, parece evidente que todos aquellos que se encuentran legitimados para promover esta acción de fondo, pueden solicitar la intervención judicial como cautelar de esta. Pues bien, estando la sociedad en etapa liquidatoria, el art. 102 autoriza al síndico a solicitar la remoción de los liquidadores mediando justa causa, por lo que, malgrado el silencio del art. 114 sobre la legitimación de la sindicatura, es evidente que el órgano de control, al menos en esta etapa, puede requerir la designación de un interventor judicial, en cualquiera de sus grados. b) Que si la función primordial de la sindicatura es la vigilancia para que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias, debiendo impugnar los acuerdos sociales cuando estos no se encuentran ajustados a esos cuerpos normativos (art. 251, LSC), mal podría dicho funcionario cumplir con sus funciones si sus obligaciones concluyen con sólo asentar su protesta en el caso de que los administradores, violando la ley, estatuto, o reglamento, pusieran a la sociedad en peligro grave… c) Tampoco

Vale decir, mientras la Ley de Sociedades Comerciales legisla la protección cautelar de socios o de la misma sociedad, cuando los administradores actúan poniendo en riesgo los derechos de cada uno, el Código Procesal se ocupa de la finalidad tuitiva, pero dando legitimación a terceros, siempre que no exista una medida precautoria más eficaz.

Por otra parte, es más cómodo el reglamento adjetivo, porque la ley de fondo quiere que el peticionante de la intervención acredite la calidad de socio, como el peligro en la demora y la gravedad por la inejecución. Ello sin contar que debe agotar los recursos acordados por el contrato social y que tiene que promover la acción de remoción de los administradores (art. 114, LSC).

La rigidez de la norma, a nuestro parecer, no constituye un obstáculo para decretar la intervención, como medida autónoma, cuando se acredita el derecho que tiene el socio y el peligro en la demora, sin necesidad de cumplimentar los demás recaudos de la norma sustancial. En definitiva, el espíritu de la medida cautelar regulada a partir del artículo 113 de la Ley N° 19550 es el de proteger la vida de la sociedad en aquellos supuestos en que este valor se encuentre comprometido. Resulta convincente y justificada tal medida cuando los hechos por sí mismos demuestren el riesgo en el obrar del órgano de administración, o que este sea remiso o incapaz para solventar la crisis provocada por sus actos; o haya devenido impotente (por fallecimiento de los socios) para convocar válidamente una asamblea que decida sobre la designación de nuevo gerente, en tanto y en cuanto la demora implique un peligro para el patrimonio societario, entre tantas situaciones más que dan razones y fundamentos para la intervención judicial.

---

debe olvidarse que el síndico está obligado a impugnar las decisiones sociales que colisionen a la ley, estatuto o reglamento, por lo que, si constatadas irregularidades en la administración de la sociedad, no puede obtener una decisión favorable de los socios que disponga la remoción de los administradores que incurrieran en tales conductas, debe proceder de inmediato a impugnar la nulidad de ese acuerdo, pues jamás puede quien por ley tiene la obligación de custodiar la legalidad en el funcionamiento de una sociedad sentirse vinculado u obligado por una decisión asamblearia carente de toda validez. d) A mayor abundamiento, repárese que el art. 297, LSC, responsabiliza al síndico, en forma solidaria con los directores, por los hechos y omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido si hubiera actuado de conformidad con lo establecido por la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias…" (Nissen, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abaco, T. II, 1994, pp. 291/2).

No obstante, otros sostienen que la cautelar basada en el artículo 113 citado tiene autonomía y obliga a dar cumplimiento con cada uno de los requisitos, de manera que si no fue promovida la acción de remoción del administrador de la sociedad irregular, la intervención judicial prevista en el artículo 113 de la Ley N° 19550 carece de respaldo instrumental que la justifique.[3017]

Cabe observar que la Ley de Sociedades Comerciales y el Código Procesal tienen la misma clase de interventores, que pueden ser uno o varios. Por eso la remisión del artículo 115 de la norma material que delega en el juez de la causa la orden de fijar la misión que deberán cumplir y las atribuciones que les asigne a los interventores de acuerdo con sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas por la ley de sociedades o el contrato social. Al precisar el término de la intervención, queda establecido en la norma la imposibilidad de prórroga que no se justifique con información sumaria.[3018]

Otra cuestión similar es el régimen de la *contracautela* establecido en el artículo 116 de la Ley de Sociedades, que por vía de principio y reglas generales adjetivas, es idéntico al contenido y alcances de los artículos 199 y 200 del Código Procesal, donde lo más importante, quizá, sea establecer el límite del perjuicio eventual en el sentido de valorarlo sobre el patrimonio, el capital social o el impacto económico que sufra la sociedad. En este punto se debe recordar que quien peticiona la medida cautelar en el marco del artículo 113 de la Ley N° 19550 no tiene que atravesar por la instancia previa de mediación judicial como recaudo previo para proveer la solicitud de intervención judicial, pues esta requiere la promoción de la acción de remoción de los administradores de la sociedad (art. 114, LSC).

3017. CNCom., Sala C, "Russo, Alfredo c./ Alvarez, Sergio", 28/11/1994, *LL*, 1995-C-285.

3018. La intervención judicial tiene muchos supuestos de procedencia. Por ejemplo: a) en caso de acefalía de la administración; b) ante una permanente práctica de subfacturación por parte de los administradores; c) existencia de irregularidades graves que inciden directamente sobre los ingresos reales de la sociedad; d) comprobación de circunstancias que ponen de manifiesto el irregular funcionamiento de la sociedad; e) confección de estados contables falsos; f) retención por parte de los administradores de las acciones de accionistas que representan el 50% del capital social, a los efectos de evitar el ejercicio, por estos, de sus derechos societarios y g) la irreductible distanciación entre los directores de una sociedad anónima agravada por la existencia de querellas criminales mutuas (Nissen, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, *op. cit.*, T. II, pp. 303-4).

591.1 Intervención judicial y administración provisoria

La confusión entre normas procesales y materiales obliga a ser precisos para ordenar una medida de tanta gravitación en los intereses de una empresa. El conflicto tiene largo arrastre, reconociendo una profusa jurisprudencia, que se mantiene uniforme merced, seguramente, al Plenario "Uman, Simón c/ Seglin, Gregorio y otros"[3019] y al fallo de la Cámara Comercial en "Feune de Colombí, Diego P. y otros c/ La Esmeralda Capitalización (SA)",[3020] que delinearon la figura del interventor como diversa del administrador judicial, fijando los requisitos de procedencia de tales designaciones y estableciendo los umbrales funcionales de las varias modalidades con que hoy se recoge el instituto en la legislación.[3021]

En "Uman c/ Seglin" se ratificó la jurisprudencia precedente y se caracterizó al administrador judicial como…

> … el designado a instancia de componentes de la sociedad para hacerse cargo de los bienes y negocios sociales, que en sustitución provisoria de la administración existente toma bajo su cuidado con facultades de dirección y gobierno en ejercicio del "mandato" que desempeña como representante de la sociedad y con independencia de la voluntad de los socios, con respecto a los que sus derechos y obligaciones se rigen por los artículos 1870, inciso 3º, 1945 y siguientes y concordantes del Código Civil, actuando con sujeción a la amplitud o restricción de sus poderes y atribuciones de conformidad a las facultades que se le confieran o cercenen sin alterar lo sustancial de su función, en lo que le son propias, de acuerdo a la índole de la misión que cumple, no pudiendo incurrir en gastos que no sean los corrientes de la administración sin ser autorizado expresamente, ni nombrar empleados auxiliares sin el mismo requisito, debiendo rendir cuentas de su gestión, producir los informes que hagan a su cometido y requerir autorizaciones especiales en todo lo que salga del curso normal de la administración.

En cambio, el interventor judicial a una sociedad es sólo la persona nombrada por el juez para interferir en dicha administración, asistiendo a las partes en el negocio intervenido, y sin cuya presencia y

3019. CCom., Cap., "Uman, Simón c/ Seglin, Gregorio y otros", 26/11/1948, *LL*, 53-193.

3020. CNCom., Sala B, 11/12/1959, *LL*, 90-183.

3021. Roitman, Horacio (dir.), "Intervención Judicial", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1, pp. 241 y ss.

asenso nada puede hacerse con arreglo a la mayor o menor extensión de su cometido, porque todo lo debe conocer, pero sin facultades de dirección y gobierno, y que, por tanto, no puede sustituir con la suya la voluntad de los dueños, no se hace cargo de los bienes, no tiene iniciativas propias de carácter ejecutivo, limitándose a la vigilancia, cuidado y guarda de los derechos controvertidos en el pleito.

El temperamento que diferencia la "intervención judicial" como remedio cautelar de la intervención propiamente dicha como actuación destinada a administrar y disponer de los bienes de otro puede encontrarse en la naturaleza del acto discernido judicialmente.

Cuando la medida se adopta en un proceso en trámite como acción de tipo preventiva, el acreedor tiene que demostrar todos los presupuestos de la tutela cautelar y prestar contracautela. Si se decide como *medida complementaria* de otra cautelar que resulta probadamente insuficiente, la intervención interferirá en el patrimonio de la empresa porque el funcionario discernido tendrá potestades de recaudación gradual y sucesiva hasta cubrir un monto determinado. Estas son intervenciones judiciales *lato sensu* que se promueven a instancia del socio, acreedor o interesado y quedan sometidas a las pautas que dispone la orden jurisdiccional.

En cambio, la intervención de tipo fiscalizadora participa de la naturaleza comercial de la empresa y puede ser pedida por la misma sociedad o demás entes colectivos. Puede llevar finalidades de administración pura, provisoria y sujeta a las reglas de la ley, el estatuto o las decisiones de la asamblea que hayan dispuesto la acción judicial. En tal sentido, el juez podrá ordenar la intervención en el marco de la ley de sociedades y, dentro de la congruencia solicitada, ordenar el alcance de la función a desempeñar.

En esta modalidad también se encuentra la intervención judicial pasiva que instala un auxiliar de la justicia al solo efecto de informar el desenvolvimiento del órgano que administra la empresa. Las facultades quedarán establecidas en el mandato judicial.

En suma, la intervención judicial es un género que tiene figuras singulares semejantes a las que se regulan en varias disposiciones de orden sustancial, donde la ley de sociedades refleja la mayor identidad. Precisamente, porque el instituto procesal nace de fuentes del derecho comercial que fueron visualizando la necesidad del remedio técnico.

La interrelación de los esquemas de fondo o adjetivo va a depender del tipo de mandato judicial dispuesto, sin perder de vista que en todos los supuestos el funcionario elegido tendrá que desempeñar su cargo cumpliendo una serie de reglas que el Código de rito establece (art. 225, CPCCN).

Hay modismos genéricos como la intervención con fines recaudatorios; de control o información (veedor) y de administración; estos suelen estar presentes en los reglamentos procesales. Las intervenciones reguladas en particular son las ya mencionadas para las sociedades o entidades financieras, que tienen otras manifestaciones en acciones dentro del consorcio, del sucesorio, o en el mismo derecho de familia.

Finalmente, como explica Falcón, existe otra distinción que tiene como base la oposición:

> … entre intervención judicial a la administración provisoria judicial de la sociedad, a la intervención judicial general y que opera entonces de modo restringido. Esta intervención judicial restringida tiene diversas capas. Por otro lado la descripción de los institutos se apoya generalmente en el modelo de las sociedades y que *mutatis mutandi* resulta aplicable a otros entes colectivos, y el interventor en general puede ser designado para el cumplimiento de varias de estas funciones.[3022]

591.2 El interventor recaudador

El Código Procesal reglamenta al *interventor recaudador* en condiciones particulares que lo diferencia de las demás situaciones. Ella se decreta como *medida autónoma* (cuando no hay otra precautoria de similar eficacia) o *complementaria* de alguna dispuesta que se torna ineficiente (por ejemplo, cuando no es posible trabar en un solo acto embargo sobre dinero o bienes suficientes, y cuando las rentas o frutos sobre los que debe recaer el embargo, así como por las del bien que las genera, por su naturaleza y características no puedan ser aprehendidas en un solo acto sino en forma sucesiva durante un período de tiempo).[3023]

3022. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, p. 323.

3023. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, op. cit.*, T. IV, p. 508.

En cualquier caso, y como primer recaudo, sólo procede a *pedido del acreedor*, quien debe demostrar que no tiene ninguna otra medida cautelar que cumpla con similar energía la función que se pretende conseguir mediante la designación judicial de esta suerte de colector del dinero que ingresa en la empresa.

El supuesto es propio en la etapa de ejecución de sentencias, aunque es admisible, también, cuando el embargo preventivo o ejecutivo no satisface plenamente la finalidad cautelar. Por eso no es requisito de la cautelar que haya liquidación aprobada, bastando la sentencia dictada en favor del actor para fundar debidamente la pretensión cautelar. No obstante, cuando se trata de ejecutar una sentencia, si no se ha intimado ni practicado liquidación que permita conocer suficientemente el monto final que se debe sufragar, la medida es *prima facie* "improponible".

En tal sentido, Palacio afirma que, pese a la aparente generalidad de los términos que utiliza la primera parte del artículo 223…

> … la intervención sólo procede como complemento de un embargo, el cual además, debe haber recaído sobre ingresos que se perciben en forma sucesiva, como sucede, *v. gr.* con los honorarios profesionales, los arrendamientos o las entradas a espectáculos públicos.[3024]

El requisito es confirmar la ineptitud de las medidas cautelares (inclusive de las innominadas o genéricas) para lograr que se designe un funcionario encargado de recaudar las sumas que quedan sometidas a embargo. De igual modo, interpretamos que no es sólo la inutilidad de las precautorias lo que se debe probar, sino también que no hay vías alternativas que permitan satisfacer el fin recaudatorio.[3025]

3024. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 205.

3025. Se ha dicho que, corresponde rechazar la medida cautelar de nombramiento de interventor recaudador, toda vez que, si procede la acción principal de rendición de cuentas, la eventual condena de rendir cuentas no se asegura con aquella medida cautelar. En efecto, resulta evidente no sólo la falta de congruencia entre la medida solicitada y la acción de fondo en trámite, sino también la ausencia de verosimilitud actual del derecho (CNCom., Sala A, "González, Urbano c./ Cosolito, Claudia P.", 28/5/1999, *LL*, 1999-E-562). Con otra lectura se dice que, si bien la medida cautelar de la designación de un interventor recaudador se restringe a aquellos presupuestos en que no fuere posible la traba de otra medida eficaz en el caso, el actor presentó un oficio del registro de la propiedad inmueble del que surge que el demandado no cuenta con inmuebles a su nombre y un informe emitido por un banco de datos, la falta de prueba de tal presupuesto negativo no puede conducir en los hechos a la denegación de la medida (CNCom., Sala A, "Mejalelaty, Teófilo c./ Alonso, Oscar", 24/4/2000, *LL*, 2000-E-903).

Cuando se trata de obtener la intervención como medida complementaria del embargo, la prueba sobre la insuficiencia trabaja en la misma dimensión.

El siguiente requerimiento es que la intervención únicamente procede cuando la sociedad o ente colectivo de que se trate obtenga bienes que produzcan rentas o frutos (art. 223, CPCCN), pues de otro modo, carece de sentido. En este supuesto es necesario interpelar al deudor para que ponga a disposición del acreedor las sumas que, de no cumplir, serán tomadas de los ingresos de caja; criterio que según Palacio es ineludible cuando las rentas o frutos debe entregarlas a un tercero.[3026]

Otras características asientan en el modo de cumplir con la orden judicial. Ella debe procurar no entorpecer la marcha regular de la empresa, aun cuando se le puede afectar hasta el cincuenta por ciento (50%) de los ingresos provenientes de su recaudación diaria, por eso como el haber puede estar compuesto de ingresos líquidos y de otras fuentes (mercaderías, valores, etc.), es necesario que la manda sea totalmente explícita.[3027]

La precisión pone dudas respecto a si la intervención se puede ordenar con establecimientos de conformación irregular (*v. gr.* kioscos; almacenes; comercios informales; sociedades de hecho en general), ante la probable afectación del estado contable. Algunos afirman que la medida sólo procede cuando se trata de sociedades efectivamente constituidas y no respecto de sociedades de hecho o unipersonales. Por eso se reitera que la medida cautelar de intervención judicial que regulan los artículos 113 y siguientes de la Ley N° 19550, y 222 del Código Procesal, en principio, no resulta posible respecto de sociedades no

3026. Palacio,Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 206.

3027. Por eso es improcedente la designación de un interventor judicial para obtener la recaudación de un porcentaje de los ingresos brutos de una sociedad de responsabilidad limitada, como medida cautelar complementaria de un embargo recaído sobre las cuotas sociales de dicho ente societario cuyo titular sería el accionado (CNCom., Sala E, "Lami, Mirta G. c./ Bigñe, Francisco A. y otro", 11/4/1995, *IMP*, 1995-B-2854). En este sentido se afirma que, de conformidad con el art. 223, la intervención del recaudador no implica interferir en el aspecto profesional del consultorio donde el demandado desempeña su profesión. Para cumplir con su función de retener los ingresos y liquidarlos, el interventor recaudador puede expresar únicamente el número de facturas o recibos que se otorguen sin expresar el nombre de las personas que abonen las consultas y actuando de modo tal que su presencia no altere la privacidad propia del quehacer profesional (CNCiv., Sala A, "H., C. S. c./ P., O. A.", 9/12/1992, *LL*, 1993-A-432).

constituidas regularmente.[3028] No obstante, esta solución es compatible con la ley societaria, pero no responde ni restringe al esquema procesal que actúa en subsidio del embargo, tornando admisible la figura si satisface iguales requisitos de necesidad y urgencia que respalda la cautelar lograda con anterioridad.

Finalmente, el interventor recaudador no participa ni tiene injerencia en la administración; las sumas que embargue como consecuencia de la gestión se deben depositar a la orden del juzgado y con la periodicidad que indique la orden judicial.

Cuando la medida se encomienda a juez de distinta jurisdicción, las facultades del interventor recaudador las señala el juez oficiante, de manera que cualquier restricción o limitación que surja en la ejecución de la medida, únicamente las puede saldar el juez competente del juicio donde se ordena y no el que la ejecuta.[3029]

591.3 El interventor informante

El artículo 224 del Código Procesal prevé la posibilidad de designar, como medida precautoria, un *interventor informante*, que ilustra al tribunal acerca de las operaciones que constata en el lugar destinado y sin abrir juicio, en principio, sobre la regularidad o corrección con que se desempeña la actividad sujeta a contralor.

El propósito aludido no equivale a realizar una pericia contable, ni se confunde con el gobierno del establecimiento mercantil afectado. Por consiguiente, el nombramiento del interventor es personal y a título de auxiliar del juez de la causa, autorizando sólo la existencia de colaboradores cuando resulta imprescindible por lo complejo de la verificación.

La figura suele llamarse "veedor", porque sólo vigila la administración desenvuelta en el giro operativo de una sociedad; la diligencia a desarrollar es un control informativo que, como tal, puede ser fuente y

3028. CNCom Sala C, "Russo, Alfredo c./ Alvarez, Sergio", 28/11/1994, *LL*, 1995-C-285.

3029. Corresponde al juez oficiante proveer la pretensión de ampliación de facultades del interventor recaudador designado, aun cuando las medidas relativas a la ejecución de la cautelar hayan sido delegadas en el juez oficiado, pues lo solicitado implica la graduación de la intensidad de dicha medida precautoria. No obsta a ello la delegación de competencia en lo referido al cumplimiento de esta, que no hace a la determinación de sus alcances (CNCom., Sala A, "Beneventano, Osvaldo L. c./ Empresa Hotelera Americana y otro", 8/5/1996, *LL*, 1997-C, 970; *DJ*, 1998-1-605).

razón para que se adopten medidas cautelares más específicas. Es improcedente, entonces, cuando con ella se pretende obtener una prueba directa o indirecta merced a la información que él produzca. En tal sentido, este tipo de intervención podría tomarse en los carriles de las medidas provisionales de seguridad de una eventual sentencia condenatoria, pero su eficacia implícita para la ejecución es nula, aunque sea un antecedente importante para otros fines (*v. gr.* denuncia penal por administración fraudulenta; remoción de administradores; etc.).

Ya hemos señalado en los requisitos generales la necesidad de acreditar los extremos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; debiéndose destacar la diferencia con el modismo anterior (interventor recaudador) en que aquí procede de oficio o a petición de parte.[3030] También se distingue en que la designación del interventor informante prevista se encuentra excluida del régimen de la intervención cautelar de la Ley de Sociedades Comerciales, pues el cometido genérico de ese funcionario en dicha normativa es dar noticia acerca de los bienes objeto del juicio o de las operaciones de la sociedad, sin interferir en la administración de ella.[3031] Vale decir, se trata de un *veedor* que interviene para vigilar y controlar a la administración en el negocio, con la función de comunicar al órgano jurisdiccional sobre las cuestiones concretas que se le encomendaron.

En la ley de sociedades es la modalidad más leve y el veedor no tiene facultades de dirección y gobierno, ya que se limita a la vigilancia,

3030. La previsión del texto legal de que este tipo de intervención puede ser dispuesta incluso de oficio por el juez, indica que además de ser aplicada en el ámbito de discrecionalidad propio de las pretensiones cautelares (arts. 203 y 204, Cód. Proc.), puede constituir un modo de ejercitar eficazmente sus facultades instructorias (art. 36, inc. 4, Cód. Proc.). Debe tenerse en cuenta que para algunas situaciones específicas el Código Procesal prevé posibilidades de información que guardan proximidad con esta medida cautelar (*v. gr.* medidas preliminares del Código Procesal, arts. 323, incs. 2, 3, 4, 5 y 11 y procesos voluntarios del Cód. Procesal, arts. 781, 782 a 784) (cfr. Dieuzeide, Juan J., en Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, *op. cit.*, T. IV, p. 507).

3031. Ahora, si se designó interventor por seis meses de un comité ejecutivo de un sindicato de acciones, resulta improcedente que sus integrantes objeten la medida, con fundamento en que deviene inaplicable la ley 19.551, sin controvertir la aplicabilidad del régimen común de las medidas cautelares (CNCom., Sala D, "Di Leo, Vito y otro c./ Comité Ejecutivo de Acciones clase C de Telecom S. A. y otros", 4/6/1999, *IMP*, 1999-B-2792).

cuidado y guarda de los derechos controvertidos en pleito. La vigilancia de la administración social implica la posibilidad por parte de la veedora de controlar las operaciones que realice la sociedad en la contabilidad y requerir los comprobantes correspondientes a los efectos de poder informar al juzgado, sin que ello signifique de ninguna manera injerencia en la administración social.[3032]

Cuando en la ejecución de las instrucciones la administración social genere obstáculos para lograr la información o desarrollar el control, el interventor podrá requerir del juez la imposición de sanciones conminatorias, procurando con ello revertir la actitud regresiva.[3033]

La intervención informativa es a plazo determinado con renovaciones de acuerdo a necesidades fundadas. Recuérdese que la medida tiene por objeto verificar si con la administración se pone en peligro la subsistencia de la sociedad o el patrimonio del sujeto que se alcanza con la medida; de modo tal que verificado o no tal supuesto, determinará la continuidad de la precautoria teniendo presente el carácter provisional que tiene y la finalidad pensada al ordenarse.

En algunas legislaciones provinciales, como en la de Buenos Aires, la figura del *veedor* puede quedar cifrada a un solo acto (reconocer el estado de los bienes objeto del juicio –art. 227, CPCCBA–).

591.4 El interventor administrador

El Código Procesal de la Nación y aquellos que siguieron sus aguas dividieron las modalidades de la intervención en cuatro funciones:

3032. Roitman, Horacio, *Intervención Judicial*, p. 245.

3033. Son ejemplos de procedencia de intervención informativa, cuando en la constitución de una sociedad dada el socio no logra conocer la marcha de los negocios del ente, ni consultar los libros de comercio y se le niega el ingreso al lugar fijado para la realización de la asamblea por él impugnada (CNCom., Sala D, "Límoli, José J. c. Corrientes 2048 SA y otro", 6/4/2000, *LL*, 2000-F-982 [43.215-S]). Asimismo, se ha dicho que si de la documentación agregada surge que el demandado posee el ochenta por ciento (80%) del capital accionario de la sociedad en comandita por acciones, y resulta además el único socio comanditado, el tribunal conceptúa que se encuentran reunidos en la especie los extremos excepcionales que justifican la intervención judicial decretada por el *a quo*, máxime cuando la misión encomendada al funcionario designado se limita a la de veedor o mero informante en los términos del art. 224 del Cód. Proc., por lo que su situación, por su propia y limitada naturaleza, no habrá de afectar la normal actividad de la sociedad (CNCiv., Sala F, "T. de D., R. A. c./ D., P. F.", 9/8/1985, *LL*, 1986-A-44).

fiscalización; recaudación; administración y ser veedor, después llamado informante. Actualmente, el reglamento adjetivo tiene sólo dos enumeradas: el *interventor recaudador*, y el *interventor informante*; pero ello no significa la eliminación de las modalidades existentes con anterioridad, sino el establecimiento de un orden de preferencias que comienza con las modalidades de intervención que disponen las leyes de fondo, continúa con las especiales y recién a falta de estas "podrán disponerse las que se regulan..." en el Código Procesal (art. 222 parte final, CPCCN).

La exposición de motivos de la Ley de Reformas (Ley N° 22434) fue muy clara al sostener que "... no puede dejar de advertirse que las intervenciones y administraciones previstas en los ordenamientos civiles o comerciales atienden a una diversidad de intereses, contemplan situaciones heterogéneas y suponen la concurrencia de diferentes requisitos". Por lo tanto, la propiedad de la cautelar que analizaremos a continuación debe tener presente que la administración es la figura de mayor dinámica, que por su implicancia en distintas situaciones contiene adaptaciones y reglas que postergan los presupuestos procesales, concurren con ellos o agregan requisitos especiales.

Por ejemplo, la Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 115 establece: "La intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores o de uno o varios administradores"; como el alcance de sus funciones se delega en la potestad jurisdiccional, la propia actividad tiene modalidades de información (el llamado veedor se convierte en interventor informante); de recaudación (el interventor recaudador) o de intervención o interferencia en la administración a través de la destitución del organismo director o de cogobierno con este.

En el Código, la designación de un *administrador judicial* exige cumplir varias etapas:

a. En la primera, el órgano que actúa como administrador de la sociedad o empresa debe ser removido de su cargo simultáneamente con la decisión judicial, aunque esta puede haberse planteado en forma previa.[3034] Si no se ha promovido

3034. De otro modo, de la misma manera que el Código Procesal otorga la posibilidad de obtener una medida cautelar antes de que se haya promovido el juicio, debe disponerse su cesación cuando la demanda no se entable dentro del plazo fijado de diez días de su traba, so riesgo de conceder a una de las partes la facultad de presionar a la otra

la acción de remoción del administrador de la sociedad irregular, la intervención judicial prevista en los artículos 113 de la Ley N° 19550 y 222 del Código Procesal carece de respaldo instrumental que la justifique. Esto es propio de la intervención controlante y no de otras derivaciones de la intervención como la recaudación o la de simple información.

b. La acción debe plantearla quien sea o haya sido socio, porque la legitimación procesal radica en su persona. La designación de interventor de una sociedad requiere que el perjuicio que se invoque a esos fines sea de naturaleza tal que exista un verdadero peligro en la demora en su designación, relativo al interés objetivo de la sociedad.[3035]

c. La administración forzada por decisión judicial es de interpretación restrictiva, constituyendo la última medida o una extrema decisión tomada ante la gravedad probada de los hechos.[3036]

d. Finalmente, la intervención no exime de cumplir con los requisitos generales del artículo 195 CPCCN respecto a la necesidad de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Por eso, la medida cautelar de intervención judicial que regulan los artículos 113 y siguientes de la Ley N° 19550, y 222 y siguientes del Código Procesal, en principio, no resulta procedente respecto de sociedades no constituidas regularmente.

En este aspecto, sostiene Falcón:

> El artículo 114 de la LS enuncia el *peligro y su gravedad* (aspecto que debe ser demostrado). Esto significa "peligro" como peligro en la demora (en razón de la inminencia de los efectos negativos que se pretenden paliar

utilizando el poder jurisdiccional (CNCom., Sala B, "Vásquez Pini, Carlos R. c./ Vásquez Pini, Horacio A. y otro", 18/5/2000, *LL*, 2000-F-984 [43.225-S]; *DJ*, 2001-1-516).

3035. CNCom., Sala A, "Rodríguez, Hilda C. c./ Tintorería Tricolor S. A.", 15/10/1996, *LL*, 1997-E-1037, [39.886-S].

3036. El nombramiento debe ser el último camino restitutivo para establecer el orden societario, pues de no haberse promovido la remoción de coadministradores, la única vía posible es la intervención judicial. No obstante, es inadmisible la pretensión de remoción del interventor judicial fundada en que este estaría ejerciendo una deficiente representación de la sociedad intervenida en el juicio, pues la gestión del administrador judicial es absolutamente independiente de las causas que motivaron su nombramiento y de la sustanciación del pleito (CNCom., Sala A, "Romero, Roberto c. Eabsa SA", 28/8/1997, *LL*, 1998-F-757; *DJ*, 1998-2-562).

> o evitar con la medida), mientras que la gravedad parece tener dos conceptos: uno, la circunstancia que nos acerca a la certeza por probabilidad es la verosimilitud del derecho; el otro, el perjuicio considerable que irroga el acto impugnado.[3037]

La ilación guarda lógica con el sistema dispuesto en las normas societarias, que también se rigen por estatutos y decisiones asamblearias que pueden autorizar la intervención judicial; pero aunque similar, la intervención como medida cautelar en sociedades no comerciales, como la conyugal, tiene reparos lógicos, basados en la necesidad de salvaguardar derechos que se pueden amparar con vías concurrentes o subsidiarias.[3038]

591.5 Disposiciones comunes a toda clase de intervención

El principio de continuidad de la empresa, alineado con el carácter restrictivo de las medidas cautelares, fomenta el carácter excepcional de la intervención o administración judicial. La regla es que, si no hay otra cautelar de similar eficacia, procede una vez que se acrediten los presupuestos comunes y se preste contracautela.

Es común así afirmar que la intervención judicial –en cualquiera de las formas previstas legalmente– se erige como una medida cautelar societaria de excepción, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones. De ahí el criterio restrictivo en la materia, pues la intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, para no provocar un daño mayor del que se quiere evitar.[3039] Además, como se observó con anterioridad, estas medidas atienden las administraciones societarias que, sin perder el control de la empresa, pueden verse resentidas en

3037. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, p. 367.

3038. Se afirma que la intervención solicitada durante la tramitación del divorcio por uno de los cónyuges sobre los bienes del ente del que el otro es socio son improcedentes cuando afectan el desenvolvimiento de la sociedad; pero cuando no perjudican a los demás socios, como ocurre con la designación de un interventor cuya función es informar sobre las utilidades que en principio le corresponderían al accionante, resultan procedentes (CNCiv., Sala M, "L., A. v./ L., E. E.", 29/11/1999, *JA*, 2000-II-458).

3039. CNCom., Sala B, 17/2/1999, *LL*, 2000-C-469.

cuestiones donde los derechos en conflicto podrían ser controvertidos y sin suficiente verosimilitud para cualquiera de las partes.

Lo fundamental es que la medida sea un beneficio potencial para el proceso, y no una ventaja para el que pide la cautela; por eso, no es factible instalar a ningún "interesado" en la calidad de interventor, ni siquiera en condición de "auxiliar", salvo que exista una orden judicial expresa y fundamentada que lo consienta. Una vez resuelta la intervención, ella se dispone como providencia interlocutoria, de manera que admite sendos recursos de reposición con apelación en subsidio, o directo (art. 198, párr. final, CPCCN).

La designación de interventor es *intuitu personae*, debiéndose tener en cuenta los conocimientos adquiridos en la función que tenga que desempeñar y su absoluto desinterés respecto a las partes. Por eso no se puede nombrar a quien haya estado vinculado con la empresa donde deba cumplir la tarea rogada. El artículo 259 de la Ley N° 24522 establece que debe ser una persona especializada en el área respectiva o con título universitario en administración de empresas.

La propuesta de interventores está limitada a la necesidad fundada de considerarlos sin atender a quienes el juez tiene en la lista de expertos otorgada por la Cámara de Apelaciones. Conviene recordar que cuando se discierne a abogado de la matrícula en la Capital Federal, la función le obliga a suspender actividades de procuración o patrocinio letrado ante el tribunal que lo designa como auxiliar de la justicia (art. 3, inc. a, ap. 8, Ley N° 23187).

La intervención o administración se dispone por un tiempo determinado, o hasta recaudar un importe establecido, de modo tal que son plazos prorrogables por resolución fundada.

Es necesario prestar contracautela adecuada con la verosimilitud del derecho invocado, y pueden originar costas que se han de autorizar dentro del quinto día de sustanciado el pedido entre las partes. Si los gastos se debieran practicar de urgencia, el interventor deberá informarlo al juzgado dentro del tercer día de realizados, con el fin de resolver su admisión. Sin perjuicio del auxilio o colaboración que puede requerir el interventor en cualquiera de sus modalidades, el cargo a desempeñar tiene en cuenta la idoneidad que acredita y el carácter *personal* de la designación.

Se trate de interventor recaudador o informante, en ambas situaciones deben ser presentados informes periódicos, con la frecuencia que

el juez indique en las instrucciones dispuestas, con el fin de mantener avisadas a las partes y al tribunal sobre la eficacia de la cautelar ordenada. El exceso en las funciones, o las acciones propias de quien pretende beneficiar con su conducta a alguna de las partes es causa bastante para producir la remoción del interventor, sea de oficio o a pedido de partes.

Con relación a los gastos que origina la intervención judicial, no son ni aproximadamente equivalentes a la de los daños y perjuicios que contempla el artículo 199 del Código Procesal, pues el hecho de que la adopción de una medida cautelar irrogue gastos, no significa que constituyan un perjuicio, ya que puede tratarse de simples erogaciones operativas o que, en definitiva, originen otros ingresos.[3040]

591.6 Honorarios del interventor

El artículo 227 del CPCCN dice:

> El interventor sólo percibirá los honorarios a que tuviere derecho, una vez aprobado judicialmente el informe final de su gestión. Si su actuación debiera prolongarse durante un plazo que a criterio del juez justificara el pago de anticipos, previo traslado a las partes, se fijarán estos en adecuada proporción al eventual importe total de sus honorarios.
> Para la regulación del honorario definitivo se atenderá a la naturaleza y modalidades de la intervención, al monto de las utilidades realizadas, a la importancia y eficacia de la gestión, a la responsabilidad en ella comprometida, al lapso de la actuación y a las demás circunstancias del caso.
> Carece de derecho a cobrar honorarios el interventor removido del cargo por ejercicio abusivo; si la remoción se debiere a negligencia, aquel derecho a honorarios o la proporción que corresponda será determinada por el juez.
> El pacto de honorarios celebrado por el interventor será nulo e importará ejercicio abusivo del cargo.

La actuación del interventor, a diferencia del sistema anterior que lo fijaba en seis meses, no tiene en la actualidad tiempo establecido por la ley, porque lo deja a la discrecionalidad del juez y atendiendo las circunstancias del caso. Por ello, la extensión del tiempo puede originar gastos que el interventor tiene derecho a requerir como pago anticipado. Estas

3040. Los actos realizados por un interventor judicial que no sólo se extralimitó en sus funciones, sino que también contrató al margen de lo que exigían las circunstancias y los principios jurídicos y morales, no obligan a la asociación intervenida que no se benefició o aprovechó de tales actos (CNCiv., Sala B, 26/2/1965, *Rep. La Ley*, XXVI, 842, Sum. 5).

erogaciones anteriores a la liquidación final que determina el monto de los honorarios se pueden justificar por decisión judicial y requerirse a las partes previa sustanciación con ellas sobre el pedido formulado.

Ahora bien, no es este un anticipo de gastos periciales, de manera que la falta de depósito no origina la pérdida del derecho a que se practique la medida, pues son honorarios que se anticipan y no gastos que condicionan la medida precautoria.

Respecto a los honorarios definitivos, se fijarán teniendo en cuenta las pautas generales de toda regulación (importancia del trabajo, eficacia de la gestión, responsabilidad comprometida, tiempo invertido, etc.); pero no se establecerá el derecho cuando el interventor sea removido del cargo por causa suficientemente fundada (el Código dice: ejercicio abusivo o negligencia). El interventor, finalmente, no puede convenir con las partes un honorario determinado, porque ello significa ejercer con abuso la función conferida.

592. Inhibición general

La inhibición general de bienes es una medida de excepción que se otorga cuando no se conocen bienes del deudor, o que, habiéndolos embargados, resultan insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito. Inhibir supone evitar o prevenir la disposición del deudor del patrimonio que posee cuya venta debe registrarse; por ello, no alcanza a bienes muebles que, en su caso, debieron quedar resguardados con el embargo. En tal sentido, la medida ocupa aspectos registrales que llevan a encuadrar al instituto entre las cautelares destinadas a registraciones personales.[3041]

Tal como se presenta, la precautoria cumple una finalidad preventiva y complementaria. Lo primero en el sentido que, como las demás medidas cautelares, la inhibición se traba previo cumplimento de los presupuestos genéricos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Lo segundo, porque guarece el cumplimiento efectivo, no sólo de una eventual sentencia de condena, sino de otras situaciones donde es necesario gravar la libertad de disponer, como sucede en

3041. Cfr. González, Atilio Carlos, "La inhibición general de bienes en el proceso común y en el régimen concursal", en Peyrano, Jorge Walter, *Tratado de las medidas cautelares*, T. II, Santa Fe, Panamericana, 1996, p. 11.

los procesos concursales, o cuando se tramita la interdicción de una persona, entre otros casos.

De este modo, la inhibición trasciende la cobertura de la tutela procesal de los derechos, para alcanzar un espacio que excede aquello que el embargo no puede solucionar. En el plano de los derechos subjetivos, actúa a petición de la parte que se presume acreedora; pero también es admisible la inhibición decretada de oficio cuando la precautoria tiene por objeto no afectar los bienes o el patrimonio del presunto deudor.

592.1 La inhibición de bienes como medida subsidiaria del embargo

La inhibición general de vender y gravar bienes es una medida cautelar de carácter subsidiario en los términos del artículo 228 del Código Procesal.

Dice, en su parte pertinente:

> En todos los casos en que habiendo lugar a embargo este no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir estos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

Vale decir que el presupuesto para decretar esta medida extraordinaria, poco conocida en el derecho comparado, es que primero se hayan embargado bienes muebles o registrables y que, ante la insuficiencia de ellos para satisfacer la plenitud del crédito eventual (caso del embargo preventivo), ante la sola denuncia del deudor de no conocer otros bienes o derechos de crédito del deudor, procede la interdicción de venta y gravamen del afectado.

La redacción acordada al precepto parece sugerir que el embargo debe estar ordenado, y que sólo por el fracaso de la diligencia que comprueba la inexistencia de bienes o la pobreza de ellas procede disponer la inhibición luego de que el embargante lo solicite.

Por tanto, la medida no se decreta sin haber intentado el embargo, contingencia que coloca al instituto como sucedáneo del acto frustrado. Empero, nos parece que no es esta la interpretación que

corresponde acordar. En efecto, el problema atraviesa por la prueba que exige cualquiera de las posibilidades, como vemos a continuación.

592.2 Requisitos de la inhibición

Hay tres situaciones posibles. La *carencia* de bienes que significa no tener un patrimonio significativo; la *insuficiencia* de ellos, que parte de considerar la existencia de un embargo cuyo monto no se cubre con los bienes afectados; y el *desconocimiento* sobre la situación económica del deudor.

La primera es la más simple, frente al embargo decretado y en caso de que este no se pueda hacer efectivo por la pobreza de los elementos encontrados al practicar la diligencia, o por ser ellos inembargables, puede solicitarse la inhibición general de bienes. La segunda también trabaja sobre bienes conocidos que resultan pocos para dar la garantía de solvencia futura (embargo preventivo) o inmediata (embargo ejecutivo) que el crédito necesita. El supuesto exige demostrar sumariamente que los bienes conocidos son insuficientes.[3042] En cambio, el *desconocimiento* de capacidad económica divide a la doctrina, porque algunos argumentan que es un requisito particular que exige, al menos, la demostración sumaria del patrimonio que se presume insuficiente; mientras que otros, donde nos sumamos, sostienen que basta con afirmar la ignorancia de bienes.

Del encuadre surge que, si el presupuesto de la inhibición general es el mismo que tiene el embargo (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela), al que viene a complementar cuando aquel resulta exiguo, no sería necesario más que acreditar estos extremos para la procedencia, aun cuando no se haya embargado. La norma dice que es admisible la inhibición, en todos los casos en que tiene lugar al embargo y no es menester ningún otro requisito.[3043]

3042. CNCiv., Sala A, "M. de W., C. c./ W., M. A.", 18/11/1992, *LL*, 1993-C- 443, *J. Agrup.*, caso 9088.

3043. Dice González que la inhibición general, como toda cautela, "no tolera dilaciones –a punto tal que el Reglamento de la Justicia Nacional (artículo 36), la considera asunto de *preferente despacho*, aparece incongruente imponer al acreedor el previo agotamiento de un procedimiento ordenado a abonar sumariamente el presupuesto de referencia; con el riesgo eventual pero cierto de privar a esa tutela, en alguna medida, de su connotación *inaudita pars*. Máxime si los restantes requisitos de la inhibición se

Por ello, con la sola denuncia de desconocimiento der bienes del deudor, procede disponer la inhibición como medida cautelar directa sin necesidad de atravesar por el embargo previo que resulta insuficiente o se frustra por la carencia de bienes.

592.3 Requisitos registrales

El segundo párrafo del artículo 228 establece: "El que solicitare la inhibición deberá expresar el nombre, apellido y domicilio del deudor, así como todo otro dato que pueda individualizar al inhibido, sin perjuicio de los demás requisitos que impongan las leyes".

En particular, el artículo 13 del Decreto N° 2080/80, reglamentario de la Ley N° 17801, resuelve la necesidad de informar en inhibiciones de personas físicas: a) el nombre y apellido completos, sin iniciales intermedias; b) domicilio real; c) número del documento nacional de identidad o de aquel que identifique al sujeto cuando se trata de ciudadanos argentinos; y de pasaporte para los no residentes; d) en el caso de menores de edad que carecen de documento nacional de identidad, se informa el número de cédula con indicación de la autoridad que la emite; e) si no se consigna el número del documento de identidad, las inhibiciones se inscriben provisionalmente por ciento ochenta (180) días, salvo que judicialmente se declare que el inhibido ha realizado los trámites correspondientes ante el organismo competente, sin haber podido obtener el número de documento identificatorio.[3044]

Cuando son personas jurídicas, los requisitos a cumplir son: a) nombre completo, con independencia de la sigla utilizada. Es decir, se debe denominar conforme lo asienta el estatuto social respectivo registrado; b) domicilio social; c) número de inscripción en el registro provincial de personas jurídicas o en la Inspección General de Justicia; d) en el caso de sociedades irregulares, de hecho o en formación, se debe indicar esta circunstancia.

---

encuentran formalmente cumplidos; en cuyo caso, imponer además la satisfacción de esa carga devendría, lisa y llanamente, superfluo" ("La inhibición general de bienes en el proceso común y en el régimen concursal", *op. cit.*, p. 29).

3044. González, Atilio Carlos, "La inhibición general de bienes en el proceso común y en el régimen concursal", *op. cit.*, p. 39.

Si bien en principio la inhibición general de bienes comprende sólo los inmuebles, puede hacerse efectiva también sobre otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad, como sucede con los depósitos bancarios. Ello es así porque el artículo 228 del Código Procesal no alude exclusivamente a los inmuebles sino a los bienes del obligado, expresión que debe interpretarse en sentido amplio y en tanto sea posible su individualización a través de una inscripción registral.[3045]

Un recaudo discutible es la indicación del monto que alcanza la inhibición; algunos afirman que resulta necesario que se *determine el monto* por el cual deberá trabarse dicha medida, pues la indeterminación trae aparejada la imposibilidad de que el afectado pueda conjurar sus efectos de la forma dispuesta por la última parte del artículo 228 del Código Procesal.[3046] Nosotros pensamos que es un requisito innecesario porque no está previsto en la ley procesal ni en las de fondo, particularmente las vinculadas con el registro. Además, el afectado puede levantar la medida *siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.*

592.4 Alcance y preferencias

La inhibición general de bienes es una medida cautelar que actúa en el proceso proyectando en él sus ventajas y prevenciones; pero la eficacia depende de la interdicción que sea capaz de proveer.

3045. CNCiv., Sala A, "M. de W., C. c/ W., M. A.", 18/11/1992, *LL*, 1993-C-443; Ídem, Sala C, "Obras Sanitarias de la Nación c/ Club Atlético Boca Juniors", 20/9/1983, *LL*, 1984-B-57; cfr. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, *op. cit.*, T. 4, pp. 535 y 536.

3046. Cfr. CNCom Sala A, "Bayer Argentina S. A. c./ Agroveterinaria Las Perdices S. R. L.", 6/10/1999, *LL*, 2000-C-719; *DJ*, 2000-2-638. A los efectos de la procedencia de la medida de inhibición general de bienes, si la pretensión principal tiende al cobro de daños y perjuicios deviene necesaria la acreditación, al menos *prima facie*, del daño que haría posible el resarcimiento pecuniario, pues tal medida debe adecuarse a la importancia económica del derecho que se persigue garantizar para no trabar innecesariamente al presunto deudor en la libre disposición de sus bienes, causándole un perjuicio inútil (CNCom., Sala A, "Cartecolor S. A. c./ Publipal Publicidad S. R. L.", 28/5/1999, *LL*, 1999-E-279; *DJ*, 1999-3-646).

Palacio dice:

> … dada la forma en que se efectiviza, sólo puede afectar a aquellas cosas sobre las cuales no puede transmitirse, constituirse, modificarse o cederse un derecho real sin la previa certificación, extraída del correspondiente registro, relativa tanto a su estado jurídico como al de la persona que figura inscripta como titular del dominio o del derecho de que se trate.[3047]

De este modo, la eficacia depende más del registro que de la medida cautelar.

En otra perspectiva, asentada más en el principio de lealtad y buena fe dentro del proceso, si alguien está inhibido y dispone de bienes no registrables de cierto valor (*v. gr.* caballo pura sangre de carrera; cesión de derechos hereditarios; venta de cosa mueble; etc.), correspondería sancionarlo en el proceso por la temeridad incurrida y promover la acción penal correspondiente por la acción dolosa.

Con este parámetro y más flexibilidad, pero sin criterios de realidad posible, se piensa que la inhibición alcanza también a bienes no registrables.

En cuanto a la preferencia que asigna la inhibición, conviene recordar que el artículo 228, párrafos tercero y cuarto disponen:

> La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiere transmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general.
> No concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad.

La cautelar no concede prioridad sobre otra medida de igual naturaleza trabada con posterioridad y mucho menos respecto del embargo, pese a la identidad de ellas. El orden de anotación es una preferencia para el pago, no un privilegio especial (*prior in tempore potior in iure*). El favoritismo que concede la inscripción opera únicamente respecto del deudor "*in bonis*", es decir, aquel que no se encuentra en concurso ni quiebra.

Sostiene Falcón:

> … más allá de la disposición del CPCCN, la regla de que la inhibición no tiene prioridad sobre otras medidas cautelares resulta discutible, porque no es de la naturaleza de la institución. Aunque es motivo de controversia en doctrina y jurisprudencia si la inhibición general tiene

3047. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 167.

> prioridad de derechos sobre los embargos, no lo es cuando la inhibición es voluntaria, ya que la ley sólo concede privilegio al acreedor embargante, no ocurriendo lo propio con el inhibiente voluntario, quien, al carecer de amparo legal, es postergado en su derecho por aquel. Por tal motivo el inhibiente debe, cuando posee título ejecutivo, solicitar embargo en bienes concretos y lograr de tal manera la preferencia que corresponda según la fecha o inscripción de los respectivos embargos, y ello resulta de los artículos 3875 y 3876 del Código Civil.[3048]

La inhibición regular (completa y sin errores) se inscribe por cinco (5) años, con posibilidad de ampliar por el mismo plazo tantas veces como se ordene judicialmente antes del vencimiento. Si la reinscripción fuera de plazo vencido, pierde la posición de preferencia para instalarse en el último lugar. Este plazo es procesal y puede coincidir o no con las normas de fondo. En estas, por ejemplo, el artículo 30 del Decreto N° 4907/73 que se relaciona con aeronaves, establece la interdicción por diez (10) años, que al ser ley especial posterga y amplía el término procesal.

592.5 La inhibición voluntaria

La inhibición puede ser dispuesta en forma *voluntaria* instrumentada por acuerdo entre partes, suscripta en instrumento público, aunque esta modalidad es resistida por las normas registrales (art. 3, inc. d, Decreto N° 2080/80 reglamentario de la Ley N° 17801). También sufre restricciones legales en orden a lo dispuesto por el artículo 1972 del CCyCN:

> *Cláusulas de inenajenabilidad*. En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.
> En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.
> Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.
> En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.

3048. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, p. 470.

Bien aclara Kielmanovich que esta no es una modalidad cautelar, y que sufre la resistencia de la doctrina, pues:

> … nos parece absolutamente legítimo en tanto no se refiera a todos los bienes que componen el patrimonio de una persona, pues en tal caso involucraría una suerte de incapacidad de derecho, aun cuando pueda resultar inoponible frente a terceros en ausencia de toda publicidad a su respecto.[3049]

593. La anotación de litis

La anotación de litis es una típica medida preventiva destinada a proteger el derecho de eventuales adquirentes de un bien sometido a litigio, que producto de tal situación, puede modificar la inscripción que tiene. La finalidad es asegurar la publicidad del juicio y evitar que se frustre la expectativa de aquellos terceros con pretensiones sobre la cosa que puede sufrir alteraciones registrales.

Para Palacio, la medida tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre este.[3050]

Kielmanovich enseña:

> … se trata de una medida que tiene por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes sobre los cuales recae (inmueble, automotor, buque, etc.), cuya finalidad se agota con la pura oponibilidad de la sentencia y sin que en ningún caso pueda impedir su disposición o embargo ni acordar prioridades ni preferencias respecto de ulteriores anotaciones o de otras medidas cautelares, y sin que a ello se oponga, dicho sea de paso, el dispositivo contenido en el artículo 24 de la ley 21.499 de Expropiación en cuanto establece que "la litis se anotará en el Registro de la Propiedad, *siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien"*, pues, a nuestro modo de ver la cuestión, la indisponibilidad e inembargabilidad que señala este dispositivo aparece aquí como una consecuencia del agregado de la ley ("siendo desde ese momento indis-

3049. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 309.

3050. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 236.

ponible e inembargable el bien") y no como un efecto de la anotación *per se*, sin perder de vista que esa anotación no sería para nosotros estrictamente cautelar, sino más bien "preventiva" o puramente registral.[3051]

En cambio, otros consideran que la precautoria provoca un bloqueo registral sobre el bien alcanzado, evitando que este pueda disponerse con libertad sin notificar al beneficiario de la cautela. Posición aislada y de escasa aplicación práctica, desde que la medida se cumple solamente con la anotación marginal en el dominio, sin acordar ventaja alguna a quien consigue la medida, más allá de la publicidad que provoca sobre el estado litigioso.

La condición de procedencia es la eventual alteración registral y no los conflictos que pueda tener el bien alcanzado.[3052] De este modo, si el consorcio de propietarios tiene procesos abiertos por relaciones de vecindad, probablemente la condena alcance a los sujetos, sin alterar las condiciones del dominio. O bien, si el titular del vehículo embestido pretende anotar la litis respecto al rodado embistente, la precautoria es inoficiosa porque no hay posibilidad de modificaciones registrales.

Además del interdicto de adquirir, procede en todo tipo de proceso que pueda ocasionar una modificación de la inscripción en el registro respectivo. Materializada la advertencia o alerta a través de la anotación de la litis en el registro respectivo, los terceros adquirentes deberán soportar los efectos de la sentencia asegurándose de ese modo la trascendencia de la cosa juzgada en relación a terceros.

593.1 Oportunidad de la pretensión

La anotación de litis es de aquellas medidas que sólo pueden solicitarse una vez deducida la pretensión, lo que descarta implícitamente

3051. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 203.

3052. La anotación de litis no impide la libre disposición del bien litigioso, pues su finalidad consiste en descartar la posibilidad de que quien adquiera u obtenga la constitución de un derecho real sobre el bien en cuestión se ampare válidamente en la presunción de buena fe que como principio general instituye el art. 2362 del Código Civil (CNCiv., Sala A, "Siraveña de Denatale, Mary Rosa c./ Bernal, Luis y otros", 21/11/1995, *LL*, 1996-A-727). Por ejemplo, se ha dicho que es procedente cuando va dirigida a que los terceros que puedan disponerse a contratar con la afectada por una de las medidas derivadas de la aplicación del art. 79 de la Ley N° 11723 (*Adla*, 1920-1940-443), tengan conocimiento de la existencia del pleito (CNCiv., Sala C, 24/2/1994, "The Walt Disney c./ Multimedia Ed.", *LL*, 1994-C-584, *J. Agrup.*, caso 9847).

la posibilidad de que la litis se anote con anterioridad a la interposición de la demanda principal, aunque debe tenerse en cuenta el impacto producido sobre tal norma por la Ley N° 26589 de mediación obligatoria, que faculta a requerirla como previa. En tal sentido se ha dicho que la falta de iniciación del procedimiento de mediación obligatoria no obsta a que se decrete la anotación de litis.[3053]

Inclusive se ha señalado que procede también en el proceso sucesorio

> … en tanto que por la naturaleza de los bienes que componen el acervo hereditario pudiere verificarse una *modificación de una inscripción en el registro correspondiente*, verbigracia, respecto de bienes inmuebles o muebles registrables, tanto sea que se mantenga el estado de indivisión o se proceda a la partición judicial, privada o mixta de los bienes, criterio que, por cierto, debemos reconocer –dice Kielmanovich– por la inmensa mayoría de la jurisprudencia y doctrina nacionales.[3054]

La oportunidad se ratifica con el artículo 609 del Código Procesal al establecer que "Presentada la demanda, podrá decretarse la anotación de litis en el Registro de la Propiedad, si los títulos acompañados y los antecedentes aportados justificaren esa medida precautoria".

Esta disposición tiene en cuenta que la principal característica del interdicto de adquirir es la anotación de la litis, que tiene por finalidad hacer saber a terceros, mediante la publicidad que implica la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble, la existencia del interdicto. La procedencia de la anotación de litis está condicionada a la deducción de una pretensión que pueda tener como consecuencia la modificación de la inscripción en el Registro correspondiente, y a la circunstancia de que el derecho invocado como fundamento de la acción sea verosímil.

Sin embargo, no toda la doctrina coincide con el tiempo cuando es preciso formalizar el pedido de esta medida, pues no sólo la priva de la esencia principal que tiene toda cautelar por naturaleza, sino también, porque la inhibe de actuar en procedimientos extracontenciosos.

3053. CNCiv., Sala L, "Consorcio Libertad 1168/70/72 c./ Bevacqua, María G.", 16/6/1999, *JA*, 2000-III-604.

3054. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 205.

593.2 Requisitos de admisibilidad

La admisión de esta precautoria exime de acreditar el peligro en la demora, pues se desprende de la misma finalidad de la medida. Este peligro por la morosidad resulta de la plena disponibilidad de bienes de relativamente fácil enajenación que, de concretarse, implicaría frustrar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. Sí debe ser manifiesto el derecho a publicitar a cuyo fin el *field* de la verosimilitud será analizar si con el resultado del litigio podrán suceder modificaciones en el registro correspondiente. La medida requiere contracautela, cuyo tipo y monto se resuelve por apreciación judicial.

593.3 Modalidades

La anotación marginal que consta en el plano, ordenada por la autoridad administrativa –en el caso, observación indicativa de una superposición de límites– se asemeja, en cuanto a su finalidad, a una anotación de litis. En efecto, su objeto es dar publicidad al litigio para que los terceros no puedan alegar buena fe en el caso de modificarse la inscripción registral.[3055]

También se ha dicho que la medida cautelar de anotación de litis en el libro de registro de acciones resulta formalmente procedente cuando el juicio pudiera tener como consecuencia la modificación de sus asientos. Además, si se ha admitido el embargo de acciones con inscripción en el mentado libro, no existe óbice para conceder una medida de entidad inferior a aquella.[3056]

3055. CNCom., Sala B, "Arroyo de Alpataco S. A. s/ quiebra s/ inc. de reiv. por la quiebra de: Falaschi de Fernández, Hermenegilda", 19/9/1996, *LL*, 1997-B-744.

3056. CNCom., Sala E, "MYF S. A. c./ Sociedad Entrerriana de Electrificación Sedelec S. A. y otros", 20/08/1997, *IMP*, 1998-3-135. En este aspecto se afirma que es procedente acoger la precautoria que se comenta en el libro de registro de acciones dentro del marco de un proceso en el que se demanda el cumplimiento del contrato de compraventa de acciones, que se han adquirido mediante el ejercicio del acuerdo de "preferencia". Ello porque: a) la eventual admisión de la demanda podría incidir sobre la registración respectiva; b) media dual inteligencia de cláusulas estatutarias que reglan la transferencia de acciones cuyo real significado, su extensión y su interpretación definitiva sólo podrá efectuarse en la sentencia; y c) existe interés de los demandados en vender sus tenencias accionarias (mismo fallo anterior).

594. Prohibiciones y ejecuciones

Cuando algunas situaciones de hecho o de derecho no consiguen resolver suficientemente la finalidad preventiva que llevan las medidas cautelares hasta aquí analizadas, el juez de oficio, o a petición de parte, puede disponer prohibiciones específicas o mandar que se ejecuten ciertos actos que se integran con las precautorias adoptadas (*v. gr.* embargo sobre el inmueble y prohibición de contratar sobre este), o trabajando con autonomía (*v. gr.* prohibición de innovar).

Por lo general, el destino de la orden judicial asienta en cosas o bienes que se deben mantener inalterables mientras se sustancia el proceso; pero en otras, precisamente el objeto central es la innovación que se requiere para lograr eficacia cautelar.[3057]

Este conjunto de medidas tiende a conseguir la inalterabilidad de la cosa litigiosa, lo que supone actuar en forma complementaria o autónoma mediante tres modalidades: a) la *prohibición de innovar*; b) la *medida innovativa*; y c) la *prohibición de contratar*.

594.1 La prohibición de innovar

Si el objeto de toda medida cautelar es asegurar la cosa objeto del proceso y preservar la potencial ejecución del resultado habido con la sentencia, la prohibición de innovar encuentra plena coincidencia, al punto que debe considerarse una medida complementaria para forta-

3057. Sostiene Falcón: "A pesar de que la medida cautelar se refiere a bienes y no a personas, su referencia está específicamente gobernada por la actuación de esas personas, ya por sí, ya como funcionarios o representantes de los diversos tipos de entidades. Se persigue que alguno de ellos se abstenga de realizar un acto o conducta (faz negativa) o que lo realice (faz positiva). Esta realización supone el cumplimiento de una obligación, ya se trate de una obligación de dar o hacer, que comprende las distintas subespecies (de dar: cosas ciertas, inciertas, cantidades de cosas, dinero; de hacer: hacer, no hacer, impedir que otro haga, escriturar). Normalmente se explicita esta medida como una conducta positiva o negativa que requiere la jurisdicción, aspecto que surge de las definiciones de los distintos autores, aunque la tendencia es definir la medida como negativa (esto es la prohibición de innovar). En otras palabras, es una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible, o bien una orden que tiende a la realización de determinados actos" (*Tratado de derecho procesal civil y comercial*, T. IV, pp. 383/4).

lecer el objeto general indicado. Así lo indica el párrafo final del artículo 230 del CPCCN al establecer que podrá decretarse siempre que "la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria" (inc. 3).

No obstante, como se aplica en todo tipo de procesos, debe emplearse con la mayor circunspección cuando se peticiona en acciones personales, supuestos en los que la garantía del derecho controvertido se debe conseguir, en principio, a través de otro modelo de tutela.

La jurisprudencia es uniforme al señalar que la prohibición de innovar es una medida precautoria que tiene por objeto mantener el estado de derecho o de hecho de la cosa litigiosa, existente al tiempo de la promoción del proceso, pues su modificación o alteración podría tornar ilusoria la sentencia o acarrear perjuicios irreparables.[3058]

La prohibición que se persigue de ningún modo constituye la vía idónea para evitar la promoción o prosecución de otras causas judiciales, aunque posean actual o eventual incidencia sobre el objeto del juicio en el que se pide la medida. En caso contrario, se violaría el derecho de índole constitucional de ocurrir ante el órgano jurisdiccional, o se estaría reconociendo a un magistrado facultades de revisión de la actividad jurisdiccional de otro, que nuestro ordenamiento jurídico no le otorga.[3059]

3058. CNCom., Sala E, "Productos Solmar SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ ordinario s/ incidente de medidas cautelares", 6/10/1995, entre otros.

3059. Procede desestimar la prohibición de innovar solicitada por un contribuyente en el marco de una acción declarativa de certeza, a fin de que el Fisco de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de ejecutar por vía de apremio el Impuesto sobre los Ingresos Brutos por aplicación directa de la reforma tributaria establecida por los arts. 3 y 5 de la Ley N° 13850, en cuanto suspenden la exención impositiva dispuesta por los arts. 39 de la Ley N° 11490 y 1, 2, 3 y 4 de la Ley N° 11518, en tanto una orden destinada a impedir que una persona determinada –pública o privada– promueva un juicio, además de violentar el derecho constitucional de defensa en juicio resulta desmesurada, interfiriendo y menoscabando la esfera de competencia propia de cada juez (Juzgado Cont. Adm. Nº 1 de Mar del Plata, "N.N. c./ Poder Ejecutivo", 19/9/2008, *PET*, 12; *IMP*, 2008-23, 12/2009). Es improcedente la medida precautoria orientada a obtener la paralización o suspensión de la ejecución de una sentencia, ya que su admisión implicaría un inadecuado ejercicio de un acto de imperio que provocaría una alteración sustancial de la decisión ya tomada e importaría impedir el cumplimiento de un acto jurisdiccional firme y ejecutorio. De tal modo, más que una prohibición contra un determinado obrar, la cuestión se transformaría en una indebida limitación de las facultades del propio órgano jurisdiccional en el ejercicio de la aplicación del derecho o en el cumplimiento de sus propios pronunciamientos (CNCiv., Sala G, "Eldes S.A. c./ Ahuerhan, Jorge Julio", 28/9/2007, *LL*, 2007-F-284).

La medida no se opone a otras, a las que viene a complementar, sino que *coexiste* con ellas, aunque se tiene que resolver el problema de la acumulación y necesidad al objeto que sirven. Dicho esto con el sentido de advertir que la discrecionalidad judicial puede obstruir el progreso de la prohibición de innovar si considera que el embargo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes o la prohibición de contratar son específicos y suficientes para alcanzar el fin cautelar.[3060]

Excepcionalmente *sustituye* a la cautelar vigente. Por ejemplo, se ha dicho que, en el marco de un proceso sucesorio corresponde revocar la anotación de litis ordenada por el juez *a quo* y admitir la prohibición de innovar solicitada a fin de impedir la disponibilidad y/o modificación del estado jurídico de los bienes sucesorios, dado que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora en tanto se estaría gestionando una operación de compraventa y

---

La prohibición de innovar que tiene por objeto evitar la promoción o prosecución de otras causas o que la parte contraria se abstenga de solicitar embargos u otras medidas similares –en el caso, respecto del juicio hipotecario en el que existe sentencia firme mandando llevar adelante la ejecución–, viola el derecho de índole constitucional de peticionar ente la Justicia (CNCiv., Sala B, "B., G. S. c./ B., I. y otros", 14/10/2004, *La Ley*, 2/11/2005, 12).

3060. Entre muchos casos se dice que es improcedente el dictado de una medida de prohibición de innovar en las condiciones de dominio de un inmueble, que ha sido peticionada en forma autónoma y con carácter previo a la promoción de un proceso por escrituración; pues, atendiendo a las condiciones de dominio del bien respecto del cual los accionados comprometieron ceder su propiedad, no se acreditó –siquiera sumariamente– que aquellos tuvieran derecho alguno sobre este, no pudiendo soslayarse que la medida tiene carácter subsidiario y que la cautela puede obtenerse igualmente con la inhibición general de bienes que ha sido concedida (CNCiv., Sala G, "Carpinetti, Julio Alberto c./ Ruisánchez, Angel Gastón", 08/2/2007, *DJ*, 2007-II-781).
Cuando por medio de una prohibición de innovar se pretende modificar el *statu quo* existente, los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia en tanto un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Chiodi", 16/11/2004) (CS, 10/5/2005, "Silvestri, Juan C. c./ Estado Nacional y otro", LL *online*).
Es improcedente decretar la prohibición de innovar con respecto a la venta y/o cesión de las acciones de propiedad del exadministrador de una sociedad a fin de asegurar el resultado del juicio a iniciar por el ente por violación del art. 59 de la Ley de Sociedades y por daños y perjuicios toda vez que la finalidad que se persigue puede ser lograda mediante un embargo, medida que ampara de igual manera el derecho que se invoca (CNCom., Sala E, "La Besta S.A. c./ Tapia, Hugo", 14/5/2004, *DJ*, 2005-1-126).

la anotación de la litis no resulta ser una medida suficiente para impedir la disponibilidad de aquellos bienes.[3061]

A nuestro parecer, la eficacia de una medida cautelar no impide que se agregue la prohibición de innovar, teniendo presente el objeto puntual que ella tiene, y el carácter provisional como se dispone. De todos modos, el juez conserva la facultad de cambio presente en el artículo 204 del Código Procesal que funciona como regla general.[3062]

En los procesos constitucionales, particularmente en la Ley de Amparo Nº 16986, la prohibición de innovar se instala como medida preferente sin excluir a otras;[3063] ello sin contar numerosos supuestos de procedencia singular que se resumen en leyes especiales y atenciones jurisprudenciales.[3064]

3061. CNCiv., Sala C, "Musso Ferraro Vaz Gil, José", 26/9/2007, LL *online*.

3062. De acuerdo con el art. 204 Cód. Procesal compete al juez, por vía oficiosa, arbitrar alguna manera de sustitución de la medida cautelar solicitada -en el caso, se sustituyó el embargo sobre todas las cuentas de la empresa demandada, por una prohibición de innovar sobre la titularidad del fondo de comercio-, si existe una duda prudente acerca de la verosimilitud del derecho del peticionario y la posibilidad de que la demora pueda representar peligro para su eventual consolidación en la hipótesis de un resultado favorable final, a fin de satisfacer el conveniente equilibrio que debe primar entre los distintos intereses en juego (CNCiv., Sala J, "Mendoza, Santa H. y otros c./ Curtiembre Ariel S.A. y otros", 9/4/2002, *DJ*, 2002-2-1014).

3063. El Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, con simpleza y claridad establece: "*MEDIDA DE NO INNOVAR.* En cualquier estado de la instancia el Juez puede ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentan en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El Juez puede pedir la contracautela pertinente para responder por los daños que tales medidas pudieren ocasionar. La solicitud debe resolverse el mismo día de su presentación. Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, el Juez puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se derivan de su ejecución. De igual modo, el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso. El Juez, por resolución fundada, puede hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado".

3064. La medida cautelar de prohibición de innovar debe ser solicitada al interponer el recurso, es decir, contemporáneamente con la demanda administrativa, este es un requisito temporal que torna inaplicable la hipótesis de la medida cautelar anticipada prevista en los arts. 195 y 207 del CPCCN de Santiago del Estero al proceso contencioso administrativo (ST Santiago del Estero, "Castillo Gioya, Carlos A. c./ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero", 9/8/2006, LL *online*).

a. *Presupuestos generales de admisión*: La prohibición de innovar, dice el artículo 230 del Código Procesal, procede cuando:

1. El derecho fuere verosímil. 2. Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Como las demás medidas cautelares, la presente no exige el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Ello no impone al tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, necesario para resolver el pleito, resulta sólo menester examinar si el derecho por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento.
Con relación al peligro en la demora, se repite con alguna precisión especial la necesidad de acreditar el estado de riesgo en que se encuentra el derecho, el cual debe consistir en superar el estado actual de la cuestión como medidas positivas (evitar el peligro de mantener las cosas como están) o

---

Se configura el requisito del peligro en la demora que torna procedente ordenar la prohibición de innovar con relación a la aplicación del art. 8 de la Ley N° 5324 y los arts. 1, 2 y 5 del Dto. 117/2003, ambos de la Provincia de San Luis -mediante los cuales se persigue la caducidad de los cargos electivos-, pues la inmediatez del acto electoral en el que operarán su eficacia las normas impugnadas, requiere el dictado de medidas que mantengan la situación de derecho existente con anterioridad a su dictado, con el fin de resguardar los derechos esgrimidos hasta tanto se dirima la cuestión debatida (CSJN, "Ponce, Carlos A. c./ Provincia de San Luis", 10/4/2003, LL *online*).
La Ley "anti goteo" N° 25587, en cuanto prohíbe toda medida cautelar sobre depósitos bancarios alcanzados por el "corralito" distinta de la prohibición de innovar, afecta las funciones esenciales del Poder Judicial con menoscabo del principio de división de poderes, pues el juicio sobre los requisitos que tornan procedente una medida precautoria pertenece al ámbito discrecional del juez, a lo que debe sumarse que en muchos casos el tipo de cautela permitido puede no reunir los requisitos de idoneidad asegurativos necesarios para el cumplimiento de la sentencia CNFed. en lo Contenciosoadministrativo, Sala V, "Barrientos, Germán C. c./ P.E.N.", 26/7/2002, *LL*, 2002-F-136).
A partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos –de la que deriva su ejecutoriedad–, se requiere como requisito condicionante de la prohibición de innovar respecto de aquellos que se encuentre configurada la acreditación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, pues sólo concurriendo esta circunstancia resulta quebrada tal presunción (del voto en disidencia del doctor Digiorgis) (CNCiv., Sala K, 1996/12/31, "Algodonera San Nicolás S.A. y otros c./ Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *LL*, 1999-C-770; *DJ*, 1999-2, 645).

en evitar que se altere o torne imposible la sentencia de ejecución. Por eso es improcedente si la verificación de los presupuestos obliga a avanzar sobre la cuestión de fondo, para determinar la ilegalidad o arbitrariedad de la medida contra la que se promueve la acción principal.

La concurrencia de los requisitos comunes a toda medida cautelar permite visualizar, al mismo tiempo, la conveniencia de otorgarla con una determinada contracautela. Así, la prudencia judicial se mide con la ponderación del proceso donde ha de aplicarse.[3065]

b. *Requisitos propios*: la procedencia de la prohibición de innovar depende del *interés jurídico* que se quiere proteger, el cual en algunas situaciones, como cuando funciona como variable para suspender la ejecución de actos administrativos, obliga a acreditar el *interés legítimo* del peticionante.[3066]

No obstante, antes que ello, aparece una exigencia que no se cumple con la sola consideración "a priori" de que le pudiere asistir la razón al peticionario (*fumus bonis iuris*), sino que es necesario, además, que esa razón pueda tener acogida por la vía de la acción entablada, pues si bien el fundamento de la prohibición de innovar reside en la conveniencia de impedir que la acción de la justicia se vea frustrada mediante la alteración de la situación de hecho existente, debe reconocerse como presupuesto necesario la justiciabilidad de la causa, sin la cual aquel accionar no podría desenvolverse.

Si el marco es una acción de amparo, con la consiguiente suspensión del acto lesivo, el requisito de *fumus bonis iuris* debe

3065. A los fines de conceder la medida de no innovar solicitada por un trabajador, resulta irrelevante el hecho de que la alteración de las condiciones laborales se haya producido casi cuatro meses antes de promoverse la acción instaurada por el artículo 66 de la ley de contrato de trabajo, ya que en este "proceso sumarísimo" no resulta menester invocar y acreditar la existencia de "peligro en la demora", requisito usual en los ordenamientos procesales, pues se trata de una medida consagrada en una norma sustancial que prevalece sobre las disposiciones rituales (CNTrab., Sala X, "A., A. G. c./ Colegio Público de Abogados de Capital Federal", 27/9/2007, LL *online*).

3066. Es requisito necesario que la prohibición de innovar pedida contra la Administración pública no afecte el interés público (CNCiv., Sala E, "Tervasi, Carlos A. y otros c./ Municipalidad de la Capital", 05/12/1984, *LL* 1985-B-355).

ser fundado expresamente por el juez, como una suerte de antejuicio para la concesión. Lo mismo acontece con la declaración previa que corresponde realizar en la acción declarativa de certeza (art. 322, parte final, CPCCN). En los procesos ordinarios, basta con la resolución fundada que encuentre probado el recaudo liminar.

También es necesario evitar que se consume un *daño irreparable* o *irreversible*,[3067] y que sea *inmediato* o de consagración posible en el desarrollo de la instancia. Si el perjuicio eventual se puede concretar con la decisión definitiva, la suspensión de ejecución no es materia de la precautoria en estudio, sino del efecto de los recursos concedidos.[3068]

Finalmente se discute si la medida procede antes de iniciar la demanda o sólo es factible con proceso iniciado pues de la norma legal que sustenta la petición (art. 230, CPCCN) surge que puede decretarse en toda clase de juicio, lo que supone que si no lo hay, no existe posibilidad del riesgo que la prohibición de innovar trata de evitar –esto es la imposibilidad de ejecutar la eventual sentencia que recaiga en el mismo–, ni se puede evaluar la verosimilitud del derecho invocado, ni el peligro en la demora, requisitos propios de toda medida cautelar.[3069]

3067. La procedencia de la prohibición de innovar presupone la concurrencia de los requisitos comunes a toda medida cautelar: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela y la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (CNCom., Sala C, "J. F. Gas S.A. c./ Banco Central", 16/12/1999, *LL*, 2000-C, 931).

3068. Si la prohibición de innovar solicitada tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso mediante el mantenimiento de la situación existente con anterioridad a la resolución administrativa que en autos se cuestiona, y tiende a que no se haga ilusorio el fallo definitivo en el caso que se reconozca el derecho que el actor reclama, constituyen requisitos para su procedencia: la verosimilitud del derecho, la posibilidad del daño inminente, que esta no perjudique al interés público y la contracautela (CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Azucarera Argentina, S. A. -Ingenio Corona- c./ Gobierno Nacional –Ministerio de Economía–", 1/11/1984, *LL*, 1985-A-46).

3069. Corresponde denegar la prohibición de innovar cuando se la solicita en forma previa a la iniciación de la demanda, pues de la norma legal que sustenta la petición –art. 230, Cód. Procesal– surge que esta puede decretarse en toda clase de juicio, lo que supone la existencia del mismo criterio ratificado en el inc. 2 de dicha norma cuando, como requisito para su admisión, se solicita la existencia de peligro en la demora (CNCiv., Sala K, 29/9/1995, "Mefina S. A. c./ Municipalidad de Buenos Aires", *LL*, 1996-B-62; *DJ*, 1996-1-968).

No obstante, el artículo 195 del CPCCN es claro respecto a la oportunidad (*Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda…*) que no tenía la anterior Ley reglamentaria (Nº 17454); aunque en el amparo, por la urgencia del mismo proceso, no cabe esta cautelar como medida previa.[3070]

La eficacia de la medida depende de su notificación al destinatario que debe cumplirla, quien puede haber introducido alteraciones previas en las cosas o modificar las circunstancias de hecho en ejecución, que no son reversibles con la medida que, en su caso, se cumple a partir de la comunicación fehaciente.

c. *Extensión a otros litigios:* La prohibición de innovar tiene por vía de principio carácter accesorio, que surge de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 230, cuando expresa que para que se pueda decretar es necesario que "existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible".

De esta forma, la medida tiende a regresar al tiempo originario donde se plantean pretensiones y resistencias, pues si la sentencia va a declarar derechos que consagrarán otros nuevos derechos en la relación jurídica trabada, es necesario y congruente impedir que con maniobras dirigidas de las partes se eludan consecuencias negativas surgidas en el desarrollo del proceso que, posteriormente, eviten la ejecución procesal o tornen ilusorio el cumplimiento efectivo del mandato jurisdiccional. Por ello, la prohibición de innovar se funda en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y tiende a impedir que las partes innoven en situaciones de hecho o de derecho existentes al iniciarse la controversia (*lite pendente nihil innovetur; omnia in sue statud esse debent res finiautur* reza el Título VII de la Partida 3º); la medida propone, pues, asegurar un efecto típico de la sentencia, cuál es su retroactividad al tiempo de la demanda.

3070. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, p. 182.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de esta medida cautelar muestra su condición residual y contingente, al proceder únicamente cuando "la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra media precautoria", y será generalmente posterior al inicio del proceso, es decir, suple la inoficiosidad de otras acciones precautorias y queda supeditada a un litigio en curso. Tal marco conceptual impide extender la medida a un juicio diferente, porque ella no puede interferir en las decisiones que adopta otro juez. La imposibilidad de interferencia en el poder jurisdiccional de otro se consagra con un límite a las facultades del juez y como un orden superior en la salvaguarda del derecho al debido proceso.

Morello, Sosa y Berizonce han dicho que "vedar" a priori la posibilidad de promover una eventual demanda a dirigirse contra los peticionantes de tal medida, representaría un arma excesiva o de ejercicio abusivo (arts. 1071 y 1198, ap. 1º del Código Civil).[3071] Estas normas que rigieron en el Código de Vélez, ahora encuentran su base en el artículo 10 del Código Civil y Comercial (CCyCN), que suma el abuso entre los principios generales, instalándolo en el "Título Preliminar" como "Ejercicio de los Derechos".

> El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Se respetan de este modo los principios consagrados en la reforma del artículo 1071 y amplía la protección con hipótesis eventuales que se presentan enmarcados en los principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Así las cosas, se

3071. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II-C, p. 957.

adopta un criterio dinámico, proyectado a los ordenamientos futuros y amparando criterios novedosos y de vanguardia que puedan aparecer en situaciones *disvaliosas* futuras.
Se confirma, entonces, la imposición al juez de evitar situaciones abusivas (función preventiva) y corregir efectos nocivos para el ejercicio regular de los derechos (función reparadora).
En nuestra opinión, la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquel que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujeta a pocas, pero precisas y necesarias condiciones.
La conexidad necesaria reconoce algunos precedentes donde se admitió la extensión de la medida. Por ejemplo, la Cámara 1 de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, en la causa 181.459, sostuvo lo siguiente:

> Si ambos procesos derivan del mismo negocio jurídico, si en uno de ellos se declaró la rescisión de la compraventa, no puede admitirse la entrega del inmueble si correspectivamente no se restituye el precio percibido por el vendedor, siendo procedente en tales circunstancias la medida de innovar hasta tanto tenga lugar dicho pago; y a lo que no obsta la circunstancia de que la solicitud de entrega de la cosa haya sido formulada en otros autos.[3072]

También determinó:

> Si el cónyuge que pide la nulidad de la escritura que sirvió de base a la ejecución hipotecaria no fue condenado, en esta, y su intervención se aceptó en calidad de tercero desestimándose su pretensión nulitiva por exceder el marco limitado y compulsorio del ejecutivo, procede la medida innovativa en el citado hipotecario, toda vez que de continuarse el mismo con subasta ya decretada, y progresar el ordinario, la sentencia favorable que lograría ser de imposible cumplimiento.[3073]

Dicha conexión entre los procesos es imprescindible para habilitar, extraordinariamente, la intromisión de un juez en el campo de las decisiones jurisdiccionales de otro, pues si ello

3072. Ibídem, p. 969.
3073. C. 1 de Apel. CyCom. de San Martín, *Sensus*, vol. XI, p. 181.

no ocurre, estaríamos ante la certeza de vulneración del derecho de recurrir al órgano constitucional genuino, dándole a otro magistrado facultades de revisión que no posee, tal como lo indica el fallo señalado.

Esta proximidad en las decisiones paralelas que interfieren en uno y otro proceso debe analizarse no desde el terreno de la superficialidad que ordena el tratamiento para la admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), porque la importancia de la providencia a ordenar proyecta sustancialmente los efectos del proceso donde se pide.

Si bien es cierto que para dictar medidas precautorias no se requiere más argumento que la fundamentación del *fumus bonis juris* y *el periculum in mora*, también lo es que este marco se reporta para el proceso donde han de ordenarse; circunstancia que se modifica cuando esa decisión toma cuerpo en extensiones que afectan la conexidad a otros procesos vinculados. Este acreditamiento previo obliga a quien solicita la precautoria a demostrar más que la verosimilitud, para decir donde está el perjuicio imposible de reparación ulterior si no se ordena la medida tal como lo peticiona. Igual confirmación argumental debe tener el peligro en la demora, por idénticas razones. De suyo, la medida procederá mediante la pertinente contracautela.

En suma, reconocemos la excepcionalidad de la medida prohibitiva hacia otros juicios, pero admitimos su operatividad por razones de equidad y eficacia en el servicio jurisdiccional.

594.2 La medida cautelar innovativa

La prohibición de innovar tiene una faz positiva que se contrapone a la "congelación" dispuesta cuando se ordena no alterar el estado de hecho o de derecho vigente; también permite *modificar* las situaciones cuando el mantenimiento del *statu quo* puede llevar a la ineficacia de las actuaciones porque la continuidad puede influir en la sentencia o tornar imposible su ejecución.

Explica Carnelutti:

> Existen casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado

> cambio en el estado de derecho [...]. La posibilidad de medidas preventivas con tal fin es muy escasa en nuestro ordenamiento jurídico, y se presenta principalmente, desde dos puntos de vista: como *privación del bien contendido* y como *modificación anticipada de una situación jurídica*.[3074]

La medida cautelar innovativa, a diferencia de la prohibición de innovar, no tiende a mantener el *statu quo*, sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente que es la causa principal de la pretensión (*v. gr.* si está dispuesta la suspensión de una persona en una actividad determinada y la orden aparece *prima facie* dictada arbitrariamente, la medida cautelar persigue revertir esa situación, permitiendo que durante el debate judicial sobre la razonabilidad de dicha decisión sea continuada sin afectar la prestación del servicio).

Peyrano desarrolló desde 1981 las implicancias de esta cautelar positiva en el derecho argentino[3075] y en repetidas oportunidades aclaró que es una medida cautelar excepcional que

> ... tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor.[3076]

La trascendencia que tiene esta precautoria sucede en varios planos, que actúan a diferencia de otras medidas cautelares, sin afectar la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (*v. gr.* embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.). De algún modo, es un anticipo de la sentencia de mérito por lo cual sufre la resistencia de cierto sector de la doctrina que interpreta que no es un ámbito propio disponer en tal sentido sin caer en el riesgo de prejuzgamiento Por eso, aun admitiéndose que la prohibición de innovar tiene un aspecto de actuación modificatoria, se dice que ella conlleva el *non varietur*, pero, bajo ningún punto de vista, tiende a restablecer el estado que existía previamente, toda vez que ello supondría una alteración del

3074. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. I, 1956, p. 249.

3075. Peyrano, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

3076. Peyrano, Jorge Walter, "La medida cautelar innovativa 'embozada'", *LL*, 1994-B-761 y ss.

mencionado estado de cosas, en franca violación de las garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio (arts. 16 y 18, CN).[3077]

En la jurisprudencia hay situaciones claras que determinan la admisión por necesidad, como cuando se deduce la inconstitucionalidad de una norma y se pide la suspensión del cumplimiento que viene teniendo, aun cuando tiene decisiones ambivalentes.

Precisamente es lo que ocurre en numeras oportunidades que tornan un acertijo la procedencia. El péndulo se observa, por ejemplo, cuando se resuelve que, si lo que se solicita es una medida innovativa por la que se decida la inoponibilidad de la legislación de la Ciudad de Buenos Aires y su inaplicabilidad en el predio del Hipódromo de Palermo para la habilitación de un local comercial, que coincide con la pretensión de fondo de la acción declarativa, el análisis de los presupuestos de viabilidad debe ser estricto –en el caso, se la rechazó por inexistencia de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora–, pues una medida cautelar innovativa o anticipatoria constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa.[3078]

La misma estrictez aumentada con la diversidad de criterios se observa cuando se afirma que, en el marco de una demanda de daños y perjuicios entablada por la víctima de un accidente ferroviario, el juez se encuentra facultado para dictar una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar el siniestro. En caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, el juez se encuentra facultado también a intimar a la empresa demandada a que cumpla con estas, ya que el referido mandato implica el ejercicio de la función preventiva de daños que incumbe a los magistrados (del voto en disidencia parcial de la Dra. Kogan). No obstante, la mayoría del tribunal puede decidir que debe revocarse la sentencia que dictó una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar un accidente ferroviario, y en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad intimar a la

3077. Gueller, Isidoro, "Ámbito de la aplicación de la medida cautelar de prohibición de innovar", *LL*, 1989-A-193.

3078. CNFed. en lo Cont. Adm., Sala III, "Tattersall de Palermo S.A. -Inc. Med. c/ Lotería Nacional S.E. y otro", 19/12/2007, LL *online*.

empresa demandada a que cumpla con estas; pues, si bien los jueces cuentan con la facultad de adoptar medidas tendientes a prevenir la proliferación del daño ocasionado o la producción de perjuicios futuros, dicha potestad debe ser ejercida en forma restrictiva, atendiendo a las características del caso en juzgamiento más allá de la buena fe y real conciencia inspiradora de los mandatos en cuestión, máxime cuando la prestación de tales dispositivos se encuentra en cabeza de la autoridad que controla y habilita el servicio ferroviario.[3079]

Esta duplicidad también se muestra cuando se dice que es procedente la medida cautelar innovativa solicitada por el padre de un menor que presenta dislexia a fin de que, hasta tanto se resuelva el recurso administrativo interpuesto ante el establecimiento educacional al que asiste el menor por el cual se solicita la constitución de mesas examinadoras orales, se le permita cursar el primer año del polimodal, pues el riesgo en la demora está dado por la necesidad de que el niño permanezca en el grupo de origen a fin de evitarle situaciones de estrés que agraven la afección que padece.[3080] Y en otra causa se dispone revocar la medida cautelar innovativa que concedió a un agente municipal, en carácter de anticipo jurisdiccional, la restitución en su cargo y el abono de los haberes no recibidos desde que se hiciera efectiva la resolución que dejara sin efecto su designación en planta permanente, pues, decidir sobre la regularidad y validez de la ordenanza de nombramiento del actor y sobre la invalidez o nulidad de la resolución de revocación de la primera, son cuestiones conexas que deben ser resueltas en definitiva, por lo que en tanto ello no ocurra no cabe asignar mayor verosimilitud al derecho invocado de las partes con base en estos actos, cuya irregularidad es concreta y respectivamente cuestionada.[3081]

Asimismo, se declara improcedente la medida cautelar innovativa –art. 232 *bis*, Cód. Proc. de la pcia. de Corrientes– solicitada por un usuario contra la Dirección Provincial de Energía de la Provincia de Corrientes, a fin de que restablezca el servicio eléctrico si se verifica la

3079. SC Buenos Aires, 11/7/2008, "Saladino, Olga Lucía y otros c./ Balcabao, Oscar Santiago y otros", *LLBA*, 2008 (setiembre), 862.

3080. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 6/5/2008, "Schatzle, Analía y otro c./ Esc. Ens. n° 204 "Dgo. de Oro", *LL Litoral*, 1150.

3081. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Posadas, Sala I, "León Ramos, Gabriel A. c./ Municipalidad de Apóstoles", 23/5/2008, *LL Litoral*, 897.

ausencia del requisito de apariencia de derecho. La suspensión encuentra sustento normativo en las atribuciones y obligaciones que para el citado organismo se desprenden del Reglamento General de Suministro Eléctrico, por lo que el obrar del ente no puede ser reputado ilegal; pese a que en el mismo fallo se considera que corresponde confirmar la decisión que hizo lugar a la medida cautelar innovativa –art. 232 *bis*, Cód. Proc. de la pcia de Corrientes– solicitada por un usuario contra la Dirección Provincial de Energía de la Provincia de Corrientes a fin de que le restablezca el servicio eléctrico si las críticas vertidas por el ente están vacías de contenido real de acuerdo a las constancias de la causa, pues si bien refiere a las normas que lo autorizan a llevar a cabo el procedimiento del corte del suministro de energía eléctrica, no ataca el privilegio que otorga el juez de grado a los derechos reconocidos por la Constitución Nacional –art. 42– por sobre las facultades del organismo prestador de energía (del voto en disidencia del Dr. Rubin).[3082]

El antagonismo quizá sea provocado por una distinción que no se advierte en los fallos: ¿existe una diferencia entre la medida de innovar que surge del artículo 230 y la medida cautelar innovativa? ¿O son denominaciones de un mismo fenómeno con requisitos asimétricos?

Falcón claramente explica:

> … la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito […] que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada, el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal. Como la innovación en su faz positiva (orden de innovar o medida innovativa) tiende a modificar una situación de hecho o de derecho, ya que si se mantuviera podría influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, aparece como la inversa de la prohibición de innovar y parecería que la situación es idéntica, con otras palabras, a la "medida cautelar innovativa" e incluso alguna jurisprudencia la ha identificado. Pero no bien llegamos a esta situación advertimos que la orden de innovar choca contra un requisito específico que para muchos hace a la naturaleza propia de la prohibición de innovar y es uno de los presupuestos que hemos indicado de esta última es que la prohibición de innovar en prin-

3082. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, "Cubilla, Ramón Federico", 6/5/2008, *LL Litoral*, 735.

> cipio no puede plantearse antes del proceso, *no puede surtir efecto antes de que sea notificada*, es decir, su destinatario, entre tanto, no tiene obligación de cumplirla y, consiguientemente, no pueden objetarse, en principio, las modificaciones de la situación existente que en ese intervalo se hayan producido, quiere decir que los efectos de la medida son siempre para el futuro, pero el art. 230 del CPCCN no establece ese requisito.[3083]

595. La prohibición de contratar

La prohibición de contratar, de algún modo, es una variación de la precautoria precedente, sólo particulariza la admisión y especifica el objeto del impedimento así como las cosas y personas que comprende. Es una medida cautelar asegurativa que persigue obstruir la disposición de las cosas objeto de registro, por eso en sus orígenes la prohibición estaba dirigida a que los bienes raíces no fueran enajenados, aunque ahora esos límites están notoriamente expandidos.

Palacio advierte qué es una modalidad de la prohibición de innovar:

> … es la medida en cuyo mérito se ordena a una de las partes de que se abstenga de celebrar uno o más contratos determinados respecto de los bienes litigiosos o que han sido objeto de embargo, acordando a esa orden la consiguiente publicidad.[3084]

Algunas legislaciones, como la provincia de La Pampa, establecen en su Código Procesal que "Salvo disposición expresa en contrario, el embargo preventivo o el ejecutivo importarán las prohibiciones de innovar y de contratar sobre los bienes trabados" (art. 233), dando cuenta así del carácter complementario que a veces tiene (por ejemplo, un bien embargado puede agregar la prohibición de generar gravámenes sobre ella).

Ahora bien, la interdicción de contratar puede tener un sentido amplio y abarcar cualquier tipo de convención posible, como son el alquiler de la cosa, la constitución sobre ella de derechos reales, la venta o el préstamo, etc., o limitarse al único efecto de prohibir la enajenación. Asimismo, el alcance de la medida podrá comprender todo tipo de bienes impidiendo que sea la persona quien sobre ellos no pueda

3083. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, pp. 430-1.

3084. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 192.

contratar (*v. gr.* en cuyo caso también obraría procedente la inhibición general de bienes);[3085] o acotar la admisión al patrimonio registrado en los organismos correspondientes (*v. gr.* Registro de la propiedad inmueble; Registro de la propiedad automotor, etc.).

El CPCCN establece en el artículo 231:

> Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida, individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

El precepto irradia tres circunstancias de procedencia: *cuando la ley lo ordena* (*v. gr.* art. 1002, 2195, CCyCN, la Ley N° 24522, art. 16 respecto de los actos que no puede realizar el concursado);[3086] cuando se ha convenido expresamente en un contrato (*v. gr.* mutuo hipotecario; prohibición de sublocación; etc.); y con la finalidad de *asegurar la ejecución forzada* de los bienes objeto del proceso.

Esta tercera hipótesis, según Peyrano:

> … pone de resalto una nota que diferencia la prohibición de innovar de la de contratar. Esta puede versar sobre bienes que no son objeto del litigio (*v. gr.* un bien embargado en un cobro de pesos que se pretende ejecutar en el futuro y que se procura subastarlo libre de inquilinos), mientras que la de innovar siempre recae sobre los bienes objeto de litigio.[3087]

3085. La medida precautoria por la que se prohíbe la celebración de contratos de compraventa y préstamos gratuitos u onerosos de jugadores por parte de la institución constituye una verdadera prohibición de contratar que resulta ajena al ámbito de la inhibición general de bienes que sólo traba la disposición de bienes registrables (CNCiv., Sala F, "Club Atlético Vélez Sársfield c./ Club Atlético Huracán", 12/7/1984, LL *online*).

3086. Asimismo, la prohibición de contratar prevista en la "*abstain*" o "*disclosure rule*" –prevista en la resolución general 227 de la Comisión General de Valores– comprende a todo aquel que posea información referida a una oferta pública de adquisición, realizar o hacer que otro efectúe cualquier operación con los valores de la sociedad destinataria de la oferta, siempre que sepao tenga motivos suficientes para conocer que ha sido adquirida, directa o indirectamente, del oferente, de la sociedad destinataria de la oferta o de los órganos, empleados o cualquier otra persona que actúe por cuenta de ellos (CNCom., Sala A, 5/12/1995, "Comisión Nac. de Valores en: Establecimiento Modelo Terrabusi", *LL*, 1999C-764 [41.575S]; *DJ*, 19992644; *ED*, 17731).

3087. Peyrano, Jorge Walter, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Zeus, 2ª ed., 1997, p. 96. También en Peyrano, Jorge Walter (dir.), Baracat, Edgar (coord.),

A nuestro parecer, la medida es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, debiendo disponerse sólo cuando no exista otra medida idónea para obtener el fin perseguido, máxime si se tiene en cuenta que ella afecta no sólo al desenvolvimiento de la accionada, sino que además puede lesionar los derechos de terceros.

No obstante, la procedencia de una cautelar propia (*v. gr.* embargo, secuestro; inhibición general de bienes; intervención cautelar; entre otras que encuentran a las genéricas con importante cabida)[3088] no impide la acumulación con la presente, dado que por sus efectos no sólo complementa, sino que puede ser menos gravosa (*v. gr.* respecto a la inhibición general); e inclusive, siguiendo la pautas reglamentarias dispuestas en los ordenamientos adjetivos, también procede con la rebeldía, la confesión expresa o ficta, el reconocimiento de los hechos y la obtención de una sentencia favorable, que son presupuestos que admiten solicitar cualquier medida cautelar.

595.1 Presupuestos

Si bien participa la prohibición de contratar de los presupuestos exigibles para la procedencia de todas las medidas cautelares, cabe observar que la norma procesal reglamentaria no impone una verosimi-

Prohibición de innovar y prohibición de contratar, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 165.

3088. Procede la medida cautelar peticionada a fin de que se ordene a la Administración Federal de Ingresos Públicos abstenerse de iniciar o proseguir cualquier reclamo administrativo y/o judicial tendiente a determinar de oficio y/o percibir importe alguno por el impuesto a las ganancias relacionado con la mecánica de ajuste por inflación, en tanto se verifica el peligro en la demora, relacionado con la existencia de un perjuicio irreparable de no accederse al remedio pretendido, ya que el actor aportó un informe contable tendiente a acreditar que, en el caso, obligar al cálculo del impuesto sin aplicar el citado ajuste conduciría a una iniquidad tributaria, desde que se impone la obligación tomando en cuenta una base imponible materialmente falsa que lleva a tributar por ganancias inexistentes (del voto en disidencia de la Dra. Herrera) (CNFed. Cont. Adm., Sala II, "El Lab Taller de Idiomas S.R.L. y otros c./ Adm. Fed. de Ingresos Públicos", 12/2/2004, LL *online*).
La prohibición de contratar sobre el inmueble cuya escrituración y entrega de la posesión se demanda, no se superpone con el embargo preventivo del bien, ya que este impide su venta o la constitución de derechos reales, y aquella todo otro convenio (como el de locación, como dato) que pueda afectar el cumplimiento de la sentencia, en caso de ser favorable al actor (CNCiv., Sala D, "Aidembaun, Enrique c./ Tutunojian, Simón, 7/6/1978, LL *online*).

litud extrema cuando la petición se refuerza con la ley o el contrato;[3089] mientras que como resguardo de la ejecución forzada, el *fumus bonis iuris* tampoco exige plena certidumbre, bastando con satisfacer el marco de lo hipotético y razonable.

El peligro en la demora está implícito en el objeto, de modo que no requiere más comprobación que lo obvio del pedido considerado con las máximas de experiencia; en cambio, algunos solicitan además que exista la posibilidad de un *perjuicio irreparable*, condición ausente en el artículo 230 citado, pero delineado en la jurisprudencia que lo pondera. Podría exigirse, sí, en los supuestos que se admitan efectos retroactivos o anómalos de la prohibición de innovar (hay discrepancia en ello), o que se intente a través de esta medida generar una nueva o distinta situación.[3090]

Con relación a la contracautela no hay diferencias que señalar cuando se plantea como garantía de la ejecución forzosa, mientras que es inoperante cuando el fundamento proviene de la ley o un contrato celebrado entre las partes. Por lo general, ante la excepcionalidad de la medida, se desestima la caución juratoria. Aclara Kielmanovich:

> … como regla general podría decirse que la contracautela habrá de ser *real* o *personal* y no *simplemente juratoria*, pues el equilibrio de la justicia exige que mientras menos recaudos se requieran, más severo sea el criterio para apreciar la cuantía de la contracautela, pues esta no sólo procura el efectivo resarcimiento de los daños que cause la medida precautoria sino también su rápida y expedita percepción, requisito que no halla adecuada garantía en la caución juratoria.[3091]

3089. Kielmanovich sostiene que la parte se encuentra dispensada de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora cuando la ley sustancial o procesal no exigen tal recaudo.Aasí, cuando se trata de las llamadas medidas de seguridad enumeradas genéricamente en el art. 233 del Código Civil, tanto sea porque los presupongan como porque los consideren irrelevantes, máxime que la legislación local no podría condicionarlas o restringirlas sin violentar la supremacía que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional (*Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 404).

3090. Cfr. Barberio, Sergio, "Prohibición de innovar y contratar "reglas procesales", en Peyrano, Jorge Walter (dir.), Baracat, Edgar (coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, p. 153.

3091. Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 197.

595.2 Alcance de la medida

Como antes señalamos, la jurisprudencia no es uniforme respecto al alcance de la cautelar, mientras algunos lo restringen a la prohibición de vender, otros lo proyectan a la administración y disposición. De este modo, también se debate si el objeto de la precautoria recae sobre bienes registrables o sobre cualquier otro, dado que lo importante es la notificación a los terceros que puedan tener derechos en expectativa.

No obstante, la dispersión se advierte en temas puntuales, que llevan a opiniones contrapuestas, como las que expresa la propia Corte Suprema nacional al afirmar que con la reunión de los presupuestos establecidos en los incisos 1 y 2 del artículo 230 del Código es suficiente para decretar la prohibición solicitada (sentencia de la mayoría integrada por Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Argibay) que se opone al disenso de Lorenzetti, quien sostiene la descalificación del fallo cuando no se demuestra el perjuicio irreparable.[3092] Consideración que se tuvo en cuenta al dejar sin efecto el fallo de un tribunal de apelación que había resuelto confirmar la medida cautelar de prohibición de contratar, dispuesta por la Superintendencia de Seguros de la Nación, con fundamento en la falta de presentación del balance contable por parte de una aseguradora, pues no tuvo en cuenta la situación de emergencia que notoriamente afectó a todas las actividades económico financieras del Estado y dio lugar al dictado de normas tales como la Ley N° 25561 y el Decreto N° 558/02, de referencia expresa a situaciones como la suscitada.[3093]

La decisión cautelar tiene que ser clara y precisa, y debe individualizar expresamente el alcance de la prohibición (de ahí que, merced a la discrecionalidad que caracteriza a las medidas cautelares, se encuentre la oscilación mencionada respecto a los actos, bienes o personas que afecta) que, tratándose de bienes registrables, agrega la orden de inscripción oportuna.

3092. CSJN, Fallos: 329:537, "Arbumasa S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad".

3093. CSJN, Fallos: 327:1711, "Superintendencia de Seguros de la Nación c/ Lua Seguros La Porteña S.A." (disidencia de los Dres. Adolfo Roberto Vázquez y Juan Carlos Maqueda).

La notificación a terceros e interesados sólo procede cuando el requirente de la cautelar lo solicita, a cuyo fin tiene que mencionar (con nombre, apellido y domicilio) expresamente quiénes son.

595.3 Notificación

El Código Federal y los que siguen sus aguas determinan que una vez que la medida se ordene corresponde que *se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante*.

La anotación registral es distinta a la "anotación de litis", cuyo destino es informativo; aquí la inscripción de la cautelar impide la constitución de gravámenes o actos de disposición que deben estar expresamente indicados en la orden judicial.

La toma de razón (anotación en el registro correspondiente) eventualmente puede ser de fecha distinta a la comunicación a las partes del litigio y eventuales contradictores (terceros) interesados. En cuyo caso, aquellos actos que fueran realizados con anterioridad al registro pero posteriores a la notificación judicial, son *insanablemente nulos*; mientras que a la inversa, todo lo que fuera celebrado sin saber de la medida ya registrada, se presumen de buena fe, aunque son *anulables*.

Cuando la prohibición se decreta hacia bienes que no tiene registro, la regla de validez depende del tiempo en que llega la comunicación a los afectados que son parte en el litigio y a los terceros que el requirente de la medida dispuesta ha señalado con anterioridad.[3094]

595.4 Caducidad automática

El párrafo de cierre del artículo 231 ya citado dispone que la medida "quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda

3094. Según Camps, en la prohibición de contratar no se trata de la mera noticia de que el bien es objeto de litigio como en la anotación de litis donde no se prohíben los negocios jurídicos a su respecto, sino que se evita que quien compra alegue luego el desconocimiento de la existencia de un juicio respecto de aquel. En la figura que regula el Código Procesal, se prohíbe directamente el contrato. El negocio que se realice en controversia con la orden judicial no tendrá validez para ninguna de las partes debido a la existencia de publicidad respecto de la decisión jurisdiccional (Camps, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis–Depalma, T. I, 2004, p. 419).

dentro del plazo de cinco días". Norma que se aparta de la regla del artículo 207, referido a la caducidad de las medidas cautelares en general.[3095] Ello lleva a pensar que es inconcebible que el legislador haya cometido el grueso error de hacer computar el plazo desde la providencia que acuerda la tutela y no desde que ella se hace efectiva, ya que de ser así difícil sería impedir la caducidad de la cautelar por el solo transcurso del tiempo, máxime si se considera que pueden promediar recursos y oposiciones que dificulten la concreción ordenada.

Por supuesto que también es factible plantear el levantamiento cuando se demuestra la improcedencia, a cuyo fin es menester trabajar la petición sobre la base de los principios generales.

596. La medida cautelar genérica o innominada

La medida cautelar genérica es la denominación que se da al poder cautelar que tienen los jueces para disponer y ordenar providencias precautorias que no se encuentran expresamente nominadas en los ordenamientos procesales.

Ella encuentra su razón de ser en que el legislador al no poder prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable un anticipo de la garantía jurisdiccional, tiene facultades suficientes para decretar la medida que aparezca como más idónea o apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado.

En tal sentido se resuelven atendiendo las necesidades del caso, siguiendo los principios y presupuestos comunes, y teniendo presente que el órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. En consecuencia, como las demás medidas cautelares, siguen el requerimiento de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela.

Asimismo, como no desatienden la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que

3095. Los Códigos provinciales en general reproducen el mismo plazo, salvo el de Salta que en el art. 231 lo fija en treinta (30) días y el de Tierra del Fuego que lo establece en diez (10) días (cfr. Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, *op. cit.*, T. 4, p. 231 artículo a cargo de Carlos Ponce).

ponga fin al pleito, quedan subordinadas a la verificación de dos extremos insoslayables: la demostración de la urgencia en resolver a falta de una precautoria precisa que resuelva el peligro generado por la demora; y la apariencia fundada de tener un derecho verosímil y razonable.

El significativo progreso de la teoría cautelar tuvo en la cautelar innominada la fuente de sus posibilidades, pues a partir de su encuadre surgieron la medida de no innovar como la denominada "innovativa", las que después quedaron especificadas sin perjuicio del régimen supletorio aplicado cuando no existe una previsión normativa expresa (art. 2, CCyCN).

Encuadran en este grupo, entre muchos ejemplos, la solicitud de atribución del hogar conyugal; la tutela preventiva de los derechos personalísimos; la defensa del crédito; etcétera. También es cierto que con esta medida se amplía notoriamente el campo de lo cautelar, pues se permite adoptar como resolución de carácter urgente cualquier modalidad de aseguramiento considerada de acuerdo con las circunstancias de la causa; lo cual supone que pueda trabajar complementariamente con la precautoria dispuesta o adaptando el régimen previsto al hecho puntual que se pretende guarecer.[3096] En cambio, no se pueden aplicar como recurso de obstrucción para el cumplimiento de decisiones judiciales.[3097]

3096. Los magistrados están facultados para decretar medidas cautelares genéricas para evitar perjuicios inminentes o irreparables, lo que no puede tener otro significado que poner en manos de la justicia los elementos que sean necesarios para la mejor custodia de los derechos litigiosos (CNCiv., Sala, "Copello, Darío H., suc. c./ Domínguez, María G.", 12/10/1977, LL *online*).

3097. La solicitud de una medida cautelar genérica tendiente a que se prohíba la iniciación de una ejecución en contra del peticionario es improcedente, pues por vía cautelar no puede impedirse accionar en justicia (CNCom., Sala D, "Tsipkis, Pablo J. c./ Plan Rombo S.A. de Ahorro para fines determinados y otros", 27/6/1995, *LL*, 1996-B-220).

Capítulo LXXVII
Bienes y cosas ante las medidas cautelares

597. La afectación de bienes, cosas y personas

Las medidas cautelares alcanzan a bienes, cosas, y algunas veces impactan directamente sobre personas (*v. gr.* la guarda dispuesta como protección). La dimensión y alcance depende de la precautoria dispuesta, pero en tren de precisiones, se consideran "cosas" de afectación posible todas aquellas que sean *materiales* y susceptibles de tener un *valor*. Si resultan *inmateriales* pero tienen valor, ellas no quedan alcanzadas porque la estimación económica es propia, y significa que la justipreciación es un derecho individual del que sufre el perjuicio en ese bien inmaterial, como puede ser la lesión al honor, la libertad, el daño físico, etcétera. Este derecho es intransferible, aunque sea un crédito, porque depende de la voluntad personal de reclamar por el daño padecido.

El Código Civil y Comercial establece:

> Artículo 16. *Bienes y cosas*. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

El patrimonio entendido como conjunto de bienes de una persona puede quedar alcanzado por cualquier pretensión cautelar, con algunas excepciones. Por ejemplo, hay bienes inembargables y cosas que no se pueden transformar en dinero que, en definitiva, es la finalidad que reporta la medida cautelar cuando quiere asegurar la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria al pago.[3098]

3098. Dice Ramos Méndez: "... la finalidad del embargo es conseguir dinero o algo que pueda transformarse en dinero, a fin de que el ejecutante pueda cobrar. Por ello, todo lo que tenga un valor económico susceptible de realización es, en principio, idóneo

Además, no todo tiene aptitud suficiente para resguardar el crédito eventual del embargante, tomando como pilar de las precautorias a esta medida, sino sólo aquellas que son propiedad del afectado, que tengan posibilidad de cambiar de manos o que no estén indisponibles o alcanzadas por la inembargabilidad. Inclusive, tampoco la cautelar necesita encontrar al receptor de la providencia, en razón de que, como el destino previsto es el aseguramiento de bienes de la persona señalada, estos pueden obrar en poder de un tercero, o ser gananciales o procurarse a través de créditos conocidos del afectado (*v. gr.* si es heredero).

Finalmente, hay un conjunto de medidas cautelares que se dirigen a *personas* y tienden a su protección física o moral, o a la satisfacción de sus necesidades urgentes. Sostiene Palacio:

> … a garantizar la integridad física o moral se hallan orientadas las medidas de guarda previstas en el art. 234 del CPN y disposiciones concordantes contenidas en los Códigos provinciales; la exclusión de alguno de los cónyuges del hogar conyugal y la determinación de a cuál de ellos corresponde la guarda de los hijos, que pueden disponerse antes o con posterioridad a la interposición de la pretensión de divorcio, y la internación del presunto demente o inhabilitado que ofrezca peligro para sí o para terceros (arts. 629 y 637 *bis* del CPN).[3099]

En síntesis, el objeto de toda medida cautelar recae sobre bienes o derechos; cuando asienta como objeto mediato en personas, se persigue resguardar a ellas mismas o proteger a terceros de actos que podrían vulnerar el derecho de ejecución (*v. gr.* en este terreno también se encuentra la interdicción de salida del país del individuo). El problema surge cuando una misma medida se torna compleja por la aparición en el transcurso de su cumplimiento de los tres niveles de ocupación. Vale decir: cuando se resuelve un embargo que recae sobre una cosa que no es propia y que al descubrirse produce un cimbronazo particular en los derechos fundamentales del individuo. El caso más recurrente para el estudio es la apertura de los cofres de seguridad.

---

para ser embargado. Esto significa que cualquiera de los elementos patrimoniales del ejecutado que pueden reportar utilidad económica al ejecutante es susceptible de convertirse en objeto de embargo" (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, Atelier, T. I, 2008, p. 211).

3099. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 80.

598. El embargo de cosas

Las cosas pueden ser *muebles*, *inmuebles* y, con alguna polémica para apartarlo del concepto de "cosa mueble", se agrega el *dinero*. El embargo puede recaer sobre cualquiera de ellos y también sobre los derechos relativos a títulos al portador o a órdenes, participaciones y otros títulos nominativos del deudor.

El problema que presenta el desenvolvimiento de la medida es saber si aquello que se embarga es de pertenencia del destinatario de la providencia cautelar; y en ese caso, determinar a quién corresponde acreditar la titularidad sobre las cosas afectadas. No surge este problema con los inmuebles y muebles registrables (autos, barcos y aeronaves) como sí lo tienen, por su propia naturaleza, las cosas muebles y otros afectos patrimoniales como los derechos, créditos, títulos y acciones.

La norma ritual dice en el artículo 213 del CPCCN:

> En los casos en que deba efectuarse el embargo se trabará en la forma prescripta para el juicio ejecutivo. Se limitará a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas. Mientras no se dispusiese el secuestro o la administración judicial de lo embargado, el deudor podrá continuar en el uso normal de la cosa.

De esta forma, la ejecución del embargo se rige por el trámite y formalidades del juicio ejecutivo, que en materia de cosas muebles significa dejar en manos del oficial de justicia y de las personas autorizadas a constituirse con él en el domicilio del embargado, para señalar los bienes a tomar.

La orden se denomina *mandamiento* y debe indicar las características que tendrá la diligencia, esto es: personas autorizadas, requerimiento de auxilio de la fuerza pública, intervención de cerrajero y constancia de habilitación de días y horas inhábiles, cuando así se haya ordenado. Asimismo, practicado el embargo, se debe informar al depositario sobre las responsabilidades del cargo y las sanciones penales consecuentes con la desaparición, pérdida o destrucción de los bienes que quedan bajo su custodia.

598.1 La titularidad de la cosa

Surge entonces, en este momento, lo crucial para que la medida se efectivice. La pertenencia de los bienes no surge por el solo encuentro en un lugar que los relacione con quien allí se encuentra. Por eso, el artículo 531, inciso 3, del Código le indica al oficial de justicia que requiera al *propietario de los bienes* para que manifieste si estos se encuentran embargados o afectados por prenda u otro gravamen.

> Exigir una acreditación fehaciente de la titularidad de los elementos patrimoniales en el momento de realizar la traba puede frustrar la actividad ejecutiva ante la simple resistencia pasiva del ejecutado. Afectar sin más todo lo que se encuentre en poder del ejecutado puede vulnerar derechos de terceros, sin motivos suficientes para ello. La solución hay que buscarla en un justo equilibrio entre las expectativas del ejecutante y las de terceros que pueden resultar alcanzados por la ejecución. En principio se debe afectar todo aquello que conste pertenece al ejecutado sin género alguno de dudas. Se puede asimismo trabar aquello que, en el momento de realizar la actividad ejecutiva, se encuentre dentro del señorío del ejecutado, si por las circunstancias se puede presumir que es de su pertenencia. No se podrá trabar lo que, en el momento de practicar el embargo, resulte acreditado que no es de la pertenencia del ejecutado, o aquello respecto de lo que exista una fundada presunción de que no lo es.[3100]

Corresponde aclarar la importancia de esta definición al tener en cuenta que los bienes embargados quedan fuera del comercio. Si se embarga el interés social o las cuotas de un socio en una sociedad o en una empresa, no se podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés o cuotas, ni reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique la exclusión del socio o disminución de sus derechos.[3101]

3100. Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, *op. cit.*, T. I, p. 212.

3101. La ley permite, en ciertos casos, presumir el peligro en la demora como presupuesto para la viabilidad de una medida cautelar, dada la situación de las personas o la naturaleza de la acción y de las cosas. Tal solución es aplicable al caso, en el cual el propio afectado por la medida ha manifestado que carece de bienes (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 5/3/1998, "V., D. N. c./ Roldán, José María", *LL*, 1998-D-273; *DJ*, 1999-1-636; *LLP*, 921).

598.2 La transmisión del objeto embargado

Los bienes que se toman en embargo deben ser aptos para transmitirse o permitir que se liquiden y conviertan en dinero. Si resultan inalienables, la eficacia de la medida es nula. La pauta no es analizar si el bien puede o no quedar afectado a la subasta, porque existen muchos que se pueden vender pero no embargar; en realidad, el criterio se torna mucho más simple viendo cuáles son las cosas que pueden llegar a dicha instancia. Un ejemplo son los bienes de la iglesia, porque toda interferencia jurisdiccional sobre la disponibilidad de los bienes del Obispado, sólo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento canónico, en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el Derecho argentino: cánones 1291 a 1293 y 1295 en relación con los 124.1, 127.1 y 127.2 del Código Canónico.

La norma no se refiere a la "iglesia" como antes lo hacía la ley sustancial, ni a la "iglesia católica", como se refiere actualmente, sino a las "iglesias o parroquias". Ello importa el reconocimiento no sólo de la iglesia católica universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferenciables en el seno de la propia iglesia, entre las que se halla la iglesia católica nacional y las diócesis, capítulos, seminarios, parroquias o iglesias, etcétera.

Esta suerte de inembargabilidad[3102] se extiende a los bienes de dominio público; también para aquellos destinados a una prestación de

3102. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver la causa "Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto", 22/10/1991 (registrado L-267.XXIII-R.H) sostuvo: "Que en virtud del tratado celebrado entre la Santa Sede y la República Argentina –el concordato o Acuerdo del 10 de octubre de 1966, aprobado por la Ley N° 17032–, la República reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia para la realización de sus fines específicos (art. 1). Tal reconocimiento de jurisdicción implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia, destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica del artículo 2345 del Código Civil argentino en cuanto a la calificación y condiciones de enajenación de los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondientes a las respectivas iglesias o parroquias. Si el bien se encuentra directa y mediatamente vinculado a la finalidad propia de Obispado en los términos del canos 1254.2 del código canónico y, por tanto, es un bien *inalienable*, *imprescriptible e inembargable*, hasta tanto se proceda a su desafectación o autorización de enajenación de acuerdo con la legislación canónica, toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad sólo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento

servicios ciudadanos (*v. gr.* transporte público) o a otros bienes afectados por una utilidad especial así declarados; las partes en copropiedades de edificios afectados al régimen de propiedad horizontal; o bienes reconocidos como patrimonio cultural, artístico o arquitectónico.

598.3 Clasificación de bienes que no pueden afectarse

La prohibición de embargar ciertos bienes puede tener causa legal y en tal caso se vuelven *inalienables*; o tener un límite para la afectación que dependa de calidades o condiciones del bien que se quiere tomar, en cuyo caso se habla de cosas o bienes *inembargables.*

En el primer grupo las excepciones son varias y enunciamos a continuación algunas.

a. *Los créditos por alimentos*. Se afirma en el artículo 539 del CCyCN que "La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos". Esta disposición se relaciona con el artículo 930 del mismo ordenamiento que establece que la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con ninguna otra obligación. Este criterio legal se basa en el principio en virtud del cual no pueden ser compensados los créditos inembargables, pues la compensación supondría para el acreedor un pago forzado sin su voluntad o aquiescencia.[3103]
b. *El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.* El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es el derecho que les asiste de percibir los frutos de aquellos, con cargo de inver-

canónico, en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el derecho argentino (cánones 1291 a 1293 y 1295, en relación con los cánones 124.1, 127.1 y 127.2, código antes citado (*ED*, 145-495 y ss.).

3103. CNCiv., Sala B, "O., S. M. c./ B., O.", 21/5/1998, *LL*, 1999B-840, J. Agrup., caso 13 609. Aquí se agrega que la compensación legal es una forma directa de la compulsión o ejecución coactiva, pues el acreedor que la invoca provoca un resultado similar al de un cobro forzado, al lograr una liberación coactiva patrimonialmente equivalente. Por ello, el crédito que se pretende compensar no debe estar sustraído al poder de agresión de los acreedores; característica que no se compadece con el crédito alimentario, que es inembargable en virtud del art. 374, *in fine*, del Código Civil (mismo fallo anterior).

tirlos en primer término en el cumplimiento de los deberes legales que les son inherentes.

El artículo 698 del CCyCN establece:

> *Utilización de las rentas*. Los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos:
> a. de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica;
> b. de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo;
> c. de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.
>
> Estas cargas del usufructo de los padres por gastos de subsistencia y educación de los hijos son debidos no como usufructuarios, sino con prescindencia de que los hijos tengan o no bienes, pues la propiedad de bienes en cabeza del menor no excluye la obligación alimentaria de los padres inherente a la patria potestad, sin perjuicio de su absoluta inembargabilidad.[3104]

c. *El bien de familia*. El artículo 38 de la Ley N° 14394 establece el principio de inembargabilidad e inejecutabilidad del bien de familia por deudas posteriores a su inscripción como tal, e implica, *a contrario sensu*, la posibilidad de embargar y ejecutar dicho bien por créditos anteriores a su inscripción. La renuncia a la afectación de un inmueble como bien de familia obsta a la aplicación de esta norma, lo cual torna viable el pedido de citación de venta del inmueble embargado. La noción de "deudas posteriores" sobre la que se otorga indemnidad, debe interpretarse como referida temporalmente al nacimiento de la obligación y no a su vencimiento o a la fecha desde la cual esta se hizo exigible, pues de lo contrario se prestaría al fraude a los acreedores.[3105]

3104. CNCiv., Sala E, "B. L., M. L. c./ G., A.", 4/11/1999, *LL*, 2000-E-253; *ED*, 188-86.

3105. CNCom., Sala A, "Morrone AuT.tores S.A. c./ Castelli, Pedro H.", 29/4/1999, *LL*, 1999-E-125; *DJ*, 1999-3-422. La Corte Nacional sostiene que el art. 38 de la Ley N° 14394 no habla de deudas exigibles o vencidas, sino que la inembargabilidad allí establecida sólo afecta a las deudas posteriores a la inscripción del bien de familia y no a las anteriores sin distinción alguna. Es decir, comprendiendo las deudas contraídas a plazo y

Sin embargo, la Corte ha dicho que, en tanto el pago de expensas comunes constituye un factor indispensable para el adecuado funcionamiento de los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal, debe considerarse incluida en la excepción al principio general del artículo 35 de la Ley N° 22232 la situación de quien pretende la suspensión de la ejecución por falta de pago de expensas comunes con fundamento en la inembargabilidad del bien.[3106]

d. *Los sueldos y jornales.* El DecretoLey N° 6754/43 –ratificado por Ley N° 13894)–, al exigir como requisito formal para la traba del embargo que el juicio en que se decrete sea ordinario con sentencia firme, no constituye un privilegio para determinado sector del país ni viola norma constitucional alguna, sino que, por el contrario, sus disposiciones se limitan a proteger la retribución del empleado, dejando intacto el derecho de los acreedores para perseguir otros bienes.[3107]

Se aclara que el sueldo de los empleados públicos es inembargable en el juicio ejecutivo, en tanto no resulta posible determinar ni indagar la causa antecedente de la emisión de los títulos abstractos.[3108]

---

las que tienen vencimiento posterior (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) (CSJN, Fallos: 326:1864, "Abujall, José Omar y Feu, Mario Gustavo c/ García, Erika Ruth; Lehmann, Juan Daniel y otros s/ juicio ejecutivo, Expte. 5185/97 s/inc. desafectación de bien de familia").

3106. CSJN, Fallos: 325:101, "Consorcio de Propietarios Sarmiento 3063/65/67 c/ Kelly Heurtley, Alejandro s/ ejecución de expensas".

3107. CNCom., Sala A, "Leonardi, Domingo c./ Arévalo, Emilia", 23/12/1998, *LL*, 1999-D-13; *DJ*, 19992858. Este decreto –que declara inembargables los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de los empleados y obreros de la Administración nacional, provincial y municipal y de las entidades autárquicas– no es aplicable a quienes integran el Poder Judicial o sus empleados. Ello es así, pues, no corresponde interpretar analógicamente una regla que establece una excepción, toda vez que su interpretación debe efectuarse restrictivamente (CNCom., Sala B, "Díaz, Oscar J. c./ Masud de Sánchez Parruchi, Marcela A.", 29/12/1998, *LL*, 2000-A-62).

No es inconstitucional el art. 14, incs. b y c de la Ley N° 24241, en cuanto dispone la inembargabilidad de los beneficios previsionales (CSJN, Fallos: 326:1471, "Castilla, Mario c/ Rodríguez, Noemí Esther s/ ejecución de acuerdo").

3108. CNCom., Sala A, "Banco de Crédito Argentino c./ Cantero, Roberto O.", 23/4/1997, *LL*, 1997-D- 296). Por extensión es inembargable la suma reconocida judicialmente al ejecutado en concepto de indemnización por las lesiones físicas que le ocasionó un hecho

e. *Otras exclusiones legales*. Se agregan entre otras exclusiones dispuestas por ley las remuneraciones devengadas por los trabajadores, salvo en la proporción y condiciones del Decreto N° 484/87; los lotes del hogar (*homestead*) (Ley N° 10284, art. 2); las casas objeto de los préstamos ferroviarios en vida del prestatario, su esposa e hijos menores (art. 14, Ley N° 11173); el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio (art. 3878, Cód. Civil mod. por Ley N° 12296); los bienes del arrendatario y/o aparcero rural que no estuvieren afectados al privilegio del arrendador (Ley N° 13246, arts. 15 y 22); los bienes y recursos de las cajas nacionales de previsión (Ley N° 16931, art. 1); las aeronaves públicas (Ley N° 17285, art. 71, Código Aeronáutico); las jubilaciones y pensiones de los trabajadores en relación de dependencia, salvo por alimentos y litisexpensas (art. 44, Ley N° 18037); las prestaciones previsionales (art. 14 inc. c de la Ley N° 24241), con la salvedad de las cuotas por alimentos y litisexpensas; las sumas por pagos de prestaciones asistenciales (Ley N° 25963); las jubilaciones y pensiones de los trabajadores autónomos, salvo por alimentos y litisexpensas (art. 32, inc. c, Ley N° 18038) y de amas de casa (Ley N° 18916); las jubilaciones y pensiones de contratistas de viñas y frutales (Ley N° 18438, art. 1); el salario mínimo vital, en la proporción que establece la reglamentación, salvo por deudas alimentarias (art. 120, Ley N° 20744); el inmueble sometido a juicio de expropiación (art. 24, Ley N° 21499); los créditos otorgados y los inmuebles gravados en garantía por el Banco de la Nación Argentina (art. 29, Ley N° 21799) y Banco Hipotecario Nacional (arts. 34 y 35, Ley N° 22232); las asignaciones mensuales y vitalicias de miembros del Poder Ejecutivo Nacional y de la Corte Suprema (art. 3 de la Ley N° 24018); las indemnizaciones por accidentes de trabajo (Ley N° 24028).

ilícito –art. 1086, Código Civil–, habida cuenta de su carácter alimentario (CNCom., Sala A, 28/2/2000, "Seltzer c. González, Miguel A.", *LL*, 2000-E-403; *DJ*, 2000-3-617).

598.4 Los bienes inembargables

La inembargabilidad ordenada desde los reglamentos procesales llega de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. En la exposición de motivos se lee: "... todo lo que se presente como capital acumulado, más o menos considerable, responda a los acreedores", dando así al acreedor la posibilidad de trabar embargo sobre los bienes que tuviera la contraparte, con algunas limitaciones dispuestas como "bienes inembargables". Originariamente el artículo 951 de dicha Ley establecía: "No se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijos; en las ropas del preciso uso de los mismos..."; y con el fin de evitar abusos del precepto incluyeron un párrafo final que se observa presente en nuestro artículo 219: "... ningunos otros bienes se considerarán exceptuados". Este es el antecedente directo de la legislación argentina, aunque entre nosotros se prefirió generalizar la prohibición a los bienes de uso indispensable, provocando una casuística jurisprudencial, a veces vacilante y otras veces contradictoria.

La extensión del precepto tiene una peculiaridad que no se da frecuentemente; sucede que como las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de regulación por medio del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 11 de la CN), la disposición o regla procesal alcanza a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor, de manera que existe un conflicto eventual si una norma procesal local dispusiera con modalidades propias aquello que puede o no ser embargable.

En consecuencia, la guía no puede estar en los Códigos provinciales y menos todavía en el federal, sino en la legislación común, desde la cual queda afirmado que no corresponde a las provincias incursionar en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por ellas a la nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la Ley Fundamental.

En consecuencia, la doctrina de la inembargabilidad se aplica a toda la nación por imperio del artículo 75, inciso 11, de la Constitución Nacional, que establece como facultad del legislador nacional la determinación de los supuestos de inembargabilidad. Calidad que de alguna manera confronta con el poder reglamentario local para establecer Códigos Procesales.

Las reglas de inembargabilidad se clasifican con criterios dispares: a) razones de interés público, social o privado; b) por razón de los sujetos; c) por la finalidad que el bien tiene previsto para su realización; d) por tener carácter alimentario; e) por afectar un servicio público, etcétera.[3109]

Por eso, el principio según el cual los bienes del deudor constituyen la garantía de sus acreedores no es absoluto; en tanto se reconoce el derecho de preservar al deudor de toda injerencia de sus acreedores en aquellos bienes que le son necesarios para la subsistencia material y moral de sí mismo y de su familia; para llevar una vida digna y mínimamente decorosa. Es este el criterio que se encuentra plasmado en el artículo 219 del CPCCN, aunque ciertamente existen confusiones reconocidas como cuando se indica que, tratándose de muebles sobre los cuales la interpretación judicial no ha sido unánime, corresponde que quien solicita la aplicación extensiva de la norma que contiene el artículo en cita, demuestre que ellos, en su caso concreto, le resultan imprescindibles para el mantenimiento del bienestar propio y el de su familia.[3110]

A diferencia de los bienes inalienables que pueden embargarse con la limitación para su realización, estos directamente *no se pueden embargar* y son los únicos que el Código elimina.

El artículo 219 antes referido dice:

> No se trabará nunca embargo:
> 1. En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza.
> 2. Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales.
> 3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley.
>
> Ningún otro bien quedará exceptuado.

a. *El lecho cotidiano*: La ley establece la concepción de "lecho" con el mismo sentido que proviene del derogado Código Civil, es decir, lugar donde se descansa con carácter permanente y se tiene como residencia o morada. Se extiende a las ropas y muebles de uso indispensable, que no signifiquen ajuares

3109. Cfr. Cachón Cadenas, Manuel, *El embargo*, *op. cit.*, p. 312.

3110. CNCiv., Sala F, "La Mercantil Andina, Cía. de seguros c./ Bencasa, Mario", 20/8/1980, *LL*, 1981-A-71.

o lujos desmedidos, circunstancias que se deben analizar en el contexto que se alegue. La finalidad es no dañar y permitir que, pese al embargo, se pueda vivir con dignidad.

b. *Sepulcros.* La Ley N° 4128 en su artículo 12 —luego replicada en el art. 219 del Código Procesal–, al hacer la salvedad referida al precio de compra o construcción del sepulcro, resulta evidente que admite el embargo por estos créditos; y en igual medida permite la ejecución judicial, es decir, la venta en remate público, lo que no podía ocurrir de admitirse la calificación de bienes fuera del comercio o extrapatrimoniales.

Aun cuando la mencionada ley es anterior al régimen jurídico vigente para la concesión de sepulcros, de carácter temporario, la disposición comentada –que no hace distingos de ninguna naturaleza– persuade de su aplicación al sistema de concesión por tiempo determinado; de otro modo, sería inimaginable que el constructor de una bóveda no pudiera percibir su crédito por esa causa, por la indisponibilidad establecida en normas administrativas municipales.

En suma, de los términos del artículo 219, inciso 2, resulta que nunca se trabará embargo sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. Por eso, cabe concluir que corresponde su interpretación con criterio estricto, ya que así fluye de su propio carácter de excepción. Entonces, si no ocurren tales supuestos, es improcedente la oposición del letrado en resguardo de sus honorarios, que deviene equivalente a la medida precautoria que prohíbe la norma procesal. Máxime cuando, como resulta de la denuncia de bienes, manifestación del mismo profesional e informe de la Dirección de Cementerios, lo transmitido por la causante es la 1/32ª parte de la bóveda y mantener su título en autos también afectaría a los restantes condóminos.[3111]

El artículo 2110 del CCyCN establece: "*Inembargabilidad.* Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por: a) los créditos provenientes del saldo de precio de

3111. Se revocó una resolución que había admitido la oposición formulada por un letrado a que se desglosase el título de propiedad de una bóveda hasta tanto percibiese sus honorarios. Cfr. CNCiv., Sala B, "Croce de Murchio, Sara A.", 11/6/1981, *LL*, 1982-B-476 [36.096-S].

compra y de construcción de sepulcros; b) las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquellas".

c. *Bienes de uso indispensable.* La restrictiva aplicación del artículo 219 no obsta a que se viabilice el embargo en supuesto de justicia incuestionable, *v. gr.* muebles cuyo precio insoluto se ejecuta, bienes sanitarios, de superfluidad manifiesta, etcétera.
Si bien el televisor puede ser calificado como inembargable en los términos del inciso 1, del artículo en cita, en tanto permite al usuario captar ideas, conocimientos y noticias conforme al nivel medio de vida alcanzado por la población, el ejecutado que pretende que sea decretado inembargable debe demostrar que satisface necesidades primarias, pues principalmente se trata de un medio que tiende al esparcimiento o la diversión del televidente y su aporte cultural puede ser suplido perfectamente mediante la utilización de otros medios.[3112]
También se ha dicho que, si el televisor embargado es en blanco y negro, dada sus características constituye un bien de uso indispensable en los términos del artículo 219 del Código Procesal.[3113]

d. *Elementos de trabajo.* El artículo 219 en cuanto alude a la "profesión", "arte" u "oficio", consagra una norma que propende a proteger el trabajo individual a fin de que el deudor obtenga el salario o remuneración suficientes para su sustento. Por lo tanto, sólo resultan comprendidos dentro de su marco los implementos, herramientas y útiles manuales de trabajo, quedando –por ende– excluidas, las instalaciones, maquinarias o instrumental mecánico que importan una acumulación de capital.
Lo que persigue el dispositivo legal no es salvaguardar todos los instrumentos útiles para el mejor desempeño profesional, sino que propende a proteger el trabajo individual a fin de que el deudor obtenga ingresos para su sustento.
Por eso, es procedente el levantamiento del embargo trabado sobre un automotor de propiedad del demandado, por enten-

3112. CNCiv., Sala B, "López, Ignacio c./ Olmo, Raymundo", 13/3/1996, *LL*, 1996-D-201; *DJ*, 1996-2-706.

3113. CNCom., Sala A, "Banco Financiero Argentino, S. A. c./ Kazimir, Alberto J.", 29/11/1983, *LL*, 1984-B-58.

> der que al encontrarse afectado al servicio de taxi constituye el medio necesario para su sustento, en virtud de que los bienes no resultan inembargables por su propia naturaleza, sino que es menester probar su necesariedad para el ejercicio de la profesión, arte u oficio.[3114]

599. El embargo y secuestro en cajas de seguridad

La diferencia habida entre bienes materiales e inmateriales que son alcanzados por el embargo no es suficientemente clara, lo que obligó a clasificar los tipos conforme la ejecución correspondiente: a) bienes muebles; b) bienes muebles registrables; c) bienes inmuebles; d) dinero.

Cada cual tiene un esquema de cumplimiento propio y reglas acordes con el objeto que se afecta; pero hay situaciones que resultan complejas de resolver, como sucede con la caja de seguridad y su contenido. ¿Se puede embargar una caja de seguridad? La respuesta es sí, porque es una cosa. No obstante, la afirmación rápida y contundente puede ser equívoca, porque la caja en sí misma no es de propiedad del deudor, quien sólo posee un contrato de alquiler o depósito sobre ella. Además, la caja, por sí misma, no se puede secuestrar porque no es posible su traslado. Es decir, el problema no es el embargo de la cosa, sino del contenido y de lo que de él se desprende. Por tanto, la discusión abierta tiene dos posiciones. Están quienes opinan que los activos bancarios y financieros que pudieren encontrarse depositados en la caja de seguridad del demandado se pueden embargar.[3115] Para ello:

> Primero: se deberá obtener un mandamiento de embargo con la facultad de constatar previamente –y en el mismo acto en que se concrete la cautelar (ya que si los datos se requirieran previamente al banco por oficio, podría frustrarse la cautelar, ante una infidencia que alertara al deudor de la inminencia de la medida, el cual –obviamente– procedería a retirar los efectos depositados en el cofre con la mayor celeridad)– si el cofre se halla a la orden del ejecutado, con la prevención de que si así fuese, se podrá

3114. C.Civ. y Com. Quilmes, Sala II, "Mansilla, Mónica c./ Estebac, Carlos D.", 26/6/1998, *LLBA*, 1999254; cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, T. I, p. 637.

3115. Por citar sólo la doctrina más calificada, ver: Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, Depalma, T. II, 1996, p. 516.

> requerir el concurso de un cerrajero, abrir la caja, constatar su contenido y embargarlo, y tomar luego los recaudos pertinentes para que el sujeto pasivo de la medida no pueda retirarlos sin orden del juez. Segundo: en el escrito en el cual se requiera la medida, se deberá dejar constancia de que no deberá resultar obstáculo para ella, ni el "secreto bancario", ni el hecho de que el banco –simple tercero en el caso que se estaría limitando a dar cumplimiento a la orden de un juez– no conozca ni pueda dar fe del contenido del cofre que se deberá violentar para concretar la traba.[3116]

En la corriente opuesta se ubican los que afirman la imposibilidad de admitir el embargo sobre el contenido de una caja de seguridad. Una de las voces más autorizadas por su academia y experiencia es la de la profesora Nydia Zingman de Domínguez, quien sostiene:

> El contrato de caja de seguridad reconoce como causa fin la seguridad de los bienes que introduce el cliente o los autorizados en el cofre. El titular puede guardar efectos propios o de terceros sin declararlos a la institución. El contenido de la caja es confidencial y secreto. El banco no es titular de los bienes contenidos; sólo es el guardián del local y del espacio cuyo espacio cedió al titular. El cliente titular de la caja tiene derecho a que no se viole su intimidad hallándose en este punto el conflicto que se suscita con una orden de embargo y su efectivización, además de hallarse eventualmente en el cofre bienes de terceros ajenos a la causa judicial de la que surge la orden de la medida.[3117]

El constitucionalismo enfoca la cuestión como una invasión en la esfera de la intimidad, considerando que la apertura e incautación de una caja de seguridad arremete contra el derecho a la privacidad y obliga a un tercero (el banco custodio) a violar el secreto pactado al obligarse a custodiar la cosa. Sin embargo, están quienes dicen que, si hay orden judicial, todo es posible; porque el artículo 18 de la Constitución Nacional establece la seguridad individual y la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y la documentación siempre que no exista una orden de la justicia que lo permita.

Justamente esta diversidad es la que tuvieron oportunamente las normas fiscales cuando pretendían abrir las cajas de seguridad y

3116. Ibídem, p. 517.

3117. Zingman de Domínguez, Nydia, "Responsabilidad derivada del contrato de cajas de seguridad", en María Elisa Kabas de Martorell (dir.), *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 318-9.

bloquear la disposición de su contenido con la sola autorización de la ley; cuestión que fue resistida recurrentemente declarando la inconstitucionalidad de dicho proceder; hoy superada por las actuales disposiciones.

599.1 La naturaleza jurídica del contrato bancario que provee de una caja de seguridad

El servicio de cajas de seguridad que en la actualidad brindan los bancos comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XIX con empresas que ponían a disposición del público cajas fuertes mediante el pago de una retribución que le acordaba a su titular el derecho de uso exclusivo de aquellas. Se menciona a la Safe Deposit Company de Nueva York, fundada en 1861, como la primera institución que brindó tal servicio a sus clientes. Pocos años después la novedad se traslada a Europa, especialmente en Inglaterra, donde aparecen distintos emprendimientos en el rubro. Ya a mediados de los años ochenta del siglo XX la prestación de estos servicios se extiende a toda Europa y al resto del mundo.

Se ha discutido, y se discute, la naturaleza jurídica del contrato de caja de seguridad. Para algunos se trata de una locación de cosas y este es el criterio con que habitualmente los bancos elaboran sus contratos. Otros lo califican como un contrato de depósito, y no falta quien lo define como un contrato mixto, o contrato de custodia, contrato bancario autónomo o de tipo propio. Resultará de importancia la naturaleza jurídica que se le asigne al contrato en orden a la normativa aplicable y a las consecuencias vinculadas con derechos y obligaciones de los contratantes y responsabilidad emergente de esta relación contractual.

Resulta indudable que cuando el cliente solicita del banco el servicio de cajas de seguridad tiene como fin principal y decisivo la custodia que puede obtener por dos órdenes o medios: reales y personales; esto es, mediante el uso de una cosa (arriendo) y la prestación de guarda y vigilancia (depósito). Este débito de guarda o vigilancia es, en verdad, incontrovertible.

El depósito de caja de seguridad bancaria es un buen ejemplo del contrato ubicado en una zona marginal entre la locación y el depósito. En favor de la tesis del depósito, se señala que el banco no se desprende de la tenencia, cuidado y conservación de la caja de seguridad, a la que sólo se podrá acceder pasando por un estricto control establecido por el

prestador. Sin embargo, es más un contrato de locación ya que el cliente tiene el uso y goce de la cosa y paga por él un precio cierto en dinero. El banco no recibe el contenido de las cajas ni asume ningún compromiso de guardar y devolver ese contenido, ya que ni siquiera sabe cuáles son las cosas guardadas, todo ello incompatible con la idea del depósito.

El contrato de servicio de cajas de seguridad es un contrato innominado y atípico, de naturaleza mixta pues en él participan algunos caracteres propios del contrato de depósito ya que se le impone al banco el deber de guarda, custodia y conservación de los bienes, títulos y documentos dejados por el cliente en el cofre, y por tanto resultan aplicables las normas del depósito regular (art. 1358 del CCyCN). También contiene notas tipificantes del contrato de locación –a su vez combinado– porque ambas partes se obligan recíprocamente: la una a conceder el uso y goce de una cosa y a la prestación de un servicio de seguridad y vigilancia, la otra a pagar un precio cierto en dinero. Esta distinción es importante para destacar cuáles son los límites que se establecen contractualmente cuando se trata de preservar el contenido de las cajas de seguridad.

No obstante lo expuesto, hay que corregir ciertas decisiones judiciales que ordenan el embargo del cofre, cuando en realidad la caja de seguridad no es propiamente la convención sino el objeto del contrato de depósito, por el cual una o varias personas físicas o jurídicas conciertan el alquiler de un cofre situado en el tesoro o en otro lugar del banco, donde existe seguridad y confianza para depositar allí bienes o cosas acordes con la dimensión del espacio a ocupar, y se obliga la institución propietaria de la caja a su conservación y custodia.

La conservación y custodia referida no es del contenido sino del estado del lugar y de las arcas; de otro modo, cada vez que se agrega algo en la caja debiera ser conocido;[3118] pero la violación de esos deberes hace responsable al banco (*v. gr.* por robo). Sin embargo, es una locación de cosa que no tiene posesión de quien lo alquila, pues tiene un horario y requisitos para acceder al espacio. El banco o la entidad

3118. No obstante, la jurisprudencia ha dicho (CNCom., Sala E, "Paternostro, Mario L. y otro c./ Banco Mercantil", *LL*, 1999-B-571; *JA*, del 3/3/1999, p. 19; *DJ*, 1999-2-482): "La cláusula contractual que delimita la responsabilidad del banco, al contemplar que este garantiza únicamente la integridad exterior de la caja de seguridad, sin responder por los objetos depositados, no debe tenerse por escrita por importar una renuncia anticipada de derechos del cliente en los términos de la Ley de protección del consumidor 24240".

financiera que presta el lugar y responde por la seguridad de la guarda mantiene con el locatario ese deber.

Ahora bien, cuando se ordena judicialmente el acceso a una caja de seguridad, indirectamente se autoriza el allanamiento del lugar, cobertura de excepción que exige adoptar la medida con todos los resguardos posibles para no afectar el derecho de terceros.

599.2 El secuestro del contenido

Una vez que se ha ordenado y cumplido el embargo, la medida judicial que autoriza el secuestro convierte a esta precautoria en una diligencia autónoma que actúa con independencia. Es decir, no sigue la característica que el Código le asigna como medida complementaria, que interviene cuando el embargo por sí solo no pueda garantizar el derecho que se pretende resguardar. Por ejemplo, si el depositario de cosa mueble o semoviente –únicos objetos sobre los que procede el secuestro– denuncia que estos pierden valor por su conservación o por el estado en que se encuentran, el juez puede ordenar el secuestro de los bienes para su inmediata realización (art. 205, CPCCN). También, si es la misma cosa embargada la que debe responder por el crédito impago, el secuestro es consecuencia inevitable de la subasta a realizar, salvo que se deposite en pago las sumas condenadas.

Con ello se quiere aclarar que el secuestro, como medida cautelar, actúa complementando al embargo, pero también adquiere identidad como medida conservatoria y necesaria para asegurar, por sí misma, el resultado eventual de la sentencia.

En la clasificación que antes vimos puede ponerse en duda si el dinero es un objeto mueble, aunque sea una cosa; puesto el interrogante para verificar si el secuestro permite comprender las sumas de dinero que se encuentren en la caja.

Por otra parte, el contenido del cofre no supone que el locatario sea el dueño de la cosa, ni su guardián indirecto, usufructuario o simple tenedor. Las cosas están allí, por lo cual, tanto el embargo como el secuestro de ellas constituyen medidas de extrema imprudencia que avasallan el derecho del deudor. Esto se podría superar si existiera en nuestra legislación el instituto de la "denuncia o manifestación de bienes" propios a cargo del deudor ejecutado; pero mientras no se legisle al respecto, la

prenda común de los acreedores es el patrimonio verificado del deudor, no aquel que se idealiza o presume con fuentes indirectas.

No obstante, la práctica del embargo tiene la siguiente particularidad, aplicable en el juicio ejecutivo y en la traba dispuesta como medida preventiva. En efecto, de acuerdo con el artículo 531, inciso 2, la medida procede aunque el deudor no esté presente, pudiendo el banco o entidad que sea locador de la caja permanecer en carácter de depositario (art. 536, CPCCN).

La disposición del artículo 531, inciso 3 es clara: si el deudor está presente en la diligencia, debe indicar si los bienes están embargados o afectados por prenda u otro gravamen (informando las demás circunstancias); pero "si el dueño de los bienes" no estuviere presente, en la misma diligencia se le notificará que debe formular esta manifestación dentro del plazo para oponer excepciones. También el afectado puede utilizar las disposiciones de las tercerías sin perjuicio de la responsabilidad por abuso (art. 208, CPCCN) del peticionario de la medida cautelar.

599.3 La titularidad de los bienes encontrados

La medida cautelar que bloquea el uso de la caja de seguridad alcanza al deudor o demandado que es "parte" en sentido procesal; si el impedimento se extiende "a todos", la orden judicial afecta a los demás titulares de la caja (común y habitual en el contrato) y viola el derecho de terceros, a quienes se obliga a deducir una tercería de dominio para acreditar el dominio sobre las cosas afectadas.

Los bienes que están dentro de la caja no son necesariamente del titular del contrato de depósito, ni la posesión de ellos le otorga presunción alguna de propiedad. Al respecto dice el artículo 1365 del CCyCN: "*Prueba del dominio*. El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser dueño de la cosa depositada".

Vale decir que el depositante puede no ser el propietario de la cosa depositada, ya que es posible que fuese el tenedor o el poseedor de la cosa, por lo que el artículo 1365 CCyCN prohíbe al depositario exigir al depositante la prueba de que es el dueño de la cosa depositada. No obstante, el depositario tiene la obligación de restituir la cosa depositada al legitimado para recibirla, que puede ser el depositante quien este haya indicado, pues la ley no limita la celebración del contrato de depósito a

los propietarios de la cosa depositada. El derecho a recibir la cosa depositada nace del contrato de depósito, no de la calidad de dueño.

599.4 La perturbación a la intimidad

El último punto a discurrir se centra en el argumento que no se puede conocer el contenido de las cajas de seguridad porque supone una invasión indebida en el derecho a la intimidad. Esta es una de las cuestiones más difíciles de establecer, teniendo presente en las conclusiones lo hasta aquí expuesto. Vale decir, si es posible embargar un cofre y secuestrar sus pertenencias, dejando en el afectado las acciones de resistencia (*v. gr.* levantamiento sin tercería; tercería de dominio; etc.), la duda que se presenta es si el conocimiento de lo encontrado es propiamente una perturbación ilegítima a la intimidad. ¿A qué intimidad nos referimos? La definición puede encontrar distintas lecturas e intenciones; por ejemplo, la intimidad se parece a la reserva personal sobre hechos y pasiones que la persona conserva para sí, pero excede la privacidad determinada por uno cuando lo que se quiere ocultar puede ser conocido por otros, sin que signifique penetrar la vida privada.

Para Santos Cifuentes, por *secreto* debe entenderse no lo reservado, la vida interior o en soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquella, están destinados a no expandirse ni ser conocido por terceros. Es lo que se mantiene oculto, y si bien muchas veces el ocultamiento es diverso de lo puramente personal, no cabe duda de que se refiere a un aspecto del derecho a la intimidad.[3119]

El secreto es un misterio individual; es algo que cuidadosamente se mantiene alejado de los demás. La similitud con el derecho a la reserva y confidencialidad es manifiesta, pero tiene algo más. En primer lugar, la relación entre intimidad y secreto no es permanente, aun cuando sea cierto que el fundamento de lo que se quiere preservar reposa, en última instancia, en una decisión individual que afinca en la parte más íntima de una persona. No todo lo secreto será íntimo; aquello que es revelado en determinadas circunstancias o a determinadas personas, aunque no se identifique con la interioridad del individuo, con su esencia personal, deberá ser ocultado por

3119. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 134.

aquellos a quienes se comunicó, es decir, tienen el deber jurídico, además de moral, de no compartir la información recibida con terceros extraños. Si la explicación la abordamos desde la protección a la correspondencia y papeles privados, como lo hacen algunos constitucionalistas, la cuestión puede ser más clara.

En efecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional y distintas normas de los Códigos Civil y Penal garantizan la inviolabilidad de las cartas y otros papeles privados que contengan la expresión de un pensamiento, aunque no esté destinada a ser comunicada a otro, siempre que estén dentro de la esfera de custodia de la persona. Es decir, la garantía está en el secreto de lo que se dice o escribe, sin importar si las expresiones constituyen revelaciones de intimidades o son hechos intrascendentes. La idea es que la persona tenga libertad para expresar aquello que a otros comunica sin que nadie pueda interferir en forma directa o solapada. Por eso las intercepciones telefónicas son ilegítimas, como lo es también la apertura indebida de una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de cualquier naturaleza.

Ahora bien, ¿cómo se elabora este principio aplicado al proceso donde se ordenan medidas cautelares? En primer lugar, dando por cierto que secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, y por tanto que su alcance jurídico consiste en asumirlo como un hecho que se quiere mantener escondido por considerar que su conocimiento podría dañar a alguien. En ambos casos, el término dominante y coincidente es la ocultación.

En virtud de ello, el derecho a mantener oculto algo, sean cosas o informaciones, obliga a pensar en un destinatario que está impedido de conocerlos, por eso, la decisión judicial de abrir un espacio destinado al ocultamiento (dicho esto en el sentido de preservar el contenido de la caja de seguridad del conocimiento de otros) tiene que fundarse en la necesidad y prudencia de actuar con una medida que es naturalmente excepcional.

En segundo término, el derecho al secreto es una garantía con registros distintos; puede ser para la confidencialidad de las comunicaciones de cualquier tipo; o para amparar la vida privada; o para eludir o evitar intromisiones perturbadoras, pero nunca servirá para eludir la acción de la ley.

Claro es que posiciones más extremas advierten que la intimidad es un bien personal, un derecho subjetivo individual que no se transfiere ni negocia, y que por esa calidad de "derecho personalísimo" obtiene, respecto al tema que nos ocupa, una característica determinante: el ser posesión exclusiva y excluyente de la persona humana. Sólo el individuo puede resolver, sin interferencias ni perturbaciones, qué aspectos de su vida admite compartir y qué pensamientos, sentimientos o hechos de su vida interior pretende que otros conozcan. Para nosotros este enunciado sólo responde al análisis de la intimidad como un género desde el cual se pueden bajar otras manifestaciones como la vida privada, familiar, el derecho al secreto, al honor, a la imagen, etcétera. Es algo propio que se dispone con libertad; pero al mismo tiempo, es una obligación de los demás hacia ese derecho, y por tanto, se configura como un derecho de defensa y garantía esencial para la condición humana.

Los derechos fundamentales deben considerarse garantías de la autonomía individual, derechos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada de cada persona. Además, constituyen garantías jurídicas esenciales para el mantenimiento del orden y la paz económico-social. Si bien entre ellos se pueden observar notas comunes, cada derecho representa una categoría independiente y, consecuentemente, debe ser interpretado y aplicado en forma autónoma. La esencia y naturaleza del derecho a la intimidad permiten su consideración como un derecho de defensa; se trata de una defensa en principio ilimitada y frente a toda injerencia en la esfera de la persona que debe permanecer reservada en su interior.[3120]

Todo ello es razonable y verdadero, pero, al mismo tiempo, exige un test de constitucionalidad o un juicio de proporcionalidad, que lleve a verificar si el derecho se puede llevar a utilizar como un mecanismo de elusión proyectado a todo aquello que se encuentre dentro de la caja.

Un ejemplo podría testimoniar mejor lo que queremos decir. Si al secuestrar el contenido se encuentra dinero, joyas, escrituras, fotografías, libros íntimos, relojes antiguos, etcétera, la orden judicial tiene que precisar el objeto de la medida. Si llega por una ejecución

3120. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 134.

fiscal es evidente que el dinero es la aprehensión inmediata; pero el conocimiento de los títulos de propiedad podría informar sobre bienes no declarados al fisco, lo que constituye obtención de prueba de manera irregular (es decir, que es válida porque la adquisición se consigue por una orden judicial aunque no haya sido directamente enfocada a ese fin); también las joyas pueden evidenciar que no son del titular de la caja (*v. gr.* podrían ser provenientes de un robo), las que deberían inventariarse y mantener en custodia por el depositario judicial; y las cosas íntimas seguirían el mismo procedimiento (inventario y conservación en custodia).

En suma, el derecho a la intimidad en modo alguno constituye un derecho absoluto, antes bien, se encuentra limitado, además de por el necesario respeto al derecho de los demás, por la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos como los que se originan en la eficacia de la prestación del servicio jurisdiccional.

Por tanto, es necesario advertir que la protección constitucional del domicilio no incluye cuanto corresponde a una caja de seguridad alquilada, pues la Constitución Nacional protege el domicilio de las personas con un criterio amplio que comprende modalidades como la residencia transitoria, la simple morada, el alojamiento por horas y en general toda habitación o lugar cerrado o abierto, móvil o inmóvil, que permita el desenvolvimiento de la libertad personal en cuanto concierne a la vida privada.

Lo mismo cabe reflexionar con la correspondencia particular y los papeles privados que deben interpretarse con sentido amplio y tras el tamiz que debe hacer el juez al ordenar una medida sobre ellos. Por vía de principio, los papeles privados que se encuentren conservan el derecho al secreto y a su invulnerabilidad (por ejemplo: legajos personales, fichas de trabajo, historias clínicas, etc.).

600. El depósito de cosas

El depósito de cosas es una medida cautelar tomada voluntariamente por quien, para eximirse de la responsabilidad que surge por un eventual incumplimiento de contrato, resuelve solicitar al juez que

deposite por cuenta del demandado las cosas que él tiene como tenedor; o que pretende asegurar frente al litigio judicial que se avecina.

Explica Palacio:

> … de las referidas normas se sigue, que el depósito judicial en ellas previsto no funciona, en rigor, como una medida cautelar, sino como un arbitrio orientado a preservar la responsabilidad del actor. Así lo entendemos porque, por un lado, el mencionado depósito no tiende a asegurar el resultado de la sentencia y constituye, en realidad, el objeto de una pretensión principal, y, por otro lado, no reviste el carácter provisional y modificable que es propio de las medidas cautelares, pues incluso la cesación del depósito a raíz de su aceptación por el demandado configura, en sentido estricto, un allanamiento a la referida pretensión.[3121]

600.1 El depósito proveniente del embargo

Una vez que se practica el embargo sobre cosas muebles no registrables, corresponde ordenar el secuestro de estas y ponerlas en depósito judicial, salvo que se trate de bienes de la casa en que vive el embargado, en cuyo caso, este se constituye en depositario, excepto que por razones especiales no fuera posible (art. 216, CPCCN).

El Código se ha preocupado en privilegiar la persona del deudor como titular de la calidad de depositario, de modo que no es dable prescindir de ella, salvo situaciones excepcionales, como podría ser la constatación del estado de abandono o la negativa del mismo propietario.[3122]

La continuidad en el uso de la cosa no permite destruirla o que se vaya inutilizando, porque a pesar de que el embargo no supone cambiar la titularidad o el dominio, sí produce un estado de indisponibilidad que convierte al depositario que conserva los bienes en responsable de su custodia y estado.

3121. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 248.

3122. La designación de la persona que custodiará de los elementos secuestrados -en el caso, en el marco de una medida decretada en el marco de la Ley N° 24481 de patentes de invención queda librada al criterio judicial en un marco de prudencia y razonabilidad, pudiendo inclusive designarse al actor si las circunstancias lo aconsejan, pues la ley no prohíbe que esa designación recaiga en el ejecutante de la medida cautelar ordenada (CFed. Civ. y Com., Sala III, "Becchio, Carlos A. c./ New Tronic S.A. y otros", 26/9/2002, LL *online*).

El orden establecido para designar depositario de los bienes embargados es primero el mismo embargado, luego alguna persona de la casa y por último un tercero que asuma la condición (puede ser el autorizado a practicar la diligencia). La norma se refiere a los casos de depósito judicial de bienes embargados, y por tanto no es aplicable al supuesto en que se ordena al procesado la entrega de un vehículo a título de depósito judicial si, al momento de ser constituido depositario judicial, ni el automóvil ni el patrimonio de tal procesado se encontraban embargados.[3123]

600.2 Obligaciones del depositario

La obligación de custodia convierte al depositario, aunque sea parte, en un auxiliar de la Justicia, de manera que los bienes que quedan bajo su responsabilidad se consideran públicos. Por ello, constituye violación de las obligaciones de guarda y de custodia impuestas al depositario de la cosa sustraída si este se vio obligado a restituir la tenencia del inmueble que alquilaba en el que se encontraba el objeto depositado, a raíz de la falta de pago de los alquileres correspondientes.[3124]

La restitución de la cosa depositada debe hacerse por el depositario inmediatamente después del requerimiento que en tal sentido haga el depositante. Si así no lo hace, este último puede ejercer la

3123. CNCrim. y Correc., Sala VI, 8/5/1997, "Barbudo, Guillermo", *LL*, 1999B-803 [41.344-S]; *JA*, 1998II273; *DJ*, 1999-2-879, *SJ*, 1743.

3124. CNCiv., Sala G, "Bayoni, Horacio J. c./ Torres, Mercedes", 3/10/2000, *JA*, 2001-III-303. Inclusive, el recupero de los bienes embargados que fueron mudados por quien se constituyó depositario judicial de estos no es óbice para tener por configurado el delito de malversación de caudales públicos –arts. 45 y 261 en función del 263, Código Penal–, este es un elemento de importancia a los fines de justipreciar la sanción a imponer (CNCrim. y Correc., Sala IV, "Costa, Juan M.", 16/5/2001, *LL*, 2000-E-666; *DJ*, 2001-1-366). También, corresponde responsabilizar al depositario judicial por el incendio de un automóvil que estaba bajo su cuidado, si eligió un lugar de guarda inapropiado para garantizar la conservación del rodado –en el caso, un tinglado ubicado en un aserradero –, pues en virtud del art. 2202 del Código Civil pesa sobre el depositario la obligación de poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada que en las suyas propias, razón por la cual incurrió en culpa *in vigilando* al no guardar el vehículo en un garaje o playa de estacionamiento (CCrim. y Correc. Civ. y Com., Familia y Trab. Dean Funes, "Roldán, Juan J. y otra c./ Navas, Gustavo R.", 30/6/2003, *LLC*, 6/2004, 544).

correspondiente acción civil para exigir la devolución con los daños e intereses de la demora.[3125]

Cuando la intimación sea judicial, el plazo de presentación de los objetos en custodia es al día siguiente de la notificación, sin que se pueda alegar derecho de retención alguno. Si no lo hiciere, el juez remitirá los antecedentes al tribunal penal competente, pudiendo ordenar también la detención del depositario hasta el momento en que dicho tribunal comience a actuar (art. 218, CPCCN).

Para que el depositario pueda eximirse de responsabilidad por la pérdida de las mercaderías depositadas, debe demostrar que empleó todas las medidas preventivas ordinarias, y que la custodia asignada en momento alguno fue violada.[3126]

La comprobación formal indiciaria de un perjuicio potencial que deriva directamente del apartamiento del bien de la esfera de custodia protectora con que lo había aislado y protegido la actividad jurisdiccional, quebrantada por el encausado, sirve de sustento suficiente en la especie a la imputación penal formulada contra aquel como depositario infiel, por malversar en sentido amplio caudales privados equiparados a público (arts. 261 y 263 del Cód. Penal), no resulta necesario ahora comprobar perjuicios efectivos que sean diferentes a los derivados de la acción misma de disponer, apartar o sustraer los bienes confiados, porque se trata de un delito dirigido básicamente contra la administración pública.[3127]

La configuración del delito sucede, inclusive, si se recuperan los bienes embargados que salen sospechosamente de la esfera de atención del obligado, aun cuando dicha circunstancia pueda ser un ate-

3125. El párrafo final del art. 214 del CPCCN dice: "Contendrá, asimismo, la prevención de que el embargado deberá abstenerse de cualquier acto respecto de los bienes objeto de la medida, que pudiere causar la disminución de la garantía del crédito, bajo apercibimiento de las sanciones penales que correspondieren".

3126. CNCom., Sala A, "La Holando Sudamericana Cía. de seguros c./ Mavi S. R. L. y Río Cuarto S. A. c./ Mavi S. R. L.", 17/4/1996, *LL*, 1997-A-51.

3127. Incurre en el delito de malversación culposa de caudales públicos por equiparación previsto en los artículos 262 y 263 del Código Penal quien, en su carácter de depositario judicial de bienes embargados, da ocasión para que terceros los sustraigan de la órbita del proceso respecto del cual se encontraban afectados toda vez que, existe una relación de causalidad entre la sustracción de los bienes depositados y el actuar negligente del agente (CNCasación Penal, Sala I, "Biasoni, Carlos A.", 20/4/2006, *DJ*, 13/9/2006, 131).

nuante. En cambio, no se configura el delito de depositario infiel, si la conducta del depositario no revela la clara intención de sustraer algunos de los efectos que le habían sido confiados en depósito.[3128] También se ha dicho que no comete delito de malversación de caudales públicos el depositario judicial del bien embargado, que si bien procede a su enajenación, conserva líquido y disponible el producido de la venta, con lo que se excluye la apropiación o intención de apropiarse de los bienes.[3129]

Corresponde agregar que el delito de malversación de caudales públicos perpetrado por el depositario de bienes embargados por orden de tribunales nacionales debe ser investigado por la justicia federal del lugar donde ha sido cometida la infracción, cuando el hecho hubiere sido llevado a cabo fuera de la Ciudad de Buenos Aires.[3130]

600.3 La toma a embargo de bienes. Responsabilidades y controles

La regularidad en la práctica del embargo de bienes muebles siembra algunas dudas en la ejecución del procedimiento. Las normas procesales señalan que debe limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas (art. 213, CPCCN), y que sólo se puede suspender el acto de afectación *cuando el deudor entregue la suma expresada en el mandamiento* (art. 215, mismo ordenamiento).

El oficial de justicia es el responsable en la práctica de la medida, sin que el autorizado a indicar los bienes a tomar se pueda exceder y, en su caso, ampararse en la hipótesis de la responsabilidad por abuso (art. 208, CPCCN) o esperar el planteo de reducción que el embargado dispone (art. 203, CPCCN). Aquel es un auxiliar de la jurisdicción y como tal dirige y controla que la ejecución del mandamiento se cumpla conforme las instrucciones impartidas en el instrumento.

Cuando se toman bienes que se encuentran en la casa, existe la presunción de propiedad que emerge en relación a la posesión de cosas muebles no registrables (art. 2412, antiguo Cód. Civil). Si se denuncia que no son de propiedad se puede insistir con la afectación,

3128. C.Penal Rosario, Sala II, 13/10/1980, Zeus, 981-22-64.

3129. C. Criminal y Correccional de San Francisco, "Mandrile, Hilario B.", 24/6/1983, LL *online*.

3130. CSJN, Fallos: 297:246, "Cristul, Samuel".

dejando en manos del embargado o de un tercero las acciones correspondientes al levantamiento.

Es decir, el cumplimiento de la medida la controla el representante del juez en la diligencia; mientras que lo atinente al levantamiento, modificación o sustitución es una tarea ajena a ese acto, que –como se dijo– sólo se puede suspender cuando el monto indicado en el mandamiento se integra en el mismo acto.

601. El derecho de retención

En contadas ocasiones el derecho de retención se configura en el campo de las exteriorizaciones cautelares, sea cuando proviene del depósito de cosas y se aplica el artículo 2587 y subsiguientes del Código Civil y Comercial.

Podetti encontró que este derecho podía figurarse entre las medidas cautelares *preprocesales* o *extraprocesales*[3131] porque:

> … siempre que, sin intervención de los jueces, se estatuya una específica garantía para el cumplimiento de una obligación de manera que una persona o un determinado bien hayan de responder de ella y proceda su ejecución en caso de incumplimiento, nos encontramos frente a lo que genéricamente designo como cautela *preconstituida*. En algunas hipótesis es la ley la que establece esa garantía, mediante una preferencia en el pago de determinados créditos, frente a la prenda común de los acreedores (arts. 3875 y ss. Código Civil), o de la oposición de los acreedores a la transferencia de un negocio (Ley N° 11867). En otros, y son los más comunes, la garantía se constituye mediante una convención accesoria a otro contrato: la hipoteca, la prenda y la fianza, para garantir un mutuo o una obligación de dar. También para asegurar cualquier otro contrato y su cumplimiento, como la señal o arras. Por último, es frecuente que se convenga, como accesorio a una convención y para asegurar su cumplimiento, una inhibición general para disponer de sus bienes, la administración por un tercero de bienes productores de renta, el inventario de ciertos bienes, etcétera.[3132]

Cabe aclarar que no procede el derecho de retención cuando quien lo invoca no tiene crédito alguno que reclamar porque tiene la

3131. Podetti, José Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 190.
3132. Ibídem, pp. 194/192.

cosa como depositario; para ello es menester que la obligación entre el crédito y la cosa provoque obligaciones respecto a quien detenta la cosa como tenedor, sin que sea necesario que haya un contrato expreso entre ellos. Basta con que la obligación se genere con motivo de la cosa o bien que se retiene, por el principio de que el que reclama la ejecución de un convenio no puede hacerlo sino a condición de llenar por su parte las obligaciones que ha contratado o que han nacido por ocasión de dicha estipulación.

El derecho de retención exige, como mínimo, que quien pretenda ejercerlo sea titular de un crédito cierto y exigible. El derecho consiste en conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que este le adeude en razón de la cosa. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante.

Es una suerte de prenda que autoriza al acreedor a retener la cosa del deudor mientras no se le pague, y para que quede configurado se necesita la concurrencia de los siguientes elementos de hecho: a) posesión material de una cosa; b) existencia de un crédito a favor de quien detenta la cosa, contra el propietario; c) relación de conexidad entre el crédito y la cosa. Con estos requisitos, el derecho cumple una función de seguridad y garantía que se asemeja a las medidas cautelares; y su definición procesal algunos la encuentran en el territorio de las "excepciones", "privilegios", "derecho de embargo" o el propio "secuestro privado".

Para Eduardo de Lázzari:

> … esta identificación merece ciertos reparos. Si bien la potestad que el art. 3999 Código Civil (actual art. 2587 CCyCN) acuerda al retenedor posee características y consecuencias semejantes a los institutos precautorios, en lo que concierne a su naturaleza las cosas son absolutamente distintas. Pasando breve revista a las diversas posiciones doctrinarias sustentadas, tenemos en primer lugar la tesis de que la retención es un *derecho real*, sostenido por Segovia, Salvat, Spota y Molinario. Pero la mayoría se inclina a considerar que se trata de un *derecho personal*, en cuanto accesorio del crédito cuya satisfacción se persigue (Bibiloni, De Gásperi-Morello, Lafaille, etc.) Moisset de Espanés, a su turno, entiende que no se trata ni de un derecho personal ni real, y solamente consiste en una de las *atribuciones o facultades* que emergen del derecho de crédito.

> Finalmente, otra tendencia afirma que el derecho de retención no es más que una *excepción dilatoria*, por la cual el acreedor se resiste a ser desapoderado hasta ser desinteresado.[3133]

Por ello, continúa el magistrado platense:

> Sea cual fuere su intrínseco alcance, las diferencias con las providencias cautelares son notables: estas últimas requieren dictado jurisdiccional y no pueden ser preconstituidas ni autogeneradas por el interesado. El ejercicio del derecho de retención no está necesariamente ligado al dictado de una providencia de mérito (la sentencia definitiva), que reconozca el crédito pretendido. Muy por el contrario, puede nacer y perdurar absolutamente desentendido de la promoción y existencia de un juicio sobre el fondo. Puede vivir independientemente, desarrollándose sin riesgo alguno hasta que el deudor satisfaga la obligación. No rige a su respecto ningún término de caducidad. Quien así se instala en la cosa ajena no tiene sobre sus espaldas carga alguna de promover acciones legales. *Solamente espera*, y con eso le es suficiente para respaldarse aun frente a terceros y para constreñir al propietario, más que nada por las molestias que de tal situación se derivan a este último.[3134]

Siguiendo este temperamento, la identificación entre medidas cautelares y derecho de retención puede ser, al menos, peligrosa. En primer lugar, porque es una forma de utilizar la fuerza al margen de la autoridad jurisdiccional, aunque se tenga algún sustento legal; por eso, admitirlo sería como conseguir una preferencia o tratamiento indebido frente a otros acreedores. Además, el derecho de retención configura una situación de hecho que se hace valer en el proceso en alguna de las figuras antes mencionadas, lo que a nuestro parecer no puede llevar a ponerlas en simetría con las medidas de aseguramiento cautelar cuyo régimen de variación está en el artículo 203 del Código Procesal; mientras que en el derecho de fondo por mucho tiempo se estatuyó la indivisibilidad.

Finalmente cuadra analizar el artículo 2589 del CCyCN que establece: "*Ejercicio*. El ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación previa del retenedor. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente".

3133. De Lázzari, Eduardo, *Medidas Cautelares*, La Plata, Platense, 2ª ed., T. II, 2000, p. 215.
3134. Ibídem, p. 216.

Es decir, se autoriza el cambio del derecho por una garantía de reemplazo, condición muy diferente a la variabilidad de las medidas cautelares que, entre otros recaudos para mudar su condición, exige la existencia de un perjuicio evidente, que se quiere neutralizar aceptando una cautela menos gravosa.[3135]

3135. Ibídem, p. 224.

Capítulo LXXVIII
Medidas cautelares contra el Estado

602. El control de legalidad

Desde nuestra perspectiva, en los procesos latinoamericanos la posibilidad de actuación de los jueces difiere de los procesos europeos y, en particular, en aquellos donde la justicia administrativa se particulariza. El poder jurisdiccional americano tiene tres funciones claves: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar el cumplimiento del principio de legalidad en el obrar de la administración.

A lo largo de esta obra, y especialmente en el Tomo I, se pudo advertir cómo la dinámica del juez en el control difuso –que reúne en torno de su oficio las tres piezas de su engranaje funcional–, se fue diluyendo con la creación de un modelo concentrado que le quitó o relegó la actividad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llevando la tarea a un sistema similar al creado en Europa por Hans Kelsen.

La función de control sobre la administración, en cambio, no ha sufrido embates, aunque tenga numerosas resistencias de orden técnico y legislativo, provocadas por la actuación del órgano legislativo, hoy sumado en la democracia al peso de las mayorías que difuminan la independencia funcional de los tres poderes.

En Estados Unidos, con un modelo de clara incidencia en nuestro país; pero esencialmente en México y Argentina, la función judicial de control sobre la Administración se adopta como un punto esencial para el equilibrio del sistema democrático. De ahí que la tutela cautelar sea trascendente por sí misma, no sólo para darle eficacia al servicio jurisdiccional, sino además para redoblar la fiscalización sobre el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos que, amparados por su rápida e inmediata aplicación, pueden tornar ilusoria la protección de los derechos individuales y colectivos de la sociedad.

Precisamente, con relación a la presunción de legitimidad del acto administrativo puesto como impedimento para la concesión de medidas cautelares, es necesario aclarar que, si bien los actos administrativos resultan por ley presuntamente legítimos (art. 12 de la Ley N° 19549), de cuyo carácter se desprende su fuerza ejecutoria, no se puede inferir con ello, en forma dogmática, que sea imposible el dictado de una medida precautoria a su respecto, ni extremar el criterio de admisibilidad a punto tal que se exija un verdadero juicio de certeza del derecho invocado y no su mera verosimilitud, propio –por otra parte– de las medidas cautelares.

En tal sentido, la protección del individuo contra la actuación administrativa abusiva o ilegítima tiene en el sistema precautorio una herramienta singularmente útil y efectiva, que sirve de freno al criterio de la discrecionalidad que todo lo permite.[3136]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su jurisprudencia, es una muestra notable de la polaridad ideológica y el cambio de discurso jurisprudencial, que pone límites a la discrecionalidad de los entes administrativos y concreta sobre ellos el control judicial,[3137] y aclara:

> … el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no im-

3136. Resulta útil recodar –dice Buteler– que en el derecho administrativo francés del siglo XVIII se concebía a la Administración Pública vinculada de manera negativa al principio de legalidad, efectuándose desde la doctrina una división tajante entre actos administrativos reglados y discrecionales. Estos últimos, denominados también actos de pura administración, escapaban por su naturaleza a toda crítica de legalidad y a cualquier especie de control judicial. Empero, la evolución jurisprudencial fue evidenciando la inexistencia de categorías puras, es decir, de la discrecionalidad en bloque, pues al reglamentarse las actividades a través de normas generales e impersonales resultaba imposible que pudieran preverse todos los resultados factibles. Por esta razón correspondía a la Administración establecer en el caso concreto su alcance entre las alternativas válidas previstas por el ordenamiento jurídico. En la actualidad del Estado de Derecho, en donde el actuar público que se halla subordinado al bloque de juridicidad integrado por la Constitución, los Tratados Internacionales, las leyes y los reglamentos, resulta inconcebible que existaporción alguna de la actividad administrativa que pueda estar por encima del orden jurídico y que resulte indemne al control judicial. Sin embargo, la fiscalización de la discrecionalidad administrativa por los magistrados no resulta tarea sencilla y por esta razón se ha señalado desde la doctrina española que dicha temática constituye uno de los temas más complejos del derecho administrativo (Buteler, Alfonso, "Control judicial de la discrecionalidad administrativa", *LL*, 2008-D-1053).

3137. CSJN, Fallos: 329:4542, entre muchos más.

plica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva.[3138]

603. La suspensión del acto administrativo

La suspensión del acto administrativo es la primera medida de carácter urgente y preferencial con que se cuenta para realizar el control sobre la legalidad del acto y de las conductas. Algunos lo consideran una medida cautelar, del tipo de las prohibiciones de hacer o del mandato de ejecución. No obstante, por vía de principio, la prohibición de innovar no es remedio contra providencias jurisdiccionales en razón del conflicto de competencia que provoca; ni puede afectar actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostenta tal principio.

La primera conclusión no tiene más que resistencias aisladas, como aquella que formula De Lázzari, para quien la medida puede extender el radio de acción hacia otros litigios iniciados o prontos a hacerlo, indicando que ello se apoya en el principio de igualdad constitucional que propone tratar a todos con la misma vara; en cambio, si mediara sentencia firme, ella no podría ser alterada por haber pasado en autoridad de cosa juzgada y haberse incorporado al patrimonio como derecho de propiedad.[3139]

También puede ser excepción a la regla la admisión de la medida que suspende la ejecución de una sentencia por causas totalmente justificadas; o aquellas que provocan un perjuicio irremediable como la venta de un inmueble, única vivienda, que se lleva a subasta judicial.[3140]

3138. CSJN, Fallos: 327:548, "Degremont Sociedad Anónima c./ Tierra del Fuego, Provincia de y otro s/ ordinario".

3139. De Lázzari, Eduardo, *Medidas Cautelares*, La Plata, Platense, 1989, T. I, p. 558.

3140. El lejano precedente de la Corte Suprema en "Burman, Leonardo c/ Alvarez, Joaquín s/ ejecución hipotecaria" (Fallos, 305:226) fue renovado para un cuadro de situación menos traumático que aquel (ocasionado por la imprevisión contractual y la excesiva onerosidad sobreviniente), cuando se expresa que la medida de no innovar es procedente cuando se debe ordenar la suspensión del trámite de ejecución hipotecaria requerida por quien no tuvo participación en el acto de constitución del título y porque, de continuarse el trámite, se afectarían sus derechos, llevando a resolver sus pretensiones de manera abstracta e inejecutable (CApel., Concepción del Uruguay, Sala

La segunda proposición, en cambio, admite restricciones cuando el acto, administrativo o legislativo, se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.[3141]

Algunos ordenamientos procesales, como el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ubican en el título de las medidas cautelares, a la suspensión del acto administrativo (art. 189), sujeto a los siguientes supuestos:

1. Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al administrado, el tribunal, a pedido de aquel, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público;
2. Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión...[3142]

Similar diagrama tienen las leyes de procedimiento administrativo que siempre quedan sujetas al principio de revisión judicial, por lo cual algunas legislaciones que pretenden entorpecer la máxima son inconstitucionales. Por ejemplo, la exigencia prevista por el artículo 25,

Civil y Comercial, 20/3/1997, cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. IV, p. 391, nota 40).

3141. CSJN, Fallos: 317:581, "Cadopi, Carlos H. c./ Provincia de Buenos Aires".

3142. La autoridad administrativa correspondiente puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resuelve el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declara a cargo de la autoridad administrativa peticionante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución en el supuesto de que se hiciere lugar a la demanda o recurso. El pedido de suspensión del hecho, acto o contrato planteado como medida cautelar es tramitado con carácter urgente, pero sin suspender el curso del proceso principal. En subsidio, se aplican las reglas establecidas para los incidentes en este Código. La norma que se invoca, dispone la suspensión de actos administrativos con base en dos presupuestos específicos: la existencia de perjuicios graves o irreparables y que la medida no afecte el interés público. La procedencia, en consecuencia, está supeditada a las exigencias genéricas de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho y peligro en la demora). Asimismo, tiene que probarse al menos uno de los requisitos incluidos en los incs. 1 y 2 del artículo mencionado. A su vez, estrechamente vinculado a la verosimilitud del derecho invocado por la actora, se encuentra la exigencia de demostrar, al menos someramente, que la resolución administrativa que lo conculca ostenta una ilegalidad manifiesta (cf. art. 189, inc. 2, CCAyT). Ello es lógicamente necesario, puesto que será ilegítimo todo acto o hecho de la administración que importe la lesión de un derecho.

inciso 2, del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la previa solicitud en sede administrativa de la suspensión de los efectos del acto, en el marco de un proceso sancionatorio, se encuentra reñida con la garantía de acceso a la justicia y el principio de tutela judicial continua y efectiva.

Con líneas comunes, la legislación provincial exige iguales requisitos para otorgar la suspensión del acto impugnado, la irreparabilidad del perjuicio que ocasiona la ejecución y/o la ilegalidad manifiesta; pero cuando ellas no se agregan a los recaudos generales de las medidas cautelares, sino que trabajan en la misma dimensión con objetivos distintos. Por ejemplo, la irreparabilidad del perjuicio es, ni más ni menos, que el peligro en la demora; y la ilegalidad manifiesta, supone *mutatis mutandis*, el *fumus bonis iuris*.

Por lo demás, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en establecer una fórmula compositiva, por la cual a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.[3143]

En la práctica la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma que, aun similar a la prohibición de innovar, es distinta por otras características. Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión en sede administrativa (*v. gr.* art. 12, Ley N° 19549, que dice, en su parte pertinente: "... la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado"); en otras, la suspensión viene dispuesta por leyes especiales que al permitir el recurso judicial contra la decisión administrativa impiden la ejecución;[3144] asimismo, la suspensión se puede pedir sin juicio iniciado (duda que, pese a que no está presente en nosotros, planteó la doctrina con la vigencia de la Ley N° 17454).

3143. Cfr. por todos: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 4ª ed., 1999, T. 3, p. V-71.

3144. A *contrario sensu*, cuando las leyes determinan la ejecución inmediata y sin efecto suspensivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad atendiendo a que el carácter definitivode las decisiones es sólo jurisdiccional, calidad que no tienen los actos administrativos que sólo pueden quedar firmes e irrevocables por efectos de la preclusión (CSJN, Fallos: 284:150).

En suma, la presunción de validez y ejecución plena de los actos administrativos no es una valla insuperable para conseguir la suspensión judicial, siempre y cuando surja clara la arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta. Estos presupuestos son también la base para suspender la aplicación de una ley, decreto u ordenanza, y se razona la procedencia desde el artículo 43 de la Constitución Nacional, que reitera las premisas conocidas en leyes de amparo precedentes.

Ninguno de estos conceptos son sinónimos, pero aplicarlos aisladamente puede originar graves desavenencias, naturalmente contrarias al sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico. *Ilegalidad* supone algo que es contrario a la ley, y por tanto, ilícito. Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro solapado, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo o de la tutela que prometen las medidas cautelares.

Ahora bien, la ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado de derecho, en tanto es ilegal, justamente, "lo contrario a derecho". La ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada. En estos casos, dicha ilegalidad asume la forma de *arbitrariedad*. Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, puede atacarse con el amparo o con la medida cautelar autónoma de cesación del acto administrativo.

Cabe agregar que la suspensión de actos legislativos (normas en general) es una facultad asignada al órgano jurisdiccional indicada precisamente en el mencionado artículo 43, cuando expresa que "podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

La *arbitrariedad* concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la exposición de que una conducta arbitraria es una conducta injusta. En la medida que exista "arbitrariedad" e "ilegitimidad" (esto es, injusticia), la acción puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones. A su vez, la ilegalidad del acto radica en la oposición que expone frente a normas de rango superior y, espe-

cialmente, a la Constitución Nacional, no obstante diga o mencione su apoyo en otras leyes (son, en términos del recurso extraordinario, las cuestiones federales que motivan la admisión de este).

También la suspensión procede por cuestiones de legitimidad, concepto que tiene una dimensión más amplia que la legalidad, porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad) y socialmente aceptada (justificación social).

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: frente al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de las decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge. No obstante, también es cierto que muchas veces un acto lesivo surge de comportamientos ajustados a derecho que, si bien son legales (por su encuadre *de iure*), también se los considera ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

Resta, entonces, considerar la exigencia de gravedad del caso para ordenar la suspensión, en la medida que la jurisprudencia ha sido oscilante en su aplicación. Se pensaba que no sólo el acto administrativo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también revestir de una gravedad evidente. Sin ella no era posible admitir la dilación de cumplimiento si para acreditar el perjuicio se necesitaba un ámbito mayor al de la simple apariencia del buen derecho. Después se atendió el reporte del daño que con el acto se provoca. Es decir, hay que advertir lo "manifiesto", antes que la gravedad que el hecho importa.[3145]

3145. Un ejemplo jurisprudencial sirve para demostrar cómo funcionaría este recaudo que permite suspender la ejecución de una decisión administrativa. Se ha dicho que es procedente el amparo en el caso de incomunicación y amenaza de suprimir el servicio telefónico por parte de la demandada, pues resulta el remedio apropiado para asegurar el respeto del Reglamento General de Clientes. Ante la inminencia de la amenaza de dar de baja definitivamente el servicio telefónico y la existencia de lesión actual en el bloqueo de llamadas, el usuario encuentra protección en la norma Constitucional, art. 43 (CFed. Civil y Comercial, Sala 2ª, "Barrenechea c/ Telecom Argentina", 23/12/1997).

604. El artículo 195 *bis* derogado por la Ley Nº 25587

La denominada Ley de Equilibrio Fiscal (Déficit Cero) dictada por el gobierno del expresidente Fernando De la Rúa, que llevó el Nº 25453 (BO 31/7/2001) dispuso un nuevo párrafo en el artículo 195 del Código Procesal, integrado actualmente: "Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias".

Como el obstáculo dispuesto se creyó insuficiente, el Decreto N° 1387/01 agregó un artículo, 195 *bis*, que transformó el mecanismo de obtención e impugnación de las medidas cautelares. Posteriormente, se sancionó la Ley N° 25561, que entró en vigencia el 6 de enero de 2002, modificó la redacción del artículo 195 *bis* e indica en el artículo 18 el texto legal definitivo:

> Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido este, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de CINCO (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida.

El juego, pretendidamente armónico de ambas disposiciones, en los hechos persiguió evitar que los jueces dispusieran medidas cautelares que obligasen a devolver importes de dinero (pesos o dólares) que existieran en el sistema financiero.

604.1 La ley "antigoteo"

Más allá del contexto social y económico que motivó estas normas flagrantemente inconstitucionales, lo cierto es que el 26 de abril

de 2002 se promulgó la Ley N° 25587[3146] que derogó el artículo 195 *bis*

3146. La Ley N° 25587 de Ejecución de Medidas Cautelares dice: "Art. 1. En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley N° 25561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que, si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos, en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o mas años de edad. Esta disposición de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial.
"Art. 2. Las medidas cautelares indicadas en el artículo anterior no podrán en ningún caso ser ejecutadas sobre fondos del Banco Central de la República Argentina, aunque los mismos se encuentren por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.
"Art. 3. A los fines del cumplimiento de toda medida cautelar, deberá oficiarse previamente al Banco Central de la República Argentina, a los efectos de que informe sobre la existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente.
"Art. 4. Las medidas cautelares a las que ser refiere el Art. 1º de esta ley, serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. Quedan efectuados de este efecto, aquellos casos en que se pruebe que existe razón suficiente que ponga en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) años o más de edad. Dicho recurso deberá ser presentado en el juzgado dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar. Los fundamentos de la apelación deberán expresarse en el mismo escrito. Están legitimados a interponerlo tanto la parte demandada, la actora como las entidades bancarias o financieras afectadas por la medida cautelar, aunque estas no revistieren aquel carácter.
"Art. 5. Interpuesto el recurso a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Primera Instancia deberá limitarse a remitir el expediente a la Cámara sin más trámite. Recibido el expediente en la Cámara, esta correrá traslado del recurso a la contraria por el plazo de cinco (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Cámara se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del recurso, pudiendo, en su caso, confirmar, revocar o modificar los alcances de la medida cautelar.
"Art. 6. La tramitación de los procesos mencionados en el artículo 1º corresponden a la competencia de la Justicia Federal.

del Código Federal, dejando vigente el párrafo tercero del 195, que motiva severas incongruencias.

La ley se fundamenta en la necesidad de preservar las actividades esenciales del Estado, a cuyo fin se podría deducir que por ello los jueces no pueden *afectar*, *obstaculizar*, *comprometer* o *distraer* del destino previsto fondos o recursos propios del Estado (art. 195, párr. 3°); sin embargo, los fondos o recursos que la ley menciona *no pertenecen al Estado*, son de personas físicas o jurídicas, suficientemente reconocidas y que gozan del amparo de una ley (N° 25466 –BO 25/9/2001–) que les garantiza la intangibilidad de sus depósitos, y que se encuentra plenamente vigente.

Pensando en esa dimensión temporal del problema, la ley argumenta sobre la situación de emergencia establecida en la Ley N° 25561 y establece limitaciones a la procedencia de medidas cautelares, provocando una total inconsistencia con el sistema en que se rigen y ordenan las providencias precautorias.

En la Ley N° 16986 las actividades esenciales del Estado constituyeron un obstáculo en la sustanciación del juicio de amparo. Hoy día la cuestión se presenta difusa, aunque un análisis sumario del artículo 43 constitucional permite afirmar que esta valla preliminar no puede mantenerse estoica sin alterar el principio de acceso inmediato a un proceso rápido y expedito; lo que equivale a sostener el derecho a la tutela judicial continua y sin condiciones. No obstante, se puede aceptar que el Estado procure preservar la eficacia de sus instituciones con la finalidad de cumplir adecuadamente sus funciones esenciales. Ahora bien, ¿cuáles son esas actividades? La imprecisión conceptual es

"Art. 7. Derógase el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
"Art. 8. En los supuestos que se hubiera interpuesto recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de lo establecido por el artículo 195 bis del Código Procesal Civil de la Nación que por el artículo anterior se deroga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitirá a las respectivas Cámaras de Apelación, las actuaciones que se encontraran pendientes de decisión a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. Las Cámaras de Apelaciones deberán resolver los recursos adecuando su trámite a lo establecido en los artículos precedentes.
"Art. 9. La presente ley comenzará a regir desde el momento de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dispuesta por la Ley N° 25561, por encontrarse comprometido el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado.
"Art. 10. Comuníquese al Poder Ejecutivo".

manifiesta y, por eso, suele desvirtuarse con interpretaciones elásticas y con cierta inclinación al proteccionismo judicial.

"Actividades esenciales del Estado" es un concepto demasiado errático que por su ambigua presentación deja en manos de los jueces la única expectativa posible de tutela. El cuadro descripto por la Ley federal de Amparo se debe espejar con el artículo 43 constitucional, pues evidencia cierta oscuridad cuando se trata de responder al concepto de servicios públicos que no se pueden revisar por la acción de amparo, cuando ellos son atacados en la condición de consumidor, usuario, empresario que defiende el derecho de competencia o a través de un amparo colectivo por la supuesta agresión conjunta al tejido social. En estos casos, una vez más –y en ausencia de reglamentación especial– el juez es quien debe dar inteligencia y equidad al problema, considerando en consecuencia si subsiste o no la vigencia de este recaudo de admisión.

Con la Ley N° 25587 se pretende extender a las relaciones pactadas entre personas privadas y entidades del sistema financiero un problema de liquidez que tiene el Estado. Recordemos que el fundamento de todo el andamiaje normativo dispuesto es evitar el *colapso final del sistema financiero* (considerandos del Decreto N° 214/02).

No se advierte (*rectius*: se omite decirlo) que la situación de bancos, seguros o mutuales de ayuda económica es producto de la crisis del Estado y no de la actividad del sector, más allá de puntuales situaciones particulares.

Nuestra historia jurisprudencial y política muestra que la Ley N° 25587 renueva sucesos ya conocidos. En efecto, en ocasión de la emergencia económica y administrativa que padeció Argentina en la década del 80, se decía que el amparo era improcedente porque afectaba a las entidades financieras que actuaban como un servicio público impropio; también se prohibía por entonces la actuación cautelar contra el Estado, o, al menos, estaba inhibida.

Esta inadmisión formal basada en el artículo 2, inciso c), de la Ley N° 16986, carece de andamiento puesto que la actividad bancaria no es estrictamente un servicio público –aun cuando pueda ser visto como un servicio público impropio o como una actividad esencial del Estado–, y ello lleva a decir que lo impropio es aquello "falto de las cualidades convenientes" o "ajeno de una cosa o circunstancias, o extraño a ellas". Por lo tanto, aun admitiendo que fuera un servicio público

impropio (*contradictio in terminis*), carece de las cualidades de lo que estrictamente debe entenderse por "servicio público".[3147] Por eso, los fallos han reiterado que la interpretación del artículo 2, inciso c), de la Ley de Amparo debe ser restrictiva, desde el momento en que represente una excepción a la procedencia de esta particularísima acción tendiente a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana receptados constitucionalmente.

Lo que consagra a un Estado democrático no es la inscripción de la libertad en su texto fundamental sino su vigencia, y en este terreno es la acción procesal el elemento que, en muchos casos, puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer y la vía para demandar su amparo. En cada caso, el deber jurisdiccional está en estudiar el *estado de necesidad*, lo que supone confrontar el interés del usuario y/o consumidor con el del prestador del servicio. El párrafo segundo del artículo 43 abre expansivamente la legitimación procesal, sumado al artículo 42 y su correlato en la Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24240), puede aseverarse que esta limitación se encuentra absolutamente derogada, y que todo obstruccionismo basado en cualquiera de las conclusiones precedentes es inoficiosa y no puede ser causa ni fundamento para alterar la protección que el amparo dispensa.

Con las actividades esenciales del Estado el problema está en la indeterminación de su contenido. Una actividad esencial es "hacer las cosas bien", de modo que, genéricamente hablando, si el Estado no obra con eficiencia puede ser sujeto emplazado por el amparo. En cambio, si por *actividades esenciales* se entiende aquellas que hacen a los fines necesarios para la buena administración, sin que la acción particular perturbe las decisiones adoptadas, la cuestión gira hacia la legalidad de los actos y de las conductas.

604.2 Improcedencia de la prohibición de innovar

La prohibición de innovar es una medida precautoria de tipo conservatorio, que actúa sujeta a condiciones y de manera *supletoria*. Por eso, la reproducción que hace la Ley N° 25587 en el artículo 1 de los motivos que la indican como única posibilidad cautelar son insuficientes

3147. CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Peso, Agustín C. c./ Banco Central", 13/6/1985, *LL*, 1985C-374; *ED*, 114236.

e inoficiosos, porque en los hechos la prohibición de innovar solamente procede "si la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria" (art. 230, inc. 3, CPCCN).

Ahora bien, supongamos que, aplicando principios generales del derecho, la ley especial derogue la ley general, de modo tal que se interprete la modificación del requisito procesal dando lugar a este nuevo cuadro de situación: pues aun así la modificación es errónea. Veamos por qué. El artículo 230 del Código Procesal tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso y con miras a lograr la ejecución de una eventual sentencia de condena. La disposición se complementa con el artículo 179 del Código Penal, que reprime con prisión de seis meses a tres años al que durante el curso del proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare o hiciese desaparecer bienes de su patrimonio, o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esa manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles. En conjunto, persiguen mantener el *statu quo* inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio.

Obsérvese que la prohibición de innovar analiza dos hipótesis probables. La primera apunta a la posibilidad de que el proceso principal resulte comprometido si, desde el principio, no se dispone determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, retrotrayéndolo a un estado anterior o estableciendo uno nuevo. La segunda contempla el peligro que para el resultado del proceso principal significaría la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al tiempo en que se requiere tal medida cautelar. Por tanto, cuando estas situaciones no se producen, la prohibición de innovar no puede interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales ya dispuestos, ni tampoco puede ser empleada para impedir el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los reclamos que el acreedor entienda legítimos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es conteste en afirmar que con esta medida no se pueden invadir espacios pertenecientes a las relaciones entre particulares, cuando no sean estos quienes lo soliciten. Se afirma que la prohibición de innovar

señalada en el artículo 230 del Código Procesal está destinada a ser utilizada en los conflictos entre particulares relativos a los bienes, al orden familiar o a la libertad personal, pero no a las cuestiones que resulten de las designaciones de los magistrados y funcionarios públicos de las provincias, que aquellas pueden efectuar "sin intervención del Gobierno federal" (art. 105, *in fine*, CN).[3148]

En consecuencia, la prohibición de innovar no se puede volver en contra de quienes requieran medidas cautelares, porque entre los requisitos solicitados para que ella proceda, ha de considerarse comprendida la exigencia de que por sí misma resulte garantía para la protección del derecho que es objeto de la respectiva acción entablada.

Advertimos cómo se ha puesto de manifiesto esta inconsistencia de la medida cuando se sostiene que no es procedente que el poder jurisdiccional autorice al deudor, por esta vía, a no pagar la parte de la cuota del mutuo que considera excesiva. Este podrá pagar, no pagar, o en su caso, consignar lo que estime justo o indexar sus deudas como crea razonable asumiendo las consecuencias de su actitud. Luego, es en la sentencia que se juzgará si obró de acuerdo a derecho.

604.3 Incongruencia entre el fin de la medida y los hechos que la motivan

Para que resulte admisible una medida de no innovar en el marco de lo previsto por los artículos 230 del Código Procesal y 15 de la Ley N° 16986, deben cumplirse dos requisitos:

a. La verosimilitud del derecho invocado, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho.
b. El peligro probable de que la tutela jurídica definitiva no pueda realizarse en los hechos; es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

Insistimos, la prohibición de innovar se funda en el principio de la inalterabilidad de la cosa litigiosa y por tanto presupone que un cam-

3148. Del voto en disidencia del doctor Caballero (CSJN, "Magín Suárez, Luis", 24/3/1987, *LL*, 1987-C-255).

bio en la situación de hecho o de derecho pueda perjudicar a una de las partes en una relación jurídica, modificando los bienes motivo de ella o los derechos que los litigantes tenían sobre dichos bienes. La traba de la citada medida cautelar requiere, entonces, que la modificación pueda influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible.

Según los dichos de nuestros funcionarios y de la manifiesta confesión que se efectúa sobre la situación del sistema financiero, mantener el *statu quo* y confirmarlo con medidas de no innovar, supone precisamente *dejar de pagar a los ahorristas el dinero que han confiado a las instituciones bancarias.* Este es el contrasentido no advertido, o quizás la traición del subconsciente. No se puede soslayar, además, que el promedio de vida en nuestro país es de 72 años, y las excepciones se otorgarán a partir de los 75 años. Por eso se ha dicho reiteradamente que es improcedente la prohibición de innovar cuando no tenga por finalidad asegurar el pronunciamiento que pudiera dictarse.

604.4 Eliminación de facultades jurisdiccionales

El artículo 1 de la Ley N° 25587 establece que sólo será admisible la medida cautelar de prohibición de innovar, generando de este modo, una inadmisible intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito de las facultades discrecionales del Poder Judicial. Es evidente la intención de afectar la independencia de los jueces y provocarles una suerte de amenaza que se integra con el inconstitucional párrafo tercero del artículo 192.

La imparcialidad e independencia del juez son nexos imprescindibles para concretar las garantías constitucionales. En todo proceso constitucional es importante conservar la libertad de criterio porque cualquier limitación estorba o elimina la fortaleza del derecho fundamental.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional ningún juez puede hallarse en condición sumisa, soportando las indicaciones interesadas que otros le aporten; individualmente, tampoco podría estar subordinado a decisiones producidas por otros, salvo las provenientes del sistema jurisprudencial (*stare decisis*, o doctrina del precedente obligatorio, también, los fallos plenarios).

En suma, las garantías de la jurisdicción consideran la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros y respecto al propio sistema procesal. Mientras por un lado se espera el máximo de respeto

por las garantías de imparcialidad e independencia; por el otro, se pretende que el control de constitucionalidad (o la tutela de los derechos fundamentales) no sufra limitaciones absurdas.

Las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares son, y deben ser, discrecionales. No se puede imponer ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, porque de hacerlo se viola la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN).

Las precautorias no responden al presupuesto general de los principios dispositivo y de congruencia, es decir, siguiendo con esta directiva, el juez no podría fallar fuera del marco de lo peticionado. No obstante, en las medidas cautelares el tribunal puede otorgar o denegar lo pedido, modificar las cautelas dispuestas, sustituirlas u ordenarlas de oficio.

La Ley N° 25587, en el artículo 1, desvirtúa la finalidad de aseguramiento que se persigue; se trata de impedir el uso de facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria, y no tiene en cuenta lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 230. La libertad para decidir debe ser una garantía para la seguridad del justiciable y para 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 artículo 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, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución. El artículo 204 que comentamos 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 artículo 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 fijar según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas.

Esta es una forma anómala de preservar la seguridad de una ejecución hipotética, anticipando la venta de los bienes embargados por el peligro inminente de su desaparición o por el alto costo que representa su depósito, mayor de los que por sí produce. La conformidad requerida a la parte para proceder a la venta no muda el carácter ejecutorio que asume esta modalidad, transfiriendo el monto obtenido en la subasta a la nueva caución constituida. Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

Además, las medidas cautelares son esencialmente *preventivas*. 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 justiciable.

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 necesitaren 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).

En síntesis, la reunión de todas las cautelares en solo una priva de sentido a la finalidad tuitiva que tiene esta institución y socava en sus cimientos la garantía constitucional de la defensa en juicio.

604.5 La muerte de la medida autosatisfactiva

El segundo párrafo del artículo 1 de la Ley N° 25587 elimina la medida cautelar cuyo contenido sea idéntico al de la pretensión perseguida. Si bien es cierto que esta tutela cautelar no se encuentra consolidada en la práctica tribunalicia, también lo es que ha recibido el apoyo de la doctrina procesal más prestigiosa y aumenta cada día su repercusión e importancia.

El Derecho Procesal ha discernido estas modalidades estableciendo clasificaciones conforme la tutela ordinaria o diferenciada que el objeto atiende; lo que permite dividir a las *medidas cautelares clásicas* de aquellas otras que se presentan nominadas como *cautela material*, incluyendo entre ellas a las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias.

Cada una reporta una finalidad similar, pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, poniendo entre ellas mismas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no de los presupuestos generales de las medidas cautelares (es decir, de las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad).

Esta simple presentación no pretende ser más que un esbozo, porque de otro modo debiera analizarse si existe una auténtica diferencia entre medidas cautelares y materiales en torno a los presupuestos que las caracterizan, la calidad intrínseca que portan respecto al derecho de defensa en juicio, y el alcance de la cosa juzgada, entre otros. Esta síntesis pretende comparar, entonces, una actuación procesal que es idéntica, pero que se confunde con denominaciones y alcances según lo estudie el Derecho Procesal o el sustancial.

En suma, este emplazamiento agiliza las facultades del juez en orden a la eficacia del servicio que presta; admite el criterio de la urgencia como pauta que fundamenta la postergación del contradictorio; pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la

amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento, puede o no lesionar, alterar, modificar o restringir, con arbitrariedad o ilegalidad un derecho subjetivo o de incidencia colectiva. En consecuencia, al ser eliminada la potestad jurisdiccional de dictar medidas autosatisfactivas, también se agrede la independencia jurisdiccional.

604.6 Excepciones

La protección efectiva al derecho a la vida, la salud, la integridad física y un reconocimiento expreso a la ancianidad (mayores de 75 años) se hace presente en la ley, produciendo que estas situaciones que se deberán acreditar como presupuestos de verosimilitud del derecho y, en algún caso, como peligro en la demora sean resueltas como excepciones que autoricen el dictado de otras medidas cautelares.

Además, en oportunidad de ponerse en práctica la reforma procesal que incorporó el artículo 195 *bis*, la Corte Suprema sostuvo que era inadmisible interpretar que ella podía afectar las situaciones procesales consumadas; mucho menos si ellas habían sido notificadas con anterioridad.[3149]

Con la Ley N° 25587 se establece un régimen diferente, porque asigna vigencia para todas las medidas pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial. Esto es muy grave y conculca manifiestamente las facultades jurisdiccionales y la autonomía del Poder Judicial. Supongamos que se hubiera resuelto una medida de embargo preventivo sobre bienes del accionado (un banco o entidad financiera) hasta alcanzar la suma de pesos necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios una suma correspondiente con el total o parcial de la cuantía oportunamente depositada, y que ella no se hubiera concretado aún por la resistencia a cumplir con el mandato jurisdiccional.

En los hechos, la ley viene a dar una causa de reversión de las cautelas permitiendo revocarlas por estar pendiente de ejecución; también, admite eximir de responsabilidad a quien hubiera desconocido una orden judicial; y permite convalidar el exabrupto de quienes maquinan el uso de las normas de inferior jerarquía aplicándolas como si fueran el orden superior normativo del Estado.

3149. CSJN, 5/3/2002, "T.15 XXXVIII", *La Ley, suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo*, del 26/4/02, p. 17, con nota de Lamela, Pablo Fernández.

Vale decir, si la Constitución y los derechos humanos obrantes en el bloque de constitucionalidad englobado en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, tutelan y defienden el derecho de propiedad, no se ve cómo por regulaciones infraconstitucionales (y de dudosa legalidad como son las Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina), Decretos de Necesidad y Urgencia que no han tenido ratificación legislativa; o inclusive, con leyes cuya inconstitucionalidad se presume sin demasiado esfuerzo, se pueda afectar el derecho individual obtenido de un mandato judicial que, analizando las circunstancias del caso, ordenó la medida cautelar estimada más conveniente.

Es evidente que esta norma necesita de un esclarecimiento técnico, pues no puede el Poder Ejecutivo disponer la anulación de providencias ya dictadas, ni pretender que ellas no se apliquen sin dar una respuesta de seguridad equivalente con la preventiva lograda. ¿Cómo puede el Estado, reconocidamente insolvente, garantizar que los fondos cuya orden judicial de embargo y/o secuestro se ha dispuesto, se mantendrán intangibles y a disposición del juez de la causa mientras dure el proceso?

¿Cómo pretende modificar el sistema cautelar de la discrecionalidad técnica obligando a prohibiciones de innovar que, de hecho, suponen admitir que se garantiza lo que no se puede cumplir? Es evidente, entonces, que la medida de no innovar es la cautela más perjudicial que recibe el litigante, y por eso, es un contrasentido su regulación.

No escapa, asimismo, observar que existe una indebida intromisión del Estado en las regulaciones entre particulares, porque bien podría cada banco ofrecer garantías alternativas para el crédito que contra él tiene el demandante. Inclusive, si la doctrina tradicional que emite la jurisprudencia sostiene que la prohibición de innovar no puede interferir en un proceso distinto de aquel en que se la solicitó, toda vez que un juez no tiene imperio para imponer tal medida respecto de otro de igual jerarquía, menos aún se puede admitir que sea una disposición legal la que anule las facultades judiciales emergentes de normas de superior jerarquía, como son las que provienen de la organización constitucional del poder judicial.

604.7 Sumas depositadas en el Banco Central

También se ordena la prohibición de ejecutar medidas cautelares sobre fondos de propiedad del Banco Central de la República Argentina (BCRA), aunque estén por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras. Esto es un silogismo que no puede aplicarse con lógica, más allá de los argumentos que en su favor se puedan realizar.

En efecto, cuando se ingresa al tesoro de una entidad financiera, a través de una medida cautelar de embargo y secuestro, lo único que se ve es dinero sin ningún cartel indicador de su titularidad. De otro modo, seguramente el Estado no habría echado mano a la utilización de esos recursos que no eran propios, y como no lo están, creemos que por equívoco decidió utilizarlos para responder a compromisos asumidos. En la disposición comentada esta deducción en apariencia inocente no lo es tanto porque constituye un artilugio que pretende, a través de asientos contables, indisponer aun más la liquidez que deben tener las entidades para afrontar las deudas con sus ahorristas.

También el artículo 3 de la Ley N° 25587 es inaceptable. Condiciona con presupuestos innecesarios la procedencia de la única medida cautelar autorizada que es la prohibición de innovar. Inserta en un trámite que se debe dictar sin oír a la otra parte, a quien probablemente sea uno de los sujetos pasivos de la acción y obstaculiza con requerimientos burocráticos e inoficiosos, la admisión de una medida que tiene como únicas condiciones la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Por eso esta norma es inconstitucional. Como ya hemos dicho, para que resulte admisible una medida de no innovar en el marco de lo previsto por los artículos 230 del Código Procesal y 15 de la Ley N° 16986, se exigen dos requisitos: a) la verosimilitud del derecho invocado, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho y, b) el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva no pueda realizarse en los hechos; es decir, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

Inclusive, aun manteniendo dudas respecto al tiempo procesal en que debe o puede ser dictada la prohibición de innovar (es decir, si requiere o no de proceso iniciado), lo cierto es que se da intervención al BCRA por cuestiones absolutamente ajenas a lo que es propio de su función.

Es solamente el juez quien debe estudiar la fehaciencia del título que sostiene la presunción de actuar con derecho (*fumus bonis iuris*), y para ello, jamás se ha requerido la intervención de agentes extraños al proceso; mucho menos si estos son o serán partes.

Con el criterio establecido, bastaría con que el BCRA dijera que el documento no es "legítimo" (porque increíblemente la ley pide que la entidad se refiera sobre la existencia y legitimidad documentaria) para impedir que se diera una medida cautelar, en un proceso donde después deberá intervenir. De este modo, consigue una ventaja procesal inaceptable que quiebra las reglas del principio de igualdad de las partes en el proceso.

604.8 Recursos

Los desaciertos mayúsculos que tiene la Ley N° 25587 se tornan de extrema gravedad en el sistema recursivo dispuesto. El legislador no advierte que estas medidas, como todas las cautelares, tienen carácter provisional y son esencialmente mutables; por tanto, ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento (art. 198, 1er. párr., CPCCN).

El régimen procesal que se aplica en las medidas cautelares se debe guiar por las disposiciones del artículo 198, es decir, se podrán impugnar por vía de reposición, con apelación subsidiaria o directa, en su caso.

El cuarto apartado aclara que el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo. Por su parte, la novedad agregada en esta norma de emergencia (art. 4) pretende que la apelación se conceda con efecto suspensivo y que, en las causas pendientes de estudio (ex art. 195 *bis*) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estas sean devueltas a la Cámara Federal competente en cada caso (art. 8), para que adecue el trámite a las normas vigentes.

Ambas cuestiones son inconsistentes, y claramente inconstitucionales, porque introducen reformas procesales contradictorias con el régimen general (provocando desaciertos e inseguridad jurídica), y no tienen en cuenta que los procesos que indica el artículo 1 deben estar vinculados a una causa exclusiva de circunstancias que los torne aplicables.

Por el caso, es menester advertir que la gran mayoría de acciones que se pretenden socavar en esta ley, son procesos de amparo, cuyo régimen procesal también es distinto (y especial).

Veamos puntualmente los errores.

1. El artículo 1 establece que sólo se puede disponer la prohibición de innovar, que se encuentran prohibidas todas las demás cautelares y las que, aun con otra denominación (*v. gr.* medida autosatisfactiva) coincidan con la pretensión o el objeto de la sentencia. Esta disposición confrontada con el artículo 4 muestra que la apelación sólo es factible para quienes, actualmente, tengan ordenada una precautoria de este carácter o sean aquellas nominadas como de tutela cautelar material, porque las otras, como embargos, secuestros, inhibiciones, etcétera, no están alcanzadas por el texto legal.
2. El artículo 1 se refiere a procesos judiciales de cualquier naturaleza, que analizado con el recurso de apelación del artículo 4 no resuelve los plazos y términos diferentes que entre ellos existe. La Ley N° 16986 que reglamenta el juicio de amparo dice en su artículo 15: "sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado". El plazo de interposición es de 48 horas contados desde que se notifica la resolución y debe presentarse fundamentado. El trámite de admisión concede o deniega, en ambos efectos, debiendo elevar de inmediato al tribunal de alzada dentro de las 24 horas. Si el recurso se deniega, la parte puede efectuar una presentación directa ante el tribunal de apelación en el plazo de 24 horas de ser notificado. La sentencia, en ambos casos, se debe dictar en el término de tres días. Por su parte, ya hemos advertido cómo son los plazos y términos cuando existen agravios contra medidas cautelares dispuestas, de manera que simplificando la exposición, queda elocuentemente demostrada la confrontación entre normas.
3. El artículo 5 de la ley reglamenta el trámite del recurso, disponiendo que no sea el tribunal a quo quien otorgue la admisión, sino que se eleven a Cámara de inmediato para que esta sustancie los agravios, otorgando cinco días para que se contesten.

Sin considerar la diferencia de plazos que en materia de amparo exigen rapidez y *expeditividad* (art. 43, CN), ni cuestionar las facultades exageradas que se otorgan a la Cámara, que puede revocar o modificar los alcances de la medida cautelar; cabe observar que la bilateralidad que se acuerda es impropia con el régimen *inaudita pars* que rige en materia de providencias precautorias.

Tanto el primer párrafo del artículo 198 como el artículo 273 dejan en claro que no hay sustanciación del recurso cuando la queja proviene de quien tiene rechazada la cautelar que pretende. En consecuencia, nada se dice respecto a la denegatoria de cautelares, ni al régimen procesal que para ellas se piensa. Por ello, siguiendo los principios generales, en esta cuestión debe regir el Código Procesal.

Entonces, ¿qué sucede si es la Cámara quien otorga la medida?, ¿a quién hay que plantearle la discrepancia? Creemos que esto sólo es atacable por reposición y en el plazo del artículo 238 y con las formas del artículo 240 del Código Procesal. Lo grave de la situación es que al abrir una instancia contradictoria ante la Alzada, únicamente se piensa en la confirmación, revocación o modificación de las precautorias, sin dar posibilidad a que ellas se acuerden, pues no se ha previsto esta facultad en la Alzada.

Claro está que es un error más del texto legal, de manera que se corrige aplicando los principios generales de las potestades revisoras que tiene la Cámara de Apelaciones.

4. El artículo 8, finalmente, dispone que los recursos pendientes de sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberán ser resueltos por las Cámaras de Apelaciones adecuando el trámite a lo establecido en los artículos precedentes.

   Si tenemos en cuenta que los artículos precedentes son aquellos que establecen que solamente se pueden decretar medidas de no innovar, que estas serán apelables con efecto suspensivo; que las autosatisfactivas se deberán revocar o modificar por prohibiciones de innovar; que se dará bilateralidad a un trámite que, esencialmente, se debe resolver *inaudita pars*, con todo ello podrá concluirse en la más severa restricción al Estado de

Derecho que se haya conocido desde que nuestro país y su jurisprudencia prohíja los excesos de los Estados de emergencia.

605. La tutela cautelar contra la administración

Así como la ley anterior se posiciona en el muestrario de las acciones que emprende el Gobierno, la administración y el propio Congreso de la Nación, local y/o provincial para impedir que sus actos sean controlados por la justicia; también el libre desenvolvimiento de la justicia tiene autorrestricciones que derivan en un fenómeno de limitaciones, a veces prudente y otras totalmente infundamentadas.

Es cierto lo que afirma Juan Carlos Cassagne:

> … nadie sustenta hoy –como antiguamente– la irrevisibilidad *in totum* de la discrecionalidad administrativa; pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa. Se puede advertir, entonces, que el proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo, ya que al poner el acento en dos órganos distintos del Estado (Ejecutivo y Judicial), genera consecuencias radicalmente diversas. Así, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos.[3150]

Con estos parámetros la tutela cautelar sufre el impacto del análisis de consecuencias, de modo que la medida a adoptar (*v. gr.* suspensión del acto administrativo; prohibición de contratar; embargo, etc.) no sólo judicializa la decisión de Gobierno, sino que altera e incide en los derechos individuales o colectivos. Por eso, cuando la precautoria supone en sí misma la protección del derecho, tiene que velar para que no influya desde lo individual al perjuicio general, a cuyo fin será

3150. Cassagne, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa", *LL*, 2008-E-1056.

preciso analizar si la admisión corresponde a un ámbito de la tutela cautelar individual, o en su caso, si encuentra proyecciones en derechos colectivos que podrán quedar o no alcanzados.

Posiblemente la jurisprudencia se orienta conforme los parámetros que llegan del modelo norteamericano de control de constitucionalidad, en los que el examen de razonabilidad depende del derecho constitucional afectado, antes que del perjuicio sufrido en un derecho patrimonial o convencional. El interés público prevalece sobre el derecho subjetivo individual.

En efecto:

> La Corte Suprema distingue entre el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que incursionan en el ámbito socio-económico y que afectan derechos de naturaleza económica ("*economic rights*"), en especial el derecho de propiedad y la libertad contractual, y el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que afectan derechos de naturaleza no económica ("*noneconomic rights*"), entre los que se encuentran el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad religiosa, y otros derechos fundamentales.[3151]

A diferencia de este criterio, en Europa y particularmente en España, se habla de una "constitucionalización de la protección cautelar",

3151. El origen de esta distinción se remonta a la célebre nota de p. 4 del juez Stone en el fallo "*Carolene Products*" (304 U.S. 144) (1938). En este, la Corte Suprema estadounidense estableció una fuerte presunción de constitucionalidad de las regulaciones socio-económicas y subrayó que no iba a declarar inconstitucional una regulación socioeconómica por falta de adecuación entre el medio elegido y los fines perseguidos, a menos que dicha regulación careciera de toda base racional. Sin embargo, en esa nota de página, el juez Stone destacó que dicha presunción de constitucionalidad no existía en otro tipo de casos, y afirmó: "a) puede haber una visión más estrecha para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparece *prima facie* dentro de una prohibición específica hecha por la Constitución, como es el caso de las diez primeras enmiendas, que son igualmente específicas cuando se las aplica como incorporadas a la decimocuarta; b) es innecesario considerar ahora si la legislación que restringe a aquellos procesos políticos de los que se puede esperar habitualmente la derogación de legislación indeseable, debe estar sujeta a un escrutinio más estricto... que lo que son la mayor parte de otros tipos de legislación [...]; c) ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial que tiende seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que puede convocar a una más inquisitiva investigación judicial" (Rivera (h), Julio César, "¿Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia socio-económica?" *LL*, 2002-D-1116).

que es propio de la evolución habida en la justicia administrativa que no tolera ya el privilegio de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones.

Precisa Eduardo García de Enterría:

> … la ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, arts. 129 y ss., ha operado una transformación paralela, aceptando con normalidad medidas cautelares positivas, de cualquier contenido en principio, y aun medidas provisionalísimas adoptadas *inaudita parte*, aunque desconozca aun medidas autónomas, no incidentales de un proceso principal, alguna de las cuales, por cierto, vienen impuestas por el Derecho Comunitario.[3152]

Concluye que esta dimensión que se adopta prácticamente en toda la Unión Europea:

> Si el siglo XX ha sido el siglo del juez del exceso de poder, el que dice el Derecho y anula lo ilegal, el siglo XXI podría muy bien ser el juez de la *plena jurisdicción* esto es, de la protección de derechos subjetivos, lo que implica una ruptura de derecho positivo y más aún, una ruptura de clima y de cultura.[3153]

El cambio acompaña también las innovaciones en materia de justicia administrativa[3154] que se proyectan hacia todos, emitiendo un criterio distinto al de consideración tradicional para las medidas cautelares. Es decir, ya no se trata de evaluar los presupuestos comunes a estas providencias, sino de advertir si el principio de ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos puede impedir el control de legalidad u obstruir que se dicten medidas provisionales. La respuesta es negativa, principalmente porque las leyes procesales propician una limitación exagerada cuando se trata de aplicar medidas cautelares contra el Estado, de forma tal que los jueces prefieren tomar argumentos de las leyes de procedimiento administrativo que, pese a sus contrariedades, tienen más flexibilidad y discreción para la actuación jurisdiccional.

Por ejemplo, la Ley nacional argentina (Nº 19549) prevé la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de interés público, para evitar perjuicios

3152. García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Querétaro, Fundap, 2003, p. 73.

3153. Ibídem, p. 77.

3154. Cfr. Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 28 y ss.

graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; condición que, de no quedar resuelta de oficio, se extiende al poder cautelar de los jueces con medidas que exceden de la simple suspensión de ejecutoriedad.

El criterio se observa en la mayoría de los ordenamientos procesales de nuestras provincias, que usan las leyes administrativas en lugar de los Códigos rituales, lo cual significa no utilizar los presupuestos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, sino de ampliar el estándar de la suspensión para conseguir más eficacia con medidas que pueden coincidir (satisfacción inmediata o autosatisfactivas) con el fondo del problema planteado.

Para corresponder nuestras afirmaciones tomemos el caso del artículo 177, párrafo final del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires:

> Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas en este Código.

Surge así que el desplazamiento de los presupuestos tradicionales se cambia por otros de mayor elasticidad como resultan: a) la modificación perjudicial del *statu quo*, b) el perjuicio irreparable, c) la inoperancia de la sentencia, d) el cumplimiento imposible de ella, e) la complicación de saneamiento posterior, etcétera.

605.1 Tutela diferenciada

Evidentemente la tutela cautelar dispuesta contra la administración es una modalidad de las tutelas diferenciadas, porque no se reduce al modelo conocido de las precautorias clásicas, al permitir la imaginación creativa del juez que atiende el conflicto del administrado.

Es verdad que en nuestro país, bajo la consigna que emana de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cada vez que un particular requiere una medida cautelar contra el Estado, se le exige

cubrir los requerimientos del artículo 230 del Código Federal,[3155] que significa acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y un cuidadoso resguardo del interés público comprometido. No obstante, los parámetros, aunque se parecen, son disímiles, al quedar ponderados otros valores y circunstancias que justifican la adopción de medidas distintas y con fundamentos diferentes.

Precisamente la primera misión de este nuevo emplazamiento para las medidas cautelares es impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución,[3156] y reconocer que los jueces tienen un deber funcional implícito como es el control y fiscalización del obrar del gobierno y la legislación. A tal fin, dice García de Enterría:

> … las nuevas medidas cautelares no han de limitarse únicamente al caso de abuso manifiesto *icto oculi*, a las arbitrariedades patentes o manifiestas. Con toda frecuencia –con la mayor frecuencia, es justo decir– los órganos administrativos actúan con perfecta buena fe tanto en la persecución de fines públicos como en la observancia de los preceptos legales que hacen lícita esa actuación y, no obstante, los tribunales contencioso-administrativos pueden declarar ilegalidades en los actos resultantes. No se pueden manejar en el derecho administrativo como criterios ordinarios conceptos que encajan más adecuadamente en el derecho penal, como "intención de dañar", *animus* de causar el ilícito, injusticia a sabiendas; el principio de legalidad tiene un funcionamiento más objetivo, menos personal, aunque con él se protejan las libertades de los ciudadanos. La protección de la legalidad y de los derechos no se hace en los procesos por la vía de sancionar a la Administración culpable de la infracción. Quiero decir que "la apariencia de buen derecho", concepto básico en la línea jurisprudencial, no necesita para nada apoyarse necesariamente en el dolo, en una deliberada actitud de la otra parte para burlar la ley: el "buen derecho" de una parte no descansa necesariamente en la mala fe de la contraria, obviamente. No puede entenderse, pues, la "apariencia de buen derecho" sobre el criterio único de la ostentabilidad o de la ausencia de buena fe en la Administración. Esa apariencia puede y debe examinarse sobre un análisis sumario de las respectivas posiciones, valoradas ambas sobre el único criterio de legalidad.[3157]

3155. Cfr. CSJN, Fallos, 307:1702; 307:2270; 317:581; 318:2374, entre muchos más.

3156. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Cívitas, 1992, p. 179.

3157. Ibídem, pp. 179/180.

605.2 Presupuestos de las cautelares contra la administración

La procedencia de medidas cautelares contra la administración no difiere de las demás precautorias en cuanto a la reunión de presupuestos. La diferencia se encuentra en afirmaciones, no siempre constantes, en las que se señala que la verosimilitud en el derecho debe ser apreciada con mayor rigurosidad en razón del principio de ejecutoriedad del acto administrativo y/o de la presunción de legitimidad del acto legislativo.

La ausencia de un criterio cierto permite encontrar grados en la apreciación del "*fumus bonis iuris*", para razonar con mayor severidad respecto al probable interés público comprometido. Al respecto, aclara Carlos Vallefín:

> Cuando la medida cautelar no persigue mantener el statu quo existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado, requiere además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida precautoria, esto es: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable.[3158]

Este perjuicio puede ser considerado en ambos frentes, es decir, o relacionado con la afectación que sufre el Estado o con el padecimiento que se infringe al individuo. Inclusive, hay una tercera línea que sostiene que la prohibición de innovar cuando actúa como suspensión del acto administrativo no es una medida cautelar y por tanto requiere analizar este presupuesto con otras exigencias.[3159]

3158. Vallefín, Carlos, *Protección Cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo Perrot, 2002, p. 62.

3159. Los presupuestos de las medidas cautelares contra la administración son similares a los de las medidas cautelares en cuanto exigen la existencia, *prima facie*, de ilegalidad o nulidad en el acto atacado, y la posibilidad de sufrir un daño grave o irreparable en caso de no hacerse lugar a la medida, además de la ausencia de interés público comprometido. El CCAyT no contempla, en cambio, la necesidad de prestar contracautela, o bien de dar "fianza bastante", como lo exigen buena parte de los Códigos provinciales. Sin perjuicio de ello, consideramos –dice Balbín– que también debería exigirse la concurrencia de este último requisito, por surgir implícitamente de los arts. 6 de la Ley 7 (que hace expresa mención a la exigencia de fianzas o cauciones) y 207 del CCAyT (que contiene una aplicación puntual del instituto para la intervención judicial), y por corresponderse, además, con la naturaleza de las medidas precautorias [...] Entendemos que los dos requisitos enumerados por la norma deben concurrir en forma conjunta a efectos de tornarla procedente, si bien resulta aplicable en la materia la conocida doctrina

La existencia de *perjuicios irreparables* en el administrado exige demostración y fundamentos, pues ha dicho la Corte Nacional, entre otros casos:

> … si no se sustentó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría la actora de no concederse la medida cautelar solicitada, no existen razones suficientes para adoptar una decisión tan grave como eximirla del cumplimiento de lo ordenado por la ley, que debe ser acatada hasta tanto se resuelva sobre su validez constitucional.[3160]

De igual alcance, pero en sentido inverso al interés del Estado, resulta la afirmación del mismo tribunal:

> … no concurren los supuestos excepcionales que permiten apartarse del principio que rige la materia respecto del pronunciamiento que –al hacer lugar a la medida cautelar– suspendió los efectos de la resolución del COMFER que revocó la que había conferido una licencia para la instalación y explotación de una estación de radiodifusión sonora por frecuencia modulada, pues la medida dispuesta tiene efectos limitados, tanto en lo que respecta a su beneficiario como en lo concerniente a su duración, y el apelante no demostró que le causa un perjuicio irreparable.[3161]

---

según la cual los presupuestos de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar. Fundamos nuestra afirmación, en ese sentido, tanto en la circunstancia de resultar aplicables los principios generales en materia de medidas precautorias, cuanto en la consideración de que, de no exigirse la presencia de ambos requisitos, bastaría con acreditar la gravedad del daño para obtener la suspensión de un acto administrativo, aun cuando el mismo no ostentare una ilegalidad manifiesta, lo cual conspira contra la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de que goza el acto, con arreglo al art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma resulta aplicable tanto a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuanto a la de los hechos y los contratos, entendemos que el análisis de los requisitos de procedencia de la cautela debe efectuarse con menor rigor cuando lo que se presente no sea la suspensión de un acto administrativo, sino la de una vía de hecho de la Administración, pues en este supuesto no existe la presunción de legitimidad ni la fuerza ejecutoria que caracterizan a los primeros (*Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, comentarios al art. 189).

3160. CSJN, Fallos: 320:1027, "Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 250 C.P.C.)".

3161. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Fallos: 327:5068, "Radio Productora 2000 S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación".

El perjuicio también se resuelve desde la *amenaza cierta* de concretar un peligro inminente, que como en el caso anterior encuentra doble lectura. Para el Estado suspender una licitación en curso, una construcción que si se paraliza lleva más riesgos que los eventuales reclamados, o cualquier otra donde la balanza mide el perjuicio general con el individual, admite resolver con esa vara. No obstante, desde la posición del individuo, el grupo o la clase, la ponderación tiene igual relevancia.[3162]

Otra variable es resolver la admisión cautelar considerando la naturaleza del derecho y su incidencia patrimonial, conforme al cual la carga de acreditar el peligro que supone la ejecución del acto será mayor en las cuestiones económicas respecto de aquellas que no tienen tal compromiso.[3163]

3162. Al mediar suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada por la situación de emergencia extrema, como así también de un medio de trasporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (CSJN, Fallos: 330:4134, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento"). Cabe hacer lugar a la medida cautelar requerida en el marco de la acción de amparo promovida contra la provincia de Salta y el Estado Nacional, ordenándose de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia, pues media suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del CPCCN, y resulta aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4° de la Ley N° 25675, limitándose su alcance a las autorizaciones otorgadas durante el último trimestre del año 2007. Ello en atención a que los demandantes no individualizaron con precisión cuáles eran los desmontes o talas de bosques nativos autorizados que afectaron las áreas de influencia de las comunidades que representan, destacando especialmente que en aquel período se verificó un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a tales efectos (CSJN, Fallos: 331:2925, "Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo").

3163. El peligro en la demora se manifiesta en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos el perjuicio patrimonial invocado –que parece vislumbrarse dentro del estrecho marco de conocimiento que permite una medida cautelar–, lo que aconseja –hasta tanto se dicte sentencia definitiva– mantener con el alcance indicado el estado anterior al dictado de la ley provincial cuya constitucionalidad se cuestiona (disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni) (CSJN, Fallos: 331:108, "Nobleza Picardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"). No corresponde hacer lugar a la medida cautelar por medio de la cual se ordene a la provincia que, por un lado, suspenda la intimación de pago cursada por la autoridad fiscal y, además, que se

605.3 La inembargabilidad de los bienes públicos

Otro condicionamiento que suele argumentarse en contra de la disposición de medidas cautelares contra el Estado trabaja con el criterio de susolvencia, que no necesitaría resguardar el crédito eventual, ni asegurar un derecho que se puede cumplir en la ejecución.

A veces, la presunta solvencia se desplaza por la necesidad de resguardar el equilibrio presupuestario, a cuyo fin se establecen disposiciones de neto carácter económico cuya constitucionalidad se debate. Por ejemplo, la Corte Suprema ha planteado lo siguiente:

> El principio de la unidad de la hacienda estatal –art. 2° y concordantes de la Ley 23982– refleja la íntima conexión existente desde el punto de vista de la realidad económica entre el Presupuesto General de la Nación y los presupuestos de las administraciones descentralizadas, y resultaría desvirtuado si se lo entendiera con el limitado alcance de que estas últimas pueden valerse de los privilegios establecidos en favor del Estado Nacional (*v. gr.* el carácter de orden público de dicha ley, el efecto meramente declarativo de las sentencias pronunciadas contra ellas, la inembargabilidad de sus cuentas y bienes, y la sujeción a un particular régimen de ejecución de sentencias; confr. arts. 22 de la Ley 23982, 19 y 20 de la Ley 24624, y concordantes), tal como si se trataran de una sola y misma persona.[3164]

Por eso, suele rechazar las defensas relativas que se fundan en normas de consolidación e inembargabilidad de fondos estatales, porque estima que conducen a frustrar el derecho a la jurisdicción y de propiedad.[3165]

---

abstenga de promover acciones ejecutivas por cobro de los tributos en cuestión hasta tanto se haya dictado sentencia, pues la interesada no demostró el grado de afectación patrimonial que le ocasionaría, en su particular situación económica, hacer frente a los importes que concretamente le reclama el organismo recaudador (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni). CSJN, Fallos: 330:4144, "T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ amparo". Corresponde revocar la decisión que decretó la medida cautelar mediante la cual se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de ejecutar los importes adeudados por la actora por obligaciones fiscales (CSJN, Fallos: 321:695, "Buenos Aires Catering c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)".

3164. CSJN, Fallos: 328:2851, "The Bank of New York S.A. c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ incumplimiento de contrato".

3165. CSJN, Fallos: 329:1715 "Amapola S.A. c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ incumplimiento de contrato".

De todas maneras se reconoce que las Leyes N° 23696 (emergencia económica), N° 23697 (reforma del Estado) y N° 23982 (consolidación de la deuda pública); los Decretos N° 2284/91 (desregulación económica) y N° 290/95; y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley N° 24624 con relación a la inembargabilidad de cuentas y fondos públicos, entre la numerosa legislación de emergencia que caracteriza varias décadas de nuestro país, ponen de manifiesto la intención legislativa de regular lo relativo al estado financiero patrimonial del Estado central, provincial y las Administraciones locales. Ello no significa dejar sin protección al particular o la empresa, sino de poner condiciones para su procedencia.

Por ejemplo, la Ley de la provincia de Santa Fe N° 11696, que dispone la inembargabilidad de los bienes del Estado provincial, de sus entes y empresas, sin contar con la previa habilitación del Congreso Nacional mediante el artículo 19 de la Ley N° 23982, no fue dictada dentro del marco de atribuciones propias de la Legislatura local, por lo que la Corte desecha su invocación dado que involucra cuestiones vinculadas al modo en que se cancelarán las acreencias, que son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional.[3166]

Además, la oposición se debe dar en tiempo y forma porque todo lo atinente al procedimiento de cobro e inembargabilidad de las cuentas públicas provinciales debe ser planteado en la oportunidad en que la actora pretenda medidas sobre los fondos públicos de la demandada.[3167]

3166. CSJN, Fallos: 327:887, "F.N. (A.F.I.P. - D.G.I.) c/ Empresa Provincial de la Energía s/ ejecución fiscal - incidente de levantamiento de embargo".

3167. CSJN, Fallos: 329:5343, "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/ Formosa, Provincia de s/ejecución fiscal".

Capítulo LXXIX
Las personas ante las medidas cautelares

606. La protección de personas

También las medidas cautelares se pueden aplicar a personas con el fin de asegurar la integridad física, resguardar el patrimonio o satisfacer sus necesidades básicas urgentes. Están pensadas para proteger la seguridad personal y la provisión de necesidades básicas; pero admiten un sentido preventivo cuando se ordenan sobre las personas ciertas acciones de hacer o no hacer, destinadas a objetivos diversos (*v. gr.* conservar la unidad familiar asignando el hogar conyugal a sólo uno; impedir la salida del país para evitar la fuga de responsabilidades personales o patrimoniales, etc.).

Estas acciones precautorias están en las leyes sustanciales, en los Códigos Procesales y también en Tratados y Convenciones internacionales. Del primer grupo son los artículos 434 y subsiguientes, 525, 544 y concordantes del Código Civil y Comercial; también la Ley N° 26061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) que introdujo importantes cambios; el régimen procesal establece la guarda de personas en el artículo 234, y la protección del presunto insano que pueda ofrecer peligro para sí o para terceros (art. 629, CPCCN). Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un ejemplo de la última modalidad.

La urgencia para resolver la subsistencia de una persona se determina en varios modelos de atención. Los *alimentos provisionales* y las *litisexpensas* son coberturas excepcionales destinadas a proteger la continuidad del nivel económico del que gozara el asistido durante el tiempo de convivencia que se disuelve a causa del juicio de divorcio (arts. 119, 432 y concordantes del Código Civil y Comercial).

La guarda de personas se regula en el artículo 234 del Código Procesal de la Nación, con finalidades distintas. Entre ellas, para impedir que una *mujer menor de edad* contraiga matrimonio sin la autorización

de los padres; o cuando ella pretende *entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores.* Asimismo, se resguarda a *menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales.* También cuando ellos son abandonados o carecen de relación familiar alguna; o cuando teniéndolos entren *en pleito con sus representantes legales,* donde *se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos.*

El artículo 37 de la Ley N° 26061 dispone como *medidas de protección*, sin que se considere a ellas como taxativas sino simplemente enumerativas, las siguientes:

a. Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
b. solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
c. asistencia integral a la embarazada;
d. inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
e. cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
f. tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
g. asistencia económica.

El artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, muy rica en acciones positivas y provisionales destinadas a fomentar, desarrollar y proteger al menor y adolescente, dice:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas

sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

607. Alimentos provisorios urgentes

El Código Civil y Comercial regula los derechos alimentarios en el Capítulo Segundo (Deberes y derechos de los parientes), Sección 1ª (Alimentos), artículos 537 y siguientes.

> Artículo 537. *Enumeración*. Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: *a)* los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; *b)* los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Los alimentos provisorios se reglamentan en el siguiente artículo:

> Artículo 544. *Alimentos provisorios*. Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios.

Incluso –dice Kielmanovich–:

> … se ha aceptado la fijación de cuotas provisorias de alimentos mientras dura la tramitación del juicio de filiación y el título invocado para su reclamo sólo se ha acreditado "superficialmente", esto es, cuando el derecho en tal contexto aparece como meramente "verosímil (*v. gr.* a favor de la titulada hija del demandado sin sentencia que admitiera aún su filiación). La admisibilidad de la medida que, como se ha dicho, tiende a cubrir las necesidades *mínimas* o *imprescindibles* del alimentado durante el proceso.[3168]

La fuente procesal también puede hallarse en el artículo 232 del CPCCN, toda vez que constituye una medida de carácter urgente que pretende asegurar, provisionalmente, el cumplimiento de la sentencia.

3168. Kielmanovich, Jorge, *Procesos de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 57.

Sin embargo, el molde técnico puede perturbar la eficacia, si no se le asigna carácter provisorio y se otorga efecto devolutivo al recurso probable contra la resolución que las admite. Por ello, parece necesario eludir el capítulo de la autonomía por ser preferente la naturaleza cautelar, más allá de la evidente necesidad de contar con un régimen propio para las medidas cautelares en el derecho de familia.[3169]

La pretensión de alimentos provisorios es cautelar por su carácter y destino: quiere satisfacer necesidades impostergables de las personas. Y a sabiendas de que el Código Procesal no tiene este modelo, no se puede dilatar la decisión sin advertir el paralelo que tiene con los presupuestos del artículo 230 ya citado.

El problema deviene con la ejecución del pedido, y si corresponde o no oír al alimentante. Palacio considera que no procede ordenar una cuota alimentaria provisional sin escuchar al obligado:[3170]

> … conforme al régimen instituido respecto a ese proceso por el CPN y ordenamientos afines, la cuota alimentaria provisional debe fijarse una vez celebrada la audiencia preliminar prevista en el artículo 639 de aquel sin que en ella se haya logrado un acuerdo de partes, y aun en el caso de que el demandado no haya comparecido a ese acto, siempre, desde luego, que el actor haya acreditado la verosimilitud del derecho. Verificado, pues, este último acreditamiento, no obstan a la fijación de la cuota la incomparecencia inicial del demandado ni la circunstancia de que se encuentre pendiente de producción alguna prueba ofrecida por este.[3171]

Para Kielmanovich, la bilateralidad no es lo fundamental sino el carácter cautelar que se debe imprimir a la decisión, de manera que tanto se sustancie o no, o se convoque a una audiencia para oír a las

3169. Así lo propone Kielmanovich, en Ibídem, p. 58. También se afirma que los requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de familia –en el caso, la suspensión del régimen de visita acordado al padre respecto de sus hijos menores– presentan características propias y diferentes al régimen general de orden patrimonial establecido por nuestro ordenamiento procesal. Ello implica adecuar los principios que rigen el instituto a las particulares características que presentan este tipo de acciones, en las que la apreciación estricta del cumplimiento de ciertos recaudos podría redundar en un perjuicio irreparable en la persona o en las relaciones familiares (CNCiv., Sala M., 8/5/2007, "G., C. c./ B., H. A.", *DJ*, 2007-III-1212).

3170. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 271.

3171. Ídem.

partes y decidir su establecimiento[3172] lo esencial es considerar el objeto a satisfacer con urgencia. Coincidimos con esta afirmación porque hace al contenido mismo de asistencia que persiguen los alimentos; además, como la procedencia se condiciona a la prueba que demuestre la necesidad inmediata de socorro que vienen a suplir con su acreditación los presupuestos cautelares propios (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), queda firme el sentido provisional y de anticipo jurisdiccional que la medida supone.

Con ello estamos diciendo que los alimentos provisorios urgentes no requieren demostrar la verosimilitud del derecho, lo que no significa eliminar todo tipo de prueba pues el artículo 545 del CCyCN dice:

> *Prueba*. El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado.

Además, agrega el artículo 546:

> *Existencia de otros obligados*. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance.

La cuota fijada se mantiene hasta que se resuelva definitivamente la cuestión, sin perjuicio de la posibilidad de incidentes de aumento o reducción. Los alimentos atrasados que se pueden percibir lo son desde que se establece la pensión definitiva.

Finalmente:

> … la fijación de alimentos provisorios como medida cautelar no está sujeta al régimen de *caducidad* contemplado en el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que ello empero signifique que no pueda fijarse un plazo para la deducción de la demanda una vez habilitada la instancia, con el expreso apercibimiento de disponerse el inmediato levantamiento de aquella en caso de incumplimiento.[3173]

3172. Kielmanovich, Jorge, *Procesos de Familia*, *op. cit.*, p. 59.

3173. Ibídem, p. 60. Asimismo, el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. I, p. 365 agrega: "La fijación de alimentos provisionales que autoriza el artículo está sujeta a un término de *caducidad* diverso del previsto por el art. 207, ley del rito, desde que los mismos quedarán sin efecto *si no se iniciare el juicio correspondiente* dentro de los 30 días,

608. Litisexpensas

Se llaman *litisexpensas* a los gastos necesarios que se deben invertir en el proceso de divorcio, y que asume uno de los cónyuges a favor del otro merced a lo dispuesto en los artículos 544 y 550 del Código Civil y Comercial, que los acuerda al actor que justifica y prueba la falta de medios para afrontar el juicio.

La prestación de litisexpensas trabaja como medida cautelar en la misma dimensión que los alimentos provisorios urgentes; pero agrega el fundamento constitucional implícito en el derecho a ser oído (arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos), que significa consagrar el acceso a la justicia de quien carece de recursos económicos igualando así el derecho a tener un proceso donde ventilar sus conflictos.

No obstante, el derecho se limita a la prestación de solvencia para facilitar el trámite de divorcio, no así otras cuestiones que aun vinculadas a la separación de los cónyuges, no se relacionan con ellos, aunque sean cuestiones extrapatrimoniales de ambos.

El beneficio se concede sólo en caso de carencia de recursos, de modo tal que se debe demostrar la falta de medios, el estado de necesidad y las inversiones que se deben realizar (*v. gr.* tasa de justicia, actuaciones notariales). No obstante, en el concepto de *litisexpensas* no se involucra a los honorarios profesionales, pues estos no representan una erogación que debe efectuarse para promover un juicio o contribuir a su avance, sino que se devengan por la labor cumplida durante el desarrollo. Así, escapan a la finalidad de aquellas, que es evitar el eventual impedimento de acceso a la justicia por falta de recursos económicos.[3174]

Una vez que se otorga, tolera el recurso de apelación que debe concederse, con efecto devolutivo, porque si bien el instituto de las *litisexpensas* se encuentra contemplado en el Código Procesal Civil y

juicio que para nosotros es el de *alimentos* y no el principal (*v. gr.*, "disenso") en vista del cual se solicitó la guarda.

3174. CNCiv., Sala H, 11/8/1997, "P., M. M. c./ M., H. R.", *LL*, 1998-E-703; *DJ*, 1998-1-870. Para que sea procedente la fijación de litisexpensas no basta el mero reclamo. En efecto, por lo menos deben invocarse los gastos que la cuota tiende a cubrir, pues el objeto de la determinación consiste en satisfacer los gastos que resulten inmediatos y necesarios para afrontar el proceso de que se trate (CNCiv., Sala F, 28/3/1995, "V. de F., M. D. c./ F., D.", *LL*, 1995-D-329, *DJ*, 1995-2-1005).

Comercial de la Nación en un título diferente al de las medidas cautelares, participa de su naturaleza jurídica, ya que se trata de peticiones urgentes que deben ser ejecutadas de inmediato.[3175]

609. Atribución de la vivienda familiar

La atribución de la vivienda familiar se incorpora en el artículo 433, inciso f, del CCyCN, y es el artículo 444 el que establece los efectos:

> *Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar*. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.
> Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

La norma le concede al juez interviniente en el divorcio facultades para resolver situaciones que se plantean a raíz de la ruptura de la cohabitación de los esposos, entre los que se cuenta la atribución de la vivienda. La resolución se adopta en dos sentidos: para que uno de los cónyuges abandone la residencia familiar o para que se reintegre a ella quien la hubiera abandonado. En este caso, la "urgencia" que requiere la disposición mencionada, importa que el cónyuge que se encuentra fuera del hogar conyugal no posea vivienda ni pueda procurársela, o bien que tenga a su cargo la tenencia de los hijos menores.[3176]

En el supuesto de atribución exclusiva de la vivienda, el espíritu del precepto está dirigido a obtener paliativos para situaciones graves que se presentan en supuestos en los que, habiéndose llegado a un enfrentamiento que origina el juicio de divorcio, los cónyuges continúan

3175. Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, 16/9/2008, "García, Julio César y otros c./ Estado Nacional", *LL Litoral* 2/2009, p. 61.

3176. CNCiv., Sala E, 2/10/1987, "Z., A. c./ S., S.", *LL*, 1988-E-575; *LL*, 1988-D-348, con nota de Eduardo Zannoni; *DJ*, 1989-1-110.

viviendo en un mismo domicilio, por lo que se autoriza al tribunal a adoptar una decisión provisional, teniendo en cuenta al mejor interés que corresponda al núcleo familiar y ponderando las distintas posibilidades que las partes tengan para obtener una vivienda.[3177]

La medida se instala en el poder cautelar de los jueces donde cabe señalar que la función del juez de familia tiene naturalmente una libertad más amplia conforme con los derechos que se encuentran en juego.[3178] De este modo, acordando que se trata de una medida provisional, que se adopta por razones de urgencia cuando se anticipa a la demanda de divorcio, o con base en la justificación de necesidad manifiesto, la jurisprudencia recepta la decisión sin tener en consideración más que la evidencia, es decir, postergando el derecho verosímil (que lo da la misma situación de divorcio) y el peligro en la demora (implícito en la justificación del pedido, o en la resolución de oficio).

Con este encuadre se ha resuelto:

a. En primer lugar cabe dejar sentado un principio de carácter general, y es que la norma citada no confiere a ninguno de los cónyuges preferencia para permanecer en el hogar común, y por ende, tal cuestión debe dilucidarse de acuerdo a las modalidades del caso en particular.
b. La guarda provisoria de los hijos que el juez debe acordar en las etapas iniciales del juicio tiene importancia, ya que si este entiende que la separación es necesaria, lo razonable es que asigne el hogar al cónyuge a quien atribuya la tenencia provisoria de los menores, desde que carece de sentido excluir a la prole junto con quien debe ejercer la guarda. Igualmente se ha dicho que el cónyuge que no ejerce la guarda o tenencia tiene más facilidad para resolver el problema de la habitación.[3179]
c. Alguna jurisprudencia ha dado preferencia a la mujer para permanecer o reintegrarse al hogar conyugal, por la presunción de que el marido se halla en mejores condiciones de lograr otra vivienda.[3180]
d. Asimismo se ha tenido en consideración la circunstancia de que el domicilio sea el lugar de trabajo de uno de los cónyuges, o que allí

3177. CNCiv., Sala A, 16/6/1998, "S., G. O. c./ D., J. M.", *LL*, 1999-B-826; *DJ*, 1999-2-147.

3178. Cfr. Berizonce, Roberto Omar, "La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, "Medidas Cautelares", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 145 y ss.

3179. CNCiv., Sala C, 16/6/1989, "O. F. de F. S., M. V. c./ F. S., R.", *LL*, 1991-A-322.

3180. CNCiv., Sala B, 19/4/1988, "L. de R. C., E. c./ R. C., J. O.", *LL*, 1988-D-337.

desarrolle sus actividades profesionales. Aun cuando tal circunstancia no sea definitiva, se considera que ello puede ser tenido en cuenta, si la exclusión de quien ejerce en su casa determinada actividad lucrativa ocasionara un perjuicio que posiblemente afectara al conjunto de la familia.[3181]

e. Que el inmueble en que se encuentre el hogar conyugal sea bien propio de uno de los cónyuges o ganancial adquirido con el producto de su trabajo personal, o que pertenezca a sus padres.
f. En caso de que con anterioridad a la iniciación del juicio de divorcio se haya producido la separación de hecho de los cónyuges, quien haya permanecido en el hogar conyugal puede pretender un derecho preferente para mantener tal situación. Ello tanto cuando la separación sea producto de un acuerdo entre ambos, como cuando se haya producido por la iniciativa unilateral de uno de ellos, que puede revestir las características del abandono.
g. Lo anterior no descarta la posibilidad de que quien ha dejado el hogar conyugal a causa de la conducta del otro –malos tratos, injurias, etc., pueda pretender retornar previo alejamiento del cónyuge culpable.
h. La necesidad de permanecer en el hogar debido a una enfermedad o disminución física de uno de los esposos.[3182]

Algunos prefieren referir a medidas provisionales para ponerlas a tono con las disposiciones de los Códigos de fondo, lo que nada agrega porque las acciones son preventivas y razonan teniendo en cuenta el interés familiar a proteger, cuando se trata del esposo que queda a cargo de los hijos, o la imposibilidad o mayor dificultad que sufre uno de ellos para procurarse una vivienda, o la enfermedad de uno de ellos que determine la necesidad de quedarse en el inmueble, entre tantos supuestos de ponderación.[3183]

3181. CNCiv., Sala D, 20/8/1984, "F. de Z., G. B. c./ Z., H. E.", *LL*, 1985-C-648.

3182. Rugna, Agustín, "La exclusión o retiro del hogar conyugal durante el proceso de separación personal o divorcio vincular", *LL Gran Cuyo*, 12/2008, 1035.

3183. A la calidad esencialmente provisoria de la decisión sobre la atribución del hogar conyugal, se suma con singular relevancia la necesidad de protección del grupo familiar más numeroso, en tanto que el conflicto paterno no debe resultar menoscabo innecesario a los hijos, lo que conduce a propiciar que los menores continúen en la disposición de una vivienda que satisfaga aproximadamente los beneficios que hasta el presente han gozado (CNCiv., Sala D, "F. de Z., G. B. c./ Z., H. E.", 20/8/1984, *LL*, 1985-C- 648). La atribución de la vivienda que constituyó el hogar conyugal a uno de los esposos, durante la tramitación del juicio de divorcio, implica la evaluación de la totalidad de los elementos que configuran la situación familiar. En esa evaluación

En cuanto al trámite, la doctrina se divide entre quienes prefieren la discrecionalidad judicial[3184] y los que, aun aceptando el carácter cautelar, exigen oír al esposo que debe abandonar el inmueble.[3185]

En cambio, dice Palacio:

> … no resultan a nuestro juicio aplicables las distintas posibilidades de modificación previstas en el art. 203 del CPN, ya que ellas, aparta de hallarse primordialmente referidas a las medidas cautelares sobre bienes, no se adecuan a las particularidades de la medida examinada. Descartadas, sin embargo, las hipótesis de mejora y sustitución, podría excepcionalmente concurrir un supuesto de ampliación en el caso de que, *v. gr.* atribuido el hogar de reducida dimensión a la mujer a quien se confiere la tenencia de una prole numerosa, se acredita luego la adquisición por el marido, de un inmueble más adecuado para vivienda de los hijos.[3186]

Cuando la atribución del hogar conyugal se resuelve como medida anticipada al divorcio pendiente de formalización, cuadra interrogar si corresponde o no aplicar el plazo de caducidad del artículo 207 del Código Procesal, teniendo en cuenta el carácter cautelar de la decisión. La solución, a nuestro parecer, es continuar la confianza en la

---

debe tenerse en cuenta que, normalmente, el marido es quien se encuentra en mejores condiciones de resolver el problema de la vivienda (CNCiv., Sala A, "S., G. O. c./ D., J. M.", 16/6/1998, *LL*, 1999-B-826; *DJ*, 1999-2-147).

3184. En el debate parlamentario de la Ley N° 23515, el diputado Spina, como miembro informante de la mayoría, sostuvo: "En el capítulo XVI se condensan una serie de normas vinculadas con las acciones derivadas de la separación personal, del divorcio y de la nulidad, estableciéndose cuestiones que limitan con el derecho procesal, pero que deben ser incluidas en el código de fondo porque atañen a la efectividad de los derechos que se consagran. En el art. 223 (que en el texto final es el art. 233, CC) se prevé en forma amplia la posibilidad de adopción de medidas cautelares, tanto antes como durante el juicio de separación personal o de divorcio, para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, tornar inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Esta disposición a diferencia del actual art. 74 de la Ley N° 2393 (entonces vigente) y del art. 295 del Código Civil, en primer lugar, equipara a ambos cónyuges, posibilitando que tanto uno como otro puedan solicitar las medidas. En segundo lugar, incorpora para casos de urgencia las medidas cautelares previas para el juicio y, por último, tiene la ventaja de no enumerarlas taxativamente, todo lo cual redunda en una mayor protección de la parte económicamente más débil e indefensa ante este tipo de maniobras" (Ley N° 23515 Matrimonio Civil. Divorcio Vincular. Parte I. *Antecedentes Parlamentarios*, N° 6, p. 1414, La Ley, 1998).

3185. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 257.

3186. Ibídem, p. 258.

prudencia judicial y dejar en manos del juez la aplicación del plazo que corresponde otorgar, cuando la demora es manifiesta y puede evidenciar un abuso en el beneficio conseguido.

610. La guarda cautelar de personas

La protección de personas a través de la guarda que se dispone significa poner a alguien a cargo de la custodia de aquel que tiene una causa de inhabilitación para obrar (por edad o discernimiento). Con ello se persigue proteger a la persona y sus bienes mediante la intervención de una vigilancia directa. También admite la jurisprudencia que los intereses que se procuran tutelar a través de la protección de personas revisten singular trascendencia por estar referidos a la salvaguarda de la integridad psicofísica de quienes se encuentran inmersos en situaciones negativas.[3187]

Señalamos ya que el Código Procesal contempla en el artículo 234 los supuestos de guarda:

1. De mujer menor de edad que intentase contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores.
2. De menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales.
3. De menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando estos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones.
4. De los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos.

Todas las causales revisten urgente resolución, la que se adopta sin contradicción, sin perjuicio de eventuales oposiciones. De todos modos, la bilateralidad se puede acordar conforme las necesidades del caso.[3188]

3187. CNCiv., Sala L, 26/12/1997, "E., G.", *LL*, 1998-C, 74; *DJ*, 1998-3-480.

3188. Dada la naturaleza y el objeto de la medida y el interés que en ella predomina, no es necesario que se tome sin audiencia del otro cónyuge y parece más conveniente oír a ambos (CNCiv., Sala D, 4/7/1979, "L. A. c./ S. de L., L.", *LL*, 1980-A-130; *ED*, 84-566).

Palacio, en cambio, considera:

> … no corresponde concederlas *inaudita parte*, salvo que medie extrema urgencia y peligro grave e inminente para los menores, de manera que la cuestión debe resolverse sumariamente, previa convocatoria de las partes a una audiencia, sin perjuicio de que se dispongan medidas probatorias, incluso de oficio, siempre que su práctica no desnaturalice la celeridad del trámite.[3189]

En posición intermedia se acepta que la guarda de las personas, como medida cautelar, constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional que se recaba, ya que ha de dilucidarse luego y en definitiva si existe el peligro que la determina, cuya causa mediata debe reconocerse, en la especie, en la ruptura de la convivencia familiar.[3190] Por lo demás, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son presupuestos implícitos en la figura general y la urgencia a decidir se analiza en cada una de las causales. Las modalidades de cumplimiento también son flexibles y adaptadas a las circunstancias del problema a resolver.

En el primer caso, tratándose de *mujer menor de edad que quiere contraer matrimonio*, la regla tiene en sí misma una discriminación al tutelar sólo a un sexo.[3191] Por otra parte, el derecho a constituir una familia se encuentra reconocido en el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos; en los artículos 17.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos; en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los artículos 23.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las peculiaridades del impedimento de falta de edad para contraer matrimonio justifican que sea dispensable cuando el juez adquiere el convencimiento de que los que desean contraerlo actúan con discernimiento para el acto y se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges y como

3189. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 260.

3190. CNCiv., Sala D, 26/4/1983, "D., G. J. c./ B. S.", *LL*, 1983-D-237.

3191. Palacio sostiene que, aunque la norma sólo se refiere a la mujer, es extensiva al varón menor de edad, ya que los preceptos de la ley sustancial que supeditan la realización de ciertos actos a la autorización de los representantes necesarios de los incapaces no formulan distinciones atinentes al sexo de estos (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 263).

padres;[3192] por lo que al mismo tiempo, esa libertad para la decisión mueve a la prudencia para disponer una medida cautelar tan grave por la sola consagración del presupuesto de edad.[3193]

En el caso de que la *mujer menor de edad pretenda entrar en una comunidad religiosa*, la guarda solamente se concede si la petición justifica adecuadamente la gravedad de la decisión, o el riesgo moral al que estaría expuesta[3194]. Igual reflexión cabe cuando el pedido de guarda se propicia por la sola oposición a que el menor realice determinadas actividades.

El inciso 2 del artículo 234 autoriza a decretar la guarda cuando hay *maltrato al menor* de parte de sus progenitores o personas a cargo de ellos; la figura extiende la protección cuando al menor se lo *induce a cometer actos ilícitos o deshonestos o estén expuestos a graves riesgos físicos o morales*.

La gravedad que se pone de manifiesto por quien realiza la denuncia[3195] determina la actuación inmediata con la medida cautelar,

3192. CNCiv., Sala E, "F., M. A. y F., J. M.", 8/9/2004, *LL*, 2005-B-234.

3193. Por ejemplo, cuando la oposición se formula por el impedimento de la edad, es preciso advertir las demás condiciones que pueden autorizar un matrimonio. Así, la Cámara confirma la sentencia de primera instancia autorizando a contraer matrimonio a una menor de quince años de edad con su novio de dieciocho, ambos pertenecientes a la comunidad gitana, y con autorización de sus respectivas familias, si ya se encuentran conviviendo y casados según las costumbres de la comunidad a la que pertenecen. De este modo, afirma que: "Corresponde otorgar la dispensa prevista en el art. 167 del Cód. Civil y autorizar el casamiento de una menor perteneciente a la comunidad gitana con su novio de dieciocho años de edad, contando ambos jóvenes con la conformidad de las respectivas familias, si han formulado y ratificado su voluntad ante los jueces, expresando con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, que ya llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente" (CNCiv., Sala E, "F., M. A. y F., J. M.", 8/9/2004, *LL*, 2005-B-234).

3194. Cfr. Bidart Campos, Germán, "Prohibiciones que violan la libertad religiosa", *LL*, 2004-B-1435.

3195. Dice el art. 236 del Código Procesal: "En los casos previstos en el art. 234, incs. 2, 3 y 4 la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda". En consecuencia, la legitimación para solicitar la protección de personas puede ser *directa* y con facultades propias como resulta el ejercicio de la patria potestad, el caso de tutores y/o curadores, y la representación promiscua del Ministerio Pupilar; o *indirecta* y actuarse a través de la denuncia deducida por *cualquier persona*, lo que no significa una suerte de acción popular sino, simplemente, la puesta en conocimiento a la autoridad de una situación de peligro (cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 674).

más allá de que las razones que se invocan producen un impacto directo en la guarda como institución del derecho sustancial, que puede modificar las condiciones de ejercicio de la patria potestad. Recuérdese que el párrafo final del artículo 235 del código ritual establece que "Cuando existiese urgencia o circunstancias graves, se resolverá provisionalmente sin más trámite".

El inciso final establece la guarda de menores o incapaces en estado de abandono o sin representación legal, o cuando teniéndolo no pueden ejercer esas funciones. Aquí la guarda reconoce el mismo fundamento que en los supuestos anteriormente referidos, con la variante de que puede funcionar como medida cautelar tanto en un juicio tendiente a la declaración de pérdida de la patria potestad o de extinción de la tutela o de la curatela (hipótesis del abandono), cuanto en un proceso sobre discernimiento del cargo de tutor o curador (arts. 776 y 777 del CPN). Todo lo cual ocurre también sin perjuicio de las medidas de seguridad que puede solicitar la autoridad administrativa.[3196]

610.1 Competencia

El artículo 235 del CPCCN dispone: "La guarda será decretada por el juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada, con intervención del asesor de menores e incapaces."

La norma considera la jurisdicción con base en presupuesto de la ley de residencia del afectado, pero se contradice con la regla especial del artículo 6, inciso 4, del Código en cita que fija la competencia de las medidas cautelares en el juez que deba entender en el proceso principal.

Kielmanovich señala:

> ... la competencia será la que corresponda sobre la base de los principios comunes, en el caso, será competente el juez que deba conocer o se encuentre conociendo en el principal, sin perder de vista que el menor o incapaz tienen el domicilio de sus representantes legales (art. 90, inc. 6º, CCiv.) y la incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto resulte aplicable, en función de resolverla sobre la base de lo que mejor consulte su interés, si bien estimamos que la que establece el artículo se refiere a los

3196. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VIII, p. 265.

casos en que la guarda sea propiamente la petición o pretensión de fondo, o, como dice Palacio, una simple medida de seguridad.[3197]

610.2 Legitimación

La protección de personas dispuesta en el Código para dar efectividad a la guarda cautelar puede ser requerida por cualquier individuo, y formulada también como denuncia verbal ante el asesor de menores e incapaces, quien estará obligado a labrar acta y actuar en consecuencia.

La amplitud como se otorga requiere de mayores precisiones, porque si admitimos que la guarda prevista en el artículo 234 del Código es una medida provisional de resguardo al incapaz de hecho o de derecho, diferente a las cautelares que obligan a un planteo posterior que formalice la pretensión que con la precautoria se quiere preservar o asegurar, es evidente que el modelo o estándar dispuesto para estar en el proceso es distinto al que rige la legitimación para obrar.

Cada supuesto previsto para decretar la guarda tiene comunión de intereses: los del propio *afectado* (*v. gr.* la menor de edad que pide ser protegida ante la oposición de sus padres para que contraiga matrimonio; la del padre que quiere evitar la promiscuidad sexual de su hija al ingresar en un comercio de dudosa legalidad; la de la madre que pretende obstruir que la hija ingrese en una comunidad religiosa, etc.); los de la *comunidad* (*v. gr.* servicio social que requiere la guarda del menor abandonado); el *interés público* relevante (*v. gr.* incapaces en conflicto con sus representantes) e inclusive, en la medida de la propia lectura amplia que formula la regla del artículo 236 del Código Procesal, "cualquier persona" significa admitir la simple denuncia sin requerir legitimación en la causa.

Es posible pensar hasta en una suerte de acción popular, con la diferencia de que en el supuesto previsto la identidad del que reclama puede no tener afectación alguna, y como tampoco es parte, dado que su actividad la continúa el Ministerio pupilar, la puesta en marcha del aparato jurisdiccional resulta instada por quien no tiene "derecho ni interés" en los modelos clásicos de protección de situaciones jurídicas subjetivas.

3197. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 364.

También es posible encontrar otra particular cualidad en la extensión que se propicia, dado que puede el mismo sujeto solicitar su propia protección (*v. gr.* la menor que se expone al maltrato de los padres), contingencia que pone en juego otro estudio acerca del enlace que tiene la capacidad civil con la capacidad procesal, y sirve para demostrar por qué ambas son diferentes y se distinguen en las formas de aceptación del acceso a la justicia.

Es cierto que parte de la doctrina considera que la acción popular está descalificada en nuestro sistema judicial; pero aun quienes la niegan, toleran que si la denuncia se presenta ante el Ministerio Público puede este organismo continuar con el procedimiento. En suma, aquello que justifique la intervención de la justicia en cuestiones de trascendencia jurídica, y mucho más cuando se trata de *protección de personas* con medidas provisionales, hay una expansión de la legitimación para obrar; sin perjuicio de la iniciativa judicial que se pondera en virtud del interés superior del menor.

610.3 Medidas complementarias

Las figuras que permiten ordenar la protección individual suponen, por vía de principio, conflictos entre incapaces con quienes tienen la patria potestad o la representación legal, por lo que la guarda dispuesta a título cautelar no se desentiende de los efectos de la otra guarda prevista en el Código Civil y Comercial y en demás disposiciones sustanciales.

Complementa la atención a la persona a quien se confía en custodia, que vaya con su ropa, útiles y muebles de su uso y profesión. Estos se deben trasladar inmediatamente después de producirse la guarda.

Asimismo –dice el artículo 237 del CPCCN– se le proveerá de alimentos por el plazo de treinta (30) días, a cuyo vencimiento quedarán sin efecto si no se inicia el juicio correspondiente.[3198]

3198. "La fijación de alimentos provisionales que autoriza el artículo está sujeta a un término de *caducidad* diverso del previsto por el art. 207, ley del rito, dado que estos quedarán sin efecto *si no se iniciare el juicio correspondiente* dentro de los 30 días, juicio que para nosotros es el de *alimentos* y no el principal (*v. gr.*, "disenso") en vista del cual se solicitó la guarda (cfr. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 364).

611. La guarda del Código Civil y Comercial

La guarda que regula el Código Procesal es en sí misma una medida de protección, de naturaleza provisional hasta que se resuelva el conflicto de convivencia que tiene el menor o incapaz, y cuya eficacia depende, la mayoría de las veces, del activismo judicial que se tenga para el control y seguimiento de lo dispuesto. También el Código de fondo se ocupa de los problemas en la vida de relación de los niños y adolescentes, como de las personas que sufren los efectos del divorcio de sus padres y tienen que esclarecer el lugar de residencia y con quién han de hacerlo.

Los conflictos sobreabundan y quedan expuestos en las cuestiones de tenencia, tutela, adopción o cuando se decide la protección de personas ante una crisis emergente. El variopinto se suma a los procesos de control judicial de la internación psiquiátrica o en los de insania o inhabilitación en los que se cuestiona el lugar donde ha de vivir la persona con problemas de capacidad.

La problemática familiar afronta así un cuadro regulado por normas de fondo que atribuyen un derecho subjetivo, no cautelar, a quien tiene que resolver el padecimiento. Es probable que la decisión se parezca a una medida precautoria, pero en los hechos, la providencia se arregla a un estándar diferente al de esa modalidad de tutela, debiendo encuadrar la resolución al marco que la establece.

En este aspecto, las situaciones de "guarda" que las leyes reglamentan son diversas. La relación e interacción normativa permite sostener:

> … del juego armónico de su preámbulo y de los arts. 5°, 7°, 8°, 9°, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende un programa básico de acción para proteger los derechos de los chicos relativos al hogar donde habrán de crecer y desarrollarse, que, en definitiva, consagra lo que podríamos denominar el derecho a vivir en familia.[3199]

De este modo, el juego de jerarquías legales comienza una cuestión que trasciende el espacio de la división material o de clasificaciones dogmáticas. Es decir, no se resuelve el problema de preservar la seguridad del menor o incapaz con menciones simplificadas de las reglas en juego, sino procurando demostrar que la actividad jurisdiccional es

3199. Carranza Casares, Carlos, "La guarda como institución civil con soporte constitucional", *LL*, 2003-F-106.

tan importante como el sistema que la reglamenta. Y es aún más eficaz cuando se entiende que el juez en situaciones como las que afronta debe salirse de los presupuestos tradicionales que tornan viable una figura.

Para ser más claros, cuando sucede el divorcio o la separación personal, las decisiones de guarda (tenencia de los hijos) no se pueden resolver como una medida provisional de carácter cautelar y someterla al test de presupuestos ciertos y verosímiles de quien pide para sí el mantenimiento o la variación de un estado jurídico.

Las normas superiores, como son las que llegan de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalan que no pueden ser separados de sus padres (art. 9) y de promediar el divorcio conservan el derecho de permanecer en su medio (art. 20) teniendo en cuenta el lugar que la convención le otorga a la "familia ampliada" (art. 5), a "otro familiar" (art. 9), a "parientes" (art. 20) y a "miembros de la familia" (art. 22).

Entonces, la decisión no es cautelar[3200] sin perjuicio de tener que acreditarse la urgencia por quien pide la custodia provisional y la relación mejor dispuesta con los fines legales. Hay un proceso de guarda inserto en el juicio principal o abierto como incidencia (incidente autónomo), cuyas reglas no siguen estrictamente los principios del litigio ordinario.

Por eso la Corte Nacional afirma:

> Debe tenerse presente que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales, habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, como asimismo que tratándose de medidas cautelares pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte.[3201]

3200. Dice De Lázzari: "… se trata de una acción sustancial dirigida a resolver el destino de los hijos en el lapso que demande la sustanciación del juicio de divorcio, pues al dictarse la sentencia será atribuida la tenencia definitiva de los mismos, aunque en ambos casos la decisión es susceptible de ser modificada toda vez que las circunstancias lo hagan necesario. Es imprescindible, por lo tanto, respetar el derecho de defensa de la contraparte, lo que supone la posibilidad de abrir la incidencia a prueba…" (De Lázzari, *Medidas Cautelares*, T. 2, p. 47). No obstante, se afirma que "las resoluciones sobre tenencia o régimen de visitas, en los supuestos en que la urgencia de la protección de los intereses del menor así lo aconsejan, gozan de la naturaleza de las medidas cautelares" (CNCiv., Sala E, 17/9/1979, *ED*, 86-378; CNCiv., Sala C, *LL*, 97-122, entre otros).

3201. CSJN, Fallos: 305:497.

Con el fin de desentrañar el eventual conflicto normativo, explica Carlos Carranza Casares:

> La noción genérica de la guarda entraña *cuatro componentes básicos*, comunes a todo tipo de guarda: la persona que no es plenamente capaz, la o las responsables de la guarda, la convivencia y la finalidad de procurar su protección y desarrollo pleno e integral. La guarda se da sólo con respecto a un niño o a una persona mayor de edad que padece un trastorno psíquico, pues de lo que se trata es de suplir en la medida de sus necesidades y desarrollar progresivamente en todo cuanto sea posible, la capacidad latente de esa persona. Quien se encuentra en el pleno ejercicio de su capacidad de obrar no requiere, obviamente, de guarda alguna. El *responsable* o los *responsables* son quienes asumen esa función que entraña la convivencia y de forma explícita o implícita se encuentran compelidos al logro de la finalidad de la guarda. Tal asunción de responsabilidad puede ser asignada por la ley de pleno derecho como en el caso de la patria potestad, puede ser conferida por el juez como cuando se discierne la tutela, por los padres en el caso de guarda delegada, o, más allá de los efectos que corresponda reconocerle, puede ser asumida de hecho por quien convive o se hace cargo del niño o de la persona con padecimiento mental. La *convivencia* es la relación existente entre las personas que habitan bajo un mismo techo y constituye el elemento material que permitirá alcanzar la finalidad perseguida por la guarda. Esta cohabitación deviene así en el medio en el que se desarrollarán –día a día– las relaciones afectivas, intelectuales, espirituales, indispensables para la protección y crecimiento de las personas. Lo expuesto indica la necesaria concurrencia del componente teleológico de la guarda: el propósito de protección y desarrollo pleno e integral.[3202]

Estos serían los presupuestos básicos que fundamentan la procedencia de la guarda sustancial; los que no operan automáticamente sino a pedido de persona legitimada o simple denunciante conforme sea el objeto que se quiere preservar. Por un lado, se resuelve el derecho subjetivo a tutelar (interés superior del menor; protección de la unidad familiar; imagen a preservar, etc.) y, por otro, transita lo reglamentario afín al procedimiento, que podrá seguir los patrones de las medidas cautelares o dinamizar la tutela diferenciada que tienen los procesos y cuestiones de familia.

3202. Carranza Casares, Carlos, "La guarda como institución civil con soporte constitucional", *LL*, 2003-F- 106.

Por eso, la "guarda" que tiene el Código de fondo es un acto voluntario y lícito cuya finalidad radica en que una persona asuma el cuidado de otra –con capacidad de obrar menguada–, con el objeto de protegerla y permitirle su desarrollo. También la "guarda" se entiende como un estado que constituye el entramado de deberes y derechos que rigen la relación entre las personas vinculadas con esa situación de convivencia destinada a proteger los derechos de una persona que no puede ejercerlos plenamente por sí misma. Cuando la guarda no es reconocida de pleno derecho, como en el caso de la patria potestad que la implica desde el momento de la concepción, es el acto de guarda el que emplaza a los sujetos intervinientes en el estado de guarda y, finalmente, la "guarda" como proceso es el que precisamente tiene por objeto el otorgamiento y en su caso el seguimiento de la guarda.[3203]

Las cuestiones procesales que emergen se vinculan con la urgencia antes que con los presupuestos que anidan la posibilidad; por tanto, es la prudencia judicial la que encamina la decisión hacia los carriles adecuados del debido proceso.

> Una de las razones más constantes de enfrentamiento es la pretensión de resolver la guarda tras oír a ambas partes; pero si el padre lo plantea como medida urgente, y pide la guarda provisional de la hija menor a cuyo fin ofrece la prueba de testigos autorizada por el art. 197 del Código Procesal, lo que se resuelve es una medida cautelar, sin abrir juicio sobre el derecho que, en definitiva, corresponde a las partes respecto de la tenencia ni sobre la relevancia que los dichos de los testigos puedan tener, en definitiva, respecto de tan delicado problema, pues únicamente se trata de formar opinión sobre la verosimilitud de los cargos que se formularan.[3204]

3203. Ídem. En la ejecución cautelar de la guarda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en concordancia con las Directrices de Riad, ha destacado que cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC - 17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N° 73).

3204. CNCiv., Sala D, 15/5/196, *LL*, 139-764 (24.050-S), cfr. De Lázzari, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, T. 2, p. 49.

Pero cuando se trata de atribuir la guarda provisoria de los hijos durante el juicio de tenencia, en principio, no cabe prescindir de la audiencia de ambas partes, máxime cuando la decisión importa modificar la situación de hecho existente en el momento en que se formula la petición; tal principio general sólo debe ceder cuando median razones de extrema urgencia *prima facie* justificadas, hipótesis de excepción en cuyo caso es dable admitir la entrega del menor sin la previa audiencia de la otra parte.[3205]

A modo de conclusión: la doctrina actual coincide en que la guarda como institución debería estar regulada autónomamente en el Código Civil y Comercial; aceptar modalidades y circunstancias de atención singular a través de leyes especiales, y en cuanto a los Códigos Procesales, adecuar el instituto cautelar compatibilizándolo con las transformaciones habidas.[3206]

3205. CNCiv., Sala E, 30/5/1983, *J.A.*, rep. 1983-789 nº 7; La Ley, 1984-A, 488 (36.538-S); De Lázzari, Eduardo, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, T. 2, p. 49.

3206. Se ha afirmado que la guarda como institución debería estar regulada autónomamente en el Código Civil; el concepto de guarda debería estar determinado en la legislación sustantiva. En cuanto a los Códigos de procedimiento la han previsto siempre entre las "medidas cautelares" (así, arts. 234 y concs. CPCCBA). Este último tipo de guarda fue reformado a través de las mismas leyes de protección de infancia, eliminando la guarda de "menor de edad", a fin de compatibilizar este instituto cautelar con el nuevo régimen que establecían las nuevas normas. De tal modo, ante la situación de vulneración de derechos del niño –antes, peligro o riesgo–, la respuesta urgente la constituyen las medidas provisionales y no ya el art. 234 CPCCN. Por su parte, en la práctica forense, se receptan "tipos de guarda", según la finalidad con la que han sido pedidas y en consecuencia ordenadas, aunque estas clasificaciones, como dijimos, no surgen de los códigos, que no las regulan. Así, por ejemplo, las "guardas simples" –de carácter integral en cuanto a la crianza y cuidado del niño, pero diferenciada de la guarda preadoptiva–, las guardas "asistenciales" –limitadas a la obtención de prestaciones sociales– (Fernández, Silvia, "Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN", *LL*, 2009-A-450).

Capítulo LXXX
Otras medidas cautelares

612. Las medidas cautelares en materia de marcas

La Ley N° 22362 (Ley de Marcas) establece en el artículo 38 bajo el título "Medidas precautorias" lo siguiente:

> Todo propietario de una marca registrada a cuyo conocimiento llegue la noticia de la existencia de objetos con marca en infracción conforme a lo establecido en el artículo 31, puede solicitar al juez competente: a) el embargo de los objetos; b) su inventario y descripción; c) el secuestro de uno de los objetos en infracción.
> Sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar estas medidas de oficio, podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que este carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho.

Este artículo se complementa con el siguiente que obliga al usuario de una marca a dar informaciones relativas a la mercadería que porta el registro; quizás la más importante sea la que se refiere al origen de esta.[3207] La disposición requiere que la persona, en cuyo poder se encuentran objetos en infracción, acredite e informe sobre:

a. el nombre y dirección de quién se los vendió o procuró y la fecha en que ello ocurrió, con exhibición de la factura o boleta de compra respectiva;
b. la cantidad de unidades fabricadas o vendidas y su precio, con exhibición de la factura o boleta de venta respectiva;
c. la identidad de las personas a quienes les vendió o entregó los objetos en infracción.

> Todo ello deberá constar en el acta que se levantará al realizarse las medidas previstas en el art. 38.
> La negativa a suministrar los informes previstos en este artículo, así como también la carencia de la documentación que sirva de respaldo

3207. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 6ª ed., 2006, pp. 145 y ss.

> comercial a los objetos en infracción, autorizará a presumir que su tenedor es partícipe en la falsificación o imitación fraudulenta. Esos informes podrán ampliarse o completarse en sede judicial tanto a iniciativa del propio interesado como por solicitud del juez, que podrá intimar a este efecto por un plazo determinado.

El marco legal que se presenta como medidas precautorias es más que eso pues constituye un régimen procesal que diferencia los requisitos habituales de procedencia de una cautelar típica, convirtiendo al sistema en un mecanismo de tutela diferenciada que modifica algunas reglas y crea otras que podríamos nominar como "especiales".

Actuando son, al mismo tiempo, medidas preliminares y precautorias porque, por un lado, preceden al juicio ordinario que debe promoverse y, por otro, impiden la desaparición de los productos supuestamente en infracción, asegurando la prueba instrumental y pericial ulterior.

La *verosimilitud del derecho*, presupuesto básico del tema,[3208] en el caso tiene que resolver si proviene de un derecho subjetivo generado por la "propiedad de la marca" o si tolera el *interés legítimo* del que tiene habitualidad de uso de una marca que no registra, pero que ha creado clientela con ella; e inclusive, saber si la providencia que se persigue también puede fundarse con un *interés difundido a todos* que, eventualmente, puede quedar representado por grupos o asociaciones constituidas.

Recuérdese que la tutela cautelar atiende el derecho del que pide y el objeto sobre lo que recae y produce efectos, por lo que, en el caso, no se trata sólo de prevenir o impedir que se produzca un daño generado por el uso indebido de una marca (en cuyo caso, sería una defensa de carácter patrimonial), sino que además se persigue asegurar la cosa que puede probar un hecho ilícito; y determinar los individuos de esa cadena de responsabilidades.

3208. Resulta improcedente el dictado de la medida cautelar innovativa solicitada para suspender provisoriamente el nombre del registro de dominio de internet igual al que la recurrente utiliza en su actividad comercial, si no se ha probado la verosimilitud del derecho –en el caso, que la demandada había sido contratada para el diseño de la página *web* de la actora y que obró por cuenta y orden de esta al registrar el nombre en disputa–, ni el peligro en la demora, en tanto la situación fáctica data de varios años atrás (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "C Y T Comunicaciones y Telemática S.R.L c./ Internet Proyects S.A.", 8/10/2002, LL *online*).

El peligro en la demora,[3209] que tiene en la configuración de los presupuestos generales la necesidad de demostrar el riesgo inminente de no actuar con prontitud, encuentra en la ley de marcas el mismo significado, con el agregado que, en los conflictos de índole marcaria, la *caución* que debe prestarse por el dictado de medidas precautorias debe fijarse teniendo en cuenta, además del derecho invocado por el actor, la trascendencia de la denominación en pugna con la consecuente importancia de los perjuicios que pudieran irrogarse.[3210] En este último aspecto, también la caución del artículo 35 de la ley en cita comporta sustancialmente una decisión de naturaleza cautelar y corresponde interpretar su funcionamiento de acuerdo con dicha naturaleza.

612.1 Legitimación

Para ser titular de una marca o ejercer el derecho de oposición a su registro *o de su uso*, se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente (art. 4, Ley de marcas); delimitación que es más amplia que el reduccionismo que hace el artículo 38 cuando accede el derecho de solicitar medidas cautelares al *propietario de la marca*.

La dualidad de criterios esboza al menos dos posiciones: la de quienes entienden que no hay limitación alguna y que, por tanto, quien tiene derecho como interés puede peticionar las providencias precautorias; y la de otros que sostienen que la posibilidad de entablar medidas cautelares sólo es para la *demanda por cese de uso de marca* respecto de quien acredita la titularidad.

Al respecto, Jorge Otamendi sostiene:

> … sólo el propietario de la marca registrada puede solicitar la realización de las medidas. El titular de una solicitud en trámite no puede hacerlo. Recién nace el derecho de propiedad y la exclusividad inherente con el

3209. El uso de una marca ajena hace nacer la presunción de daño, sea por merma de ganancias, afectación de prestigio o también por la disolución del signo, pudiendo, incluso, provocar una situación de incertidumbre en cuanto al origen del servicio en el público consumidor, extremos que bastan para configurar el peligro en la demora que es exigible para adoptar una medida de cese de uso (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Malnati, Aníbal c./ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G.", 18/5/2006, LL *online*).

3210. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Deltaven S.A. c./ Publicidad Contacto S.A. y otros", 3/10/2002, *LL*, 2003-C-91.

> registro de la marca (art. 4). Asimismo, según lo dispone el art. 31, el delito marcario existe únicamente cuando la marca infringida está registrada.[3211] Si la marca estuviera registrada a nombre de más de una persona, cualquiera de los copropietarios puede solicitar la realización de las medidas precautorias. El art. 9 faculta a cualquiera de los titulares a "iniciar las acciones previstas en esta ley en su defensa [...] salvo estipulación en contrario". Es obvio que estas medidas son parte de la defensa de la marca y que ello faculta a cualquier copropietario a solicitarlas. Es posible, aunque inusual, que los copropietarios decidan que deben actuar conjuntamente o que sólo alguno de ellos puede hacerlo. Sin embargo, este acuerdo no evitaría que cualquiera de ellos denunciara el delito ante el juez y que este actuara de oficio.[3212]

También puede ordenar estas medidas de oficio el juez que tomare conocimiento de la infracción marcaria. Ello puede suceder, por ejemplo, ante la denuncia del delito por un particular no titular de la marca infringida.

Por su parte, Ernesto Aracama Zorraquín interpreta que el artículo 4 de la Ley N° 22362 sólo legitima al titular de una marca registrada "... por la razón de que la ley de marcas se limita a regular lo relativo a tales marcas (registradas)"; por tanto, el derecho del que usa de hecho una marca sólo puede ampararse en la teoría de la competencia desleal o invocando los principios del Código Civil, sin recibir respaldo de la Ley N° 22362.[3213] De la misma idea participan Luis Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, cuando al tratar el tema de la legitimación activa en la demanda por uso indebido, expresan: "... la Ley protege al titular de la marca registrada, pero no al solicitante ni al licenciatario".[3214]

La jurisprudencia ha seguido un camino más permisivo:

> ... si bien el art. 38 de la Ley de Marcas sólo concede medidas precautorias a los titulares de marcas registradas, ello no significa en absoluto que el titular de una marca de hecho –efectivamente explotada y a cuyo amparo se ha formado una clientela– carezca por completo de protección frente a una

3211. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, punto 6.27.1.

3212. Ídem.

3213. Aracama Zorraquin, Ernesto, "Sobre el concepto de interés legítimo en la ley de marcas", *LL*, 1989-E- 1116.

3214. Bertone, Luis y Cabanella de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, T. II, Heliasta, 1989, p. 172.

> conducta reprochable de un competidor, consistente en el ilegítimo uso de la misma marca para obtener un lucro indebido y desviar la clientela. La propia Ley de Marcas, en su art. 4º, dispone que "*para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso, se requiere un interés legítimo* [...] *del oponente*". De donde se sigue que el titular de una marca "de hecho", en trámite de registro, tiene derecho a reclamar el cese de uso de una marca similar o confundible, lo que claramente significa que a su titular se le ha admitido la posesión de un "interés legítimo", tal como lo exige la Ley N° 22362.[3215]

La diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo depende del registro de la marca; el trámite de inscripción asigna un derecho en expectativa que se representa como interés para obrar, que por vía de principio, le es suficiente para actuar en el proceso de oposición, siempre que demuestre que la utilización efectuada por un tercero le causa un perjuicio real y concreto, no meramente conjetural o figurado.[3216] En cambio, el titular de la marca no tiene obstrucciones visibles ni pruebas potenciales que verifiquen el daño hipotético. Él es el dueño y le basta con afirmar que existe confusión con el uso por otro de una marca que le pertenece.

Al titular de la marca registrada no se le debe exigir la acreditación de la existencia de un perjuicio concreto para oponerse al uso indebido

---

3215. CNFed. Civ. y Com. , Sala II, "Lionel S.R.L. s/ Medidas cautelares" 24/11/1998, Causa Nº 6.080/98 donde cita en apoyo de su fallo la opinión de Otamendi tomada de la obra *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, p. 13, punto 1.4 y notas 18-19, que en hipótesis varió el autor en la sexta edición del libro señalado.

3216. En el trabajo de Avalle, Damián y Picasso Netri, Lisandro, "Legitimación activa en la demanda por cese de uso marcario", *LL*, 2005-C-1309 y ss., muestran el siguiente ejemplo: si el titular de un restaurante en la ciudad de Rosario, que tiene la marca registrada, detecta que un tercero está usando la misma marca para identificar un restaurante en la ciudad de Mendoza, podrá oponerse a su uso sin necesidad de acreditar que dicho uso le genera daño alguno; esto por cuanto ostenta un verdadero derecho subjetivo sobre esta, que le confiere exclusividad. Por el contrario, si el propietario de la casa de comidas de Rosario no tiene la marca registrada, sólo podrá oponerse al uso por parte de su par mendocino en la medida que demuestre que este le está causando un perjuicio con dicho uso (confundiendo al consumidor, desviando clientela, etc.). Es que, en este caso, el usuario del signo marcario tiene sólo un interés legítimo, que no le confiere su exclusividad. (Otamendi manifiesta esto cuando afirma que "la marca de hecho tiene, pues, un alcance local, o mejor dicho, un alcance determinado por la extensión geográfica de la clientela", en "Mayor protección para las marcas de hecho", *LL*, 1999-D-180. Aunque en principio coincidimos con el prestigioso jurista, entendemos que si se usa una marca de hecho confundible con otra, fuera del ámbito geográfico de la clientela de esta última, igualmente puede perseguirse el cese de su uso si se acredita de todas formas el perjuicio).

de esta, cuestión que sólo deberá probar si reclama, además del cese de uso, una indemnización por daños y perjuicios.[3217]

En ocasiones se señala que la mera titularidad de una marca no determina *per se* el derecho sobre un nombre de dominio que coincida con esa designación, aunque sí constituye un antecedente que, en el supuesto de conflicto, se deberá confrontar con el interés legítimo del titular de dominio invocado de acuerdo con las circunstancias de hecho acreditadas en cada caso, sin prescindir de la notoriedad, la intensidad del uso o la aptitud distintiva de la marca opuesta que impida presumir una casualidad milagrosa en su elección por el registrante del dominio, la existencia de una relación entre el titular de la marca y el del dominio, o de una gran cantidad de nombres de dominio registrados por la misma persona que indique una intención de bloqueo para lucrar con su transferencia.[3218]

También el *cesionario de una marca*[3219] recibe legitimación en la misma medida del derecho que adquiere. La única limitación está en el artículo 6 de la ley que dice: "La transferencia de la marca registrada es válida respecto de terceros, una vez inscripta en la Dirección Nacional de Propiedad Industrial".[3220]

3217. Avalle, Damián y Picasso Netri, Lisandro, "Legitimación activa en la demanda por cese de uso marcario", *op. cit.*, p. 1310.

3218. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Tiempo Libre S.A. c./ Segurel, Alberto A.", 29/6/2006, LL *online*.

3219. Resulta improcedente la medida cautelar solicitada por el cesionario de una marca tendiente a que se ordene a los titulares de una marca registrada no innovar ni obstaculizar el uso que de ella viene realizando aquel, pues dicha pretensión importa, bajo pretexto de un procedimiento cautelar, impedir y obstaculizar el ejercicio del derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para peticionar la defensa de los derechos que se consideren lesionados (CNFed. Civil y Comercial Federal, Sala I, "Lanata, Jorge Ernesto c./ Toro, Javier Alberto y otro", 13/3/2008, LL *online*).

3220. Plantean Avalle-Picasso Nietri la siguiente situación: la del sujeto que ha presentado la transferencia ante la autoridad administrativa pero aún no se ha obtenido su inscripción, y la del cesionario de una marca registrada que directamente no ha efectuado la inscripción de la transferencia. Refiriéndose al primer supuesto, Otamendi cita cierta jurisprudencia que niega toda acción en defensa de la marca a quien no haya obtenido su inscripción, criticando dicha solución y proponiendo que en estos casos el juez debería analizar la documentación que acredite la cesión y verificada su legalidad tener al cesionario como titular (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Alonso, Marcelo Edgardo y otro c./ Sánchez, Juan Alfredo", 19/3/2002, en Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, p. 145, nota 496). A nuestro juicio –dicen los autores–, en uno y otro caso el cesionario no ostenta un derecho subjetivo, el que adquirirá sólo en el caso que obtenga la inscripción de la transferencia, pero sí un interés legítimo sobre el signo marcario en los términos del art. 4 de

Finalmente, queda analizar la legitimación de quienes invocan un interés colectivo, como en el caso de "consumidores" que individualizan la marca como un bien de consumo.

El artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor sostiene:

> Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Con este marco y en atención a que los derechos de los consumidores (frente a la confusión directa o indirecta) no pueden quedar librados a la conducta discrecional del titular de la marca es que se les otorga legitimación para obrar en orden a la defensa específica que persiguen. No la tendrían, en cambio, en los procesos de uso u oposición de marca, donde la confusión referida para admitir legitimación (básicamente el consumo de bienes) no es la misma que promedia en los conflictos entre partes.

612.2 Alcance de las precautorias

Las medidas cautelares que se pueden disponer son el *embargo* y *secuestro* de los objetos con marca en infracción. La ley piensa las precautorias tanto para los procesos civiles como para la investigación penal, lo que tiene importancia merced a los requerimientos individuales que tiene el allanamiento.[3221] Al mismo tiempo, extiende una lectura sesgada que la jurisprudencia tiende a dinamizar aplicando otras prevenciones.

---

la Ley de Marcas. Así lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en autos "Salgado Pérez, José c./ Medical Research Laboratories Inc": "Desde el momento mismo de la cesión o venta de un registro marcario, aunque no se haya hecho la pertinente anotación registral, el interés legítimo se desplaza del cedente al cesionario" (*LL*, 1997-B-558). Por tanto, estará habilitado para ejercitar las acciones en defensa de su marca, al igual que el titular de un hecho marcario ("Legitimación activa en la demanda por cese de uso marcario", *op. cit.*, p. 310 y ss.).

3221. El art. 138 del Cód. Procesal Penal marca la modalidad de actuación de la autoridad preventora frente a actos de imposible reproducción y menciona, entre otros, el secuestro; para tales casos, el precepto exige que los funcionarios de la policía sean asistidos por dos testigos ajenos a la repartición (CN Casación Penal, Sala II, "Huaiquil, Fernando H. y otros", 26/4/1999, *LL*, 1999-F-269; *DJ*, 2000-1-154).

Téngase presente que el otorgamiento de una medida cautelar consistente en la continuación del uso de una marca durante la sustanciación del juicio por cese de oposición, no implica más que la formulación de un juicio provisional, pues en la materia el conflicto no se agota en una mera confrontación teórica o abstracta de las marcas enfrentadas, sino que requiere ponderar el conjunto de circunstancias adjetivas que delimitan la contienda, extremo que sólo será posible al término del proceso luego de que ambas partes hayan tenido amplia oportunidad de prueba y alegato.[3222]

En consecuencia, el sistema cautelar de la ley de marcas procura más bien ser más asegurativo de la fuente que resguardar la ejecución futura, por lo cual, el embargo y el secuestro cumplen la primera misión, pero no sirven a otros fines.

Se dictan así disposiciones provisionales distintas, como aquella medida precautoria tendiente a que una empresa cese en la difusión no autorizada de la marca de un competidor a través de un aviso gráfico donde se exponen los productos de ambas compañías –en el caso, botellas de cerveza cuyas etiquetas aparecen ampliadas con un "efecto lupa"–, si por medio de tal publicidad se intenta establecer la idea de que el producto del demandado es superior, con fundamento en inexactitudes relativas a la composición y características del producto del actor –componentes y fecha de vencimiento o consumo preferencial–, pues ello puede inducir a error al consumidor a fin de que, sobre dicha base, efectúe una transacción que de otro modo no habría realizado.[3223]

Además, como la ley de marcas tiene figuras que trabajan como medidas cautelares (*v. gr.* art. 50), la extensión se torna viable hacia precautorias como la *medida innovativa*, siempre que den abasto a los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora.[3224]

3222. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Productos Lipo S.A. c. Capullitos S.A.C.I.", 24/10/2002, *DJ*, 2003-1- 1077.

3223. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Cervecería y Maltería Quilmes c./ Casa Isenbeck", 19/5/2005, *RCyS* 2005, p. 489, con nota de Fulvio G. Santarelli.

3224. La jurisprudencia señala que la cautelar solicitada tiene las particularidades de una medida innovativa, respecto de las que se ha señalado que, en el análisis de los presupuestos de admisibilidad, se debe observar un criterio estricto, toda vez que su dictado importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, por lo que la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa y requiere algo más que un "*fumus bonis iuris*" (CNFed. Civ. y Com., Sala III, causas 11829/04

No obstante, la medida para la admisión trabaja sobre un elemento fáctico distinto que es discrecional del juzgador.

Por eso, suele decirse que es improcedente la medida cautelar innovativa que quiere obtener el cese del uso provisional de las marcas de las firmas tabacaleras competidoras, por considerar la peticionaria que los envases y etiquetas de aquellas constituyen una clara imitación del signo marcario de su propiedad, pues los aspectos relevantes de cada una de las marcas son visiblemente distintos y en tanto es un hecho público y notorio que en el mundo de los fumadores las marquillas son generalmente conocidas y resulta altamente improbable que quien está acostumbrado a determinada marca se confunda con otra porque esta pudiera tener algún rasgo de similitud.[3225]

En suma, el artículo 38 que se menciona tiene como destino ordenar, secuencialmente, 1) el *embargo* de los bienes sobre los que pesa la marca cuestionada; 2) las cosas o mercaderías se deben individualizar mediante la confección de un prolijo *inventario*, y 3) de ser necesario para asegurar el resultado de la medida, se practicará el *secuestro*.

Ahora bien, si el conflicto lleva a bienes que corresponden a un fondo de comercio, cabe observar que a este pertenecen las instalaciones, mercaderías, nombre y enseña comercial, marca, patentes de invención, dibujos y modelos instrumentales, distinciones honoríficas, derecho al local y valor llave, entre otros. De todos ellos se podrá hacer un inventario y registrar el estado de cada uno; pero hay otros elementos que son intransferibles, como el trabajo personal, el dinero en efectivo que se encuentre en la caja al momento de la entrega de la posesión y los efectos o bienes personales del vendedor. Estos evidentemente no son objeto del embargo derivado por el conflicto marcario sino acciones que complementan la eficacia de la medida con el secuestro preventivo.

---

del 22-10-4 y 5004/3 citada; Sala I, causas 52.975/95 del 21-12-95; 4100/99 del 10-8-99 y 2849/00 citada; Sala II, causa 7982, "The Coca Cola Co. c./ Pepsi Cola Argentina SAIC s/ varios prop. industrial", del 15/9/1995 y sus citas). Por lo demás, corresponde precisar que aun cuando el recaudo de la verosimilitud del derecho está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la media, no es procedente un análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya índole y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (conf. esta Sala, causa 6272/00 del 27/9/2000; Sala I, causa 7438 citada; Sala II, causa 7982 citada), una vez establecido el contradictorio.

3225. CNFed. Civ. y Com., Sala II, 16/11/2006, "Philip Morris Products S.A.", LL *online*.

No comparte este criterio Otamendi, pues para él:

> … sólo pueden ser pasibles de ellas (embargo y secuestro) los objetos sobre los cuales esté la marca aplicada. Pueden ser tanto los diversos objetos distinguidos con las marcas en infracción como también los que lleven las marcas como ser etiquetas, cajas, envases, folletos, elementos de promoción y publicidad, etcétera. No proceden estas medidas con respecto a objetos que no tengan la marca aplicada, aunque esta esté en un cartel cercano a los mismos y se hayan ofrecido a la venta como si llevaran esa marca. Tampoco procede con libros y constancias contables, remitos, órdenes de compra, facturas, etcétera. El art. 41 de la Ley de Marcas aclara que: "*El titular de una marca registrada constituida por una frase publicitaria, puede solicitar las medidas previstas en el art. 38 sólo con respecto a los objetos que lleven aplicada la frase publicitaria en infracción*".[3226]

Además, como las cautelares en materia de marcas se destinan a un doble efecto: evitar perjuicios al titular del registro y conservar la prueba del delito probable, la práctica conjunta del embargo, secuestro e inventario es lo más aconsejable. Si del acto se toma información de compras y ventas, distribuciones realizadas, depósitos vigentes, etcétera, el juez podrá ampliar la precautoria y fijar la caución correspondiente.

612.3 Contracautela

El reaseguro del afectado por el embargo y secuestro de los bienes con marca en probable infracción se consigue con la contracautela. Sin embargo, no es de aplicación inmediata porque depende del grado de verosimilitud del derecho que acredite el que obtiene la medida y de la solvencia patrimonial que tenga. Sucede que el artículo 38, párrafo final de la Ley N° 22362 dice que el juez "podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que este carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho". Circunstancia que relaciona el precepto con la primera parte del artículo 208 del Código Procesal que hace responsable al que abusa o excede del derecho cautelar que se le confiere.

La similitud, empero, no lleva a simetrías reglamentarias, porque el régimen marcario es una ley especial que deriva la responsabilidad por el abuso en las medidas cautelares al sistema de determinación

3226. Otamendi, Jorge, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 35 y ss.

resarcitorio del Código Civil y Comercial. El levantamiento del embargo o la reversión del secuestro se consiguen recién con la sentencia, que es el momento cuando se deduce la actuación con o sin derecho, más allá del estándar de la buena fe que, en el caso, se debe apreciar.

Por eso, el derecho a la indemnización que produce la medida cautelar abusiva no se genera con el levantamiento que sería el hecho *objetivo*, sino con una pauta *subjetiva*, presidida por la noción de culpabilidad genérica por abstención de la conducta debida al conseguir la precautoria. En este aspecto, habrá que indagar especialmente sobre el factor de imputabilidad.

Por otro lado, la singularidad del régimen se integra con el artículo 35 de la ley en cita, como veremos de inmediato.

Sólo resta decir que, a nuestro parecer, la contracautela es un presupuesto necesario de toda medida cautelar, por lo cual, incluso cuando sea notoriamente solvente quien las plantea y obtiene, tiene que prestarla, más allá de la modalidad que judicialmente se ordene conforme el humo de buen derecho ostentado.

612.4 Graduación de la contracautela

La graduación de la contracautela es discrecional. Puede ser juratoria cuando el conflicto no tiene relevancia económica; o ser real a *contrario sensu*. La jurisprudencia aplica un criterio coincidente:

> En los conflictos de índole marcaria, la caución que debe prestarse por el dictado de medidas precautorias debe fijarse teniendo en cuenta, además del derecho invocado por el actor, la trascendencia de la denominación en pugna –en el caso, un nombre de dominio registrado al que no se le había dado uso–, con la consecuente importancia de los perjuicios que pudieran irrogarse.[3227]

Asimismo, se destaca:

> Es procedente la fijación de una caución real –en el caso, dispuesta en una acción por cese de uso de marca– a fin de hacer efectiva una medida cautelar, pues la misma no sólo tiene por finalidad garantizar el efectivo resarcimiento de los daños que se causaren, sino asimismo, su rápida y

3227. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Deltaven S.A. c./ Publicidad Contacto S.A. y otros", 3/10/2002, *LL*, 2003-C-91.

expeditiva percepción, propósito este último que no tiene adecuada garantía en la caución juratoria ni tampoco en la fianza personal.[3228]

Sostiene Otamendi,[3229] al que también sigue la jurisprudencia, que una vez fijado el monto de la caución real que el demandado deberá prestar en el plazo que el juzgador fije, si no lo hace, el juez a pedido del demandante ordenará el embargo de la mercadería con la marca en cuestión y la suspensión de su uso, y sólo si el demandado así lo pide, el juez fijará una caución al actor. No compartimos este criterio, porque la contracautela está implícita en la responsabilidad por las medidas cautelares, y si bien es cierto que a mayor verosimilitud (*v. gr.* la titularidad de la marca es suficiente para el *fumus bonis iuris*) menores exigencias, la flexibilidad no significa privar al afectado de un resguardo, aunque sea prometido con el juramento personal. Quizás sea porque algunos fallos relacionan el caso con lo dispuesto en el artículo 35 segundo párrafo de la ley, lo que es independiente y, por tanto, inaplicable en las medidas cautelares.

612.5 La caución del artículo 35

El artículo 35 de la ley de marcas dispone un procedimiento particular que difiere de la caución que se pide al embargante. En el caso, el titular de una marca puede solicitar del demandado que está en el uso y continúa aplicando en sus mercaderías la marca en probable infracción una garantía para responder por los daños eventuales que produzca la prosecución del uso.[3230] El juez la podrá conceder atendiendo la apariencia o verosimilitud del derecho de las partes y al estudio de los hechos de la causa.

3228. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "FH Producciones S.R.L. y otro c./ I Team S.R.L. y otros", 17/9/2002, *LL*, 2003-D-1007.

3229. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 277.

3230. La caución exigida a la demandada guarda un objeto diverso al de la que se establece a favor de la actora, en el marco del art. 35 de la ley de marcas, pues mientras esta última se encuentra dirigida a asegurar el resarcimiento de los perjuicios que le podría producir la continuación del uso de la marca o designación por parte de la accionada, la contracautela sólo está dirigida a resguardarla de los daños que pudiera producirle la actitud de cesar en el uso de la marca o designación cuestionada o la obligación de caucionar (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Inversora Lumirt SA c/ García Agustín s/ cese de oposición al registro de marca", 3/11/1998, LL *online*).

El procedimiento exige como etapa previa intimar al demandado para que manifieste si continuará o no con la explotación y ofrezca las justificaciones que considere menester, además de ofrecer prueba. Cumplido ello, se fijará el monto de la garantía teniendo en cuenta no sólo los perjuicios posibles de producción por la permanencia en el uso de una marca comercial que no le pertenece como titular registrado, sino también, considerando la actividad que se desarrolla y el tiempo probable que la causa pueda insumir.

Obsérvese que no es necesario ponderar la solvencia económica de las partes porque la caución atiende otros objetivos; a tal punto que se ha dicho:

> No deberían ser considerados en la fijación de la caución suficiente aquellos eventuales perjuicios o costos que no tienen relación directa y causal con el cumplimiento de la orden de suspensión de la explotación y embargo de los objetos en infracción, sino que con consecuencia de decisiones adoptadas en forma discrecional y unilateral por la afectada frente a la existencia de tal orden. Asimismo, en la fijación de tal *caución suficiente* no debe ser perdido de vista el derecho aparente de las partes [sin que ello llegue al extremo de un análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan o de las circunstancias "adjetivas" que enmarcan al pleito, impropio en el estado inicial en que se encuentra], como tampoco que lo establecido en el segundo párrafo del art. 35 de la ley de marcas, comporta una secuela de denominado incidente de explotación que tiene origen en la propia conducta del demandado, quien habiendo con anterioridad anticipado su voluntad de no interrumpir el uso de la marca y haber provocado con ello la fijación de una caución real para poder continuar con la explotación, finalmente no la presta, dando lugar a las medidas consiguientes.[3231]

612.6 Mejora o sustitución de la contracautela

Trabado el embargo y comprobada su insuficiencia, se pueden requerir ampliaciones u otras medidas cautelares. A la inversa, si las mercaderías afectadas son de gran valor y el uso de marca no se presenta con la evidencia que se dijo al demandar, se puede exigir una contracautela mayor y si no se presta, el juez podrá levantar a medida.

En ambos supuestos, el tribunal puede actuar de oficio.

3231. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Roemmers SAICF c/ Dupomar SACIF especialidades medicinales s/ cese de uso de marca", 7/7/1995, LL *online*.

612.7 Caducidad de la medida cautelar. Mediación obligatoria

Obtenida la cautelar, quien la efectiviza tiene quince (15) días hábiles para deducir la demanda correspondiente. El transcurso del plazo no provoca la caducidad automática de la medida que, en su caso, debe requerirla el dueño de los objetos embargados o secuestrados.[3232]

El artículo 40 de la Ley N° 22362 prevé que sólo se computan los días hábiles a partir de la traba de la medida cautelar (arg. art. 207, CPCCN), es decir que el *dies a quo* del plazo comienza a correr desde que la medida se ha hecho efectiva.[3233] Esta figura describe una actitud omisiva de parte de quien obtuvo una medida de las previstas en la ley, y es precisamente tal conducta la que la norma procura sancionar a fin de evitar que el proceso cautelar se convierta en un instrumento de presión sobre el destinatario de aquellas.

La etapa obligatoria de mediación instaló algunas dudas sobre el tiempo concreto que debía ser cumplido. Algunos pensaron que los quince días eran para dar comienzo a la etapa negociadora. Por ello se dijo que, al resultar exigible el sometimiento de la cuestión sustancial al trámite previo de la mediación, no es posible iniciar la acción judicial contemplada en el artículo 40 citado sin haber instado aquella vía alternativa de resolución de los conflictos. Así como la Ley N° 22362 sujetó la supervivencia de las medidas cautelares marcarias a la iniciación del juicio, no es justo desconocer un efecto equivalente respecto del comienzo de la etapa mediadora –en la medida de que sea ejercida dentro del plazo de quince días– pues constituye un recaudo legal previo para la iniciación de aquel.[3234]

Por otra parte, se recuerda que las medidas cautelares caducan con las reglas del artículo 207 del Código Procesal, es decir, de pleno derecho, sin necesidad de petición de parte, mientras que en el supuesto comprendido en la ley de marcas (art. 40) es preciso que el dueño de los objetos embargados o secuestrados solicite que la medida sea dejada sin efecto, como se dijo con anterioridad.

3232. Cfr. art. 40, Ley N° 22362.

3233. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 15/10/1997, "Muriado, Marcelo y otros s/ medidas cautelares", LL *online*.

3234.. CNFed. Civ. y Com., Sala I, 4/2/2001, "Mayo,Marcos Daniel c/ Pelikan SA s/ incidente de apelación", LL *online*.

Para nosotros el problema se resuelve aplicando la solución encontrada para la caducidad del artículo 207 del Código Procesal. En efecto, desde la vigencia de la Ley N° 24573 y las reformas sucesivas, la presentación del formulario de mediación debe hacerse en el plazo que las leyes respectivas indiquen. Esta evidente relación entre la ley de mediación –en particular el art. 2– y el régimen adjetivo lleva a situar el sistema cautelar en una dimensión distinta de las cuestiones que deben transitar por la etapa obligatoria legalmente dispuesta. Y es una consecuencia lógica que implica sostener que la conciliación ordenada por la Ley N° 26589 no es exigible a la luz de lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal, en tanto ello importaría desvirtuar la esencia de toda medida cautelar al poner al futuro demandado en conocimiento anticipado de la pretensión que esgrime su contraria.

Criterio ratificado en varios fallos, donde se reitera que, en los supuestos comprendidos en el régimen de la mediación obligatoria, la habilitación de dicha instancia quedará postergada hasta que haya quedado consentida o ejecutoriada la traba de la cautela, y a partir de allí comienza a computarse el plazo para acudir a la mediación.[3235]

Hay una suspensión del curso del plazo de caducidad, pero, una vez concluida la mediación, el plazo vuelve a computarse desde que el mediador expida el acta con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno. Criterio similar al que establece que el plazo de caducidad del artículo 207 deja de correr mientras subsista la etapa de mediación obligatoria, pues la imposibilidad del actor de interponer en término la demanda determinaría la inocuidad de admitir la operatividad del plazo de extinción.[3236]

3235. CNCiv., Sala I, 1/10/1998, "F., M. E. c. B., E.", *LL*, 1999-F-790 [42.220-S]; *JA*, 1998-IV-490.

3236. Es improcedente el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en los términos del art. 40 de la Ley N° 22362 si el peticionante de la medida inició dentro de los 15 días que prevé la citada norma el proceso de mediación, pues ello es demostrativo de una actitud no elusiva por parte de este, finalidad perseguida por la ley al tratar de evitar que el proceso cautelar se convierta en un instrumento de presión sobre su destinatario (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Mayo, Marcos D. c. Pelikan S.A.", 5/4/2001; *DJ*, 2001-3, 524; *LL*, 2001-F-473).

613. Las medidas cautelares en la propiedad industrial

En materia de propiedad industrial (patentes en todas sus manifestaciones) reglamentan la Ley N° 24481 (arts. 83 y ss.) y el artículo 50 del Acuerdo TRIPs –sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio–: un conjunto de medidas, de tipo cautelar, por las cuales se concede a los titulares de derechos de propiedad industrial una protección especial que le facilita a los jueces ordenar rápidamente (inclusive, sin oír al afectado por la medida) acciones provisionales o anticipatorias, de tipo preventivo y asegurativo, tendientes a evitar que los derechos amparados queden sin una defensa rápida y efectiva, y expuesta al dilema del retardo natural del proceso común.

El sistema, también llamado ADPIC o GATT-TRIPs ("GATT" por "*General Agreement on Tariffs and Trade*"; "ADPIC" por "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio", y "TRIPS" por "*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*") fue aprobado en nuestro país por la Ley N° 24425 y reformada en cuanto aquí interesa por la Ley N° 25859.

El Acuerdo ADPIC es un Tratado Internacional con jerarquía constitucional que se agrega al derecho interno obligando al juez a aplicar sus disposiciones bajo el riesgo de inconstitucionalidad por la omisión. Asimismo, la jurisprudencia tiene dicho que tales normas deben interpretarse y aplicarse de modo armónico con las disposiciones del Código Procesal que requieren para la adopción de cualquier medida cautelar el cumplimiento de los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y depósito de una caución suficiente.

Durante muchos años rigió en nuestro país la Ley N° 111 (1864-1995), cuya única protección cautelar fue, en materia de marcas y patentes, el llamado "incidente de explotación" regulado en el artículo 58, después actualizado en el artículo 87 de la Ley de Patentes (N° 24481).

> El incidente de explotación demostró ser sumamente ineficaz en la práctica. En particular, la posibilidad que otorga el Código Procesal de ofrecer un seguro de caución, y el por todos conocido deficiente control en cuanto a la solvencia de las compañías de seguros por parte de la de la Superintendencia de Seguros de la Nación, posibilitaba que en la práctica el titular de la patente, luego de años de litigio, tuviera que conformarse con una sen-

tencia de daños y perjuicios a ejecutar contra un demandado insolvente o una compañía de seguros también insolvente.[3237]

En 1995 entraron en vigencia los mencionados acuerdos y con el artículo 50 los jueces pudieron "ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces" destinadas a "evitar que se produzca la infracción" y en particular a "evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales".

Explica Martín Bensadón:

> El mismo artículo 50 habilita a los jueces a dictar las medidas *inaudita parte* cuando ello sea conveniente y en particular cuando exista la probabilidad de cualquier retraso cause un daño irreparable al titular de los derechos o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas. En caso de que se haya adoptado la medida cautelar *inaudita parte*, el demandado deberá ser notificado sin demora después de ponerlas en aplicación. Para otorgar esas medidas, el peticionante deberá aportar la prueba que convenza al juez con un grado suficiente de certidumbre de que: (a) el demandante es el titular del derecho (lo cual se acredita con el título de la patente); y que (b) su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción. También puede exigirle el juez al peticionante cualquier otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate. Además requiere el inciso 3 del artículo 50 del TRIPS que el demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos. Finalmente, dispone el inciso 7 del artículo 50 del TRIPS que "En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual" podrá condenarse al demandante a pagar "una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas".[3238]

El régimen de la Ley N° 24481 permite al titular de la patente, que acredite con el título de ella o del certificado de modelo de utilidad, solicitar bajo las cauciones que el juez estime necesarias, las siguientes medidas cautelares: a) el secuestro de uno o más ejemplares de los objetos en infracción o la descripción del procedimiento incriminado;

3237. Bensadón, Martín, "Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la Ley N° 25859", *LL*, 2004-D-1355.

3238. Ibídem, p. 1356.

y b) el inventario o el embargo de los objetos falsificados y de las máquinas especialmente destinadas a la fabricación de los productos o a la actuación del procedimiento incriminando.

Para que se ordenen esas medidas hay varias condiciones que abastecer. Ellas son:

a. Que exista una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida; b) que se acredite sumariamente que cualquier retraso en conceder tales medidas causará un daño irreparable al titular; c) que el daño que puede ser causado al titular excede el daño que el presunto infractor sufrirá en caso de que la medida sea erróneamente concedida; d) que exista una probabilidad razonable de que se infrinja la patente; e) que, previamente a concederse una medida cautelar, se designe a un perito oficial para que se expida sobre los puntos a) y d), es decir, validez de la patente y existencia de infracción, en un plazo de quince días; f) que antes de hacerse efectiva la medida se ordene al solicitante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

Además, dispone el artículo 83 que si se cumple con esos requisitos la medida cautelar se concederá inaudita altera parte "en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas".[3239]

Las medidas que trata el artículo 83 referido serán practicadas por el oficial de justicia, asistido a pedido del demandante por uno o más peritos. El acta será firmada por el demandante o persona autorizada por este, por el o por los peritos, por el titular o encargados en ese momento del establecimiento y por el oficial de justicia (art. 84).

El que tuviere en su poder productos en infracción deberá dar noticias completas sobre el nombre de quien se los haya vendido o procurado, su cantidad y valor, así como sobre la época en que haya comenzado el expendio, bajo pena de ser considerado cómplice del infractor. El oficial de justicia consignará en el acta las explicaciones que espontáneamente o a su pedido haya dado el interesado (art. 85).

Las medidas enumeradas quedarán sin efecto después de transcurridos quince (15) días sin que el solicitante haya deducido la acción

3239. Bensadón, Martín, "Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la ley 25.859", *op. cit.*, p. 1357.

judicial correspondiente, sin perjuicio del valor probatorio del acta de constatación y de lo ya dicho respecto a la suspensión que produce la Ley N° 24573 de mediación obligatoria.

El demandante, cuando no hubiere obtenido alguna de las medidas cautelares reseñadas, podrá exigir caución al demandado para no interrumpirlo en la explotación del invento, en caso de que este quisiera seguir adelante con ella, lo que constituye una variación respecto a la ley de marcas.

La jurisprudencia que aplica los acuerdos internacionales a tono con la Ley N° 25859 de reformas a la ley de patentes se muestra constante con la prédica de armonía entre los requisitos especiales y los del sistema procesal que, en definitiva, no son muy distantes.

En tal sentido, la *verosimilitud* basada en el título no es bastante cuando el conflicto es complejo o exige de un tecnicismo de esclarecimiento sólo factible en un proceso más amplio. En particular, las patentes de procedimientos y en cierta medida, las de formulaciones, son las que ofrecen mayor dificultad.[3240]

En la práctica, la cobertura del *fumus bonis iuris* se desenvuelve en los límites de la probabilidad cierta, o en "grado suficiente de certidumbre" (en los términos del art. 50.3 del ADPIC), que es un estándar muy superior al de acreditar el humo de buen derecho.

De este modo se afirma:

> Correlativamente, la aproximación a la certidumbre impregna su rigor a los medios probatorios acompañados para fundar la verosimilitud. Actualmente, en la medida en que existan informes técnicos, acompañados por la actora en la demanda y por la contraparte –si así se dispuso– que contengan afirmaciones contradictorias se vuelve "de imprescindible necesidad" (el ofrecimiento y) "la producción de un dictamen pericial" que forme la convicción del juzgador. Este requisito surge además cuando el demandado niega la infracción o aduce la nulidad de la patente, controvirtiendo en derecho del actor. La prudencia de los jueces está sometida a la evaluación de complejos documentos como los certificados de comercialización de medicamentos emitidos por la ANMAT, tanto del actor como del demandado; disposiciones ANMAT que aceptan la bioequivalencia entre

3240. Cantafio, Fabio Fidel, "Análisis de la jurisprudencia sobre las medidas cautelares en materia de protección de información confidencial y de patentes de medicamentos", *LL*, 2007-C-849.

las especialidades en disputa; los títulos de patentes, como así también, los certificados de análisis físico químicos (como las cromatografías, análisis por difracción de Rayos X de estructuras cristalinas, etc.).[3241]

Cabe agregar que estos estándares son mínimos, vale decir, que sólo queda en manos de los Estados Miembros la posibilidad de legislar por encima de ellos.[3242]

614. Las medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las medidas cautelares que se pueden disponer en el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos provienen del Reglamento de la Comisión (art. 25). Ellas son de diverso carácter, porque tienen finalidades *preventivas* (de protección a las personas), *conservatorias* (inspecciones, visitas *in loco*), y *asegurativas* (resguardas bienes, cosas o lugares).

El precepto introduce la posibilidad de "adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas", que por su amplitud exceden largamente la finalidad precautoria para convertirse en decisiones precautorias, de carácter extraordinario, destinadas a la protección de bienes o personas sobre las cuales ha de actuarse con urgencia. Incluso de no estar reunida la Comisión, su presidente está facultado para tomar la decisión de otorgarlas.

614.1 Medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Reglamento no especifica cuáles son esas medidas, que pueden ser de protección de personas (testigos, denunciantes, víctimas, etc.) y concretarse mediante la guardia o custodia,[3243] o para mejorar la in-

3241. Cantafio, Fabio Fidel, "Análisis de la jurisprudencia sobre las medidas cautelares en materia de protección de información confidencial y de patentes de medicamentos", *op. cit.*, p. 850.

3242. Kors, Jorge, "Medidas cautelares en materia de propiedad industrial. Legislación, doctrina y jurisprudencia", *JA*, 2000-IV-833.

3243. Muy interesante es el caso de "Digna Ochoa", en el que la Corte había dispuesto medidas provisionales en protección de la víctima, defensora de los derechos huma-

vestigación sobre el caso denunciado y también para lograr una mejor visualización sobre la denuncia.

El actual Reglamento de la Comisión IDH acentúa el poder cautelar del organismo con el texto siguiente:

1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.
2. A efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que:
    a. la "gravedad de la situación", significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
    b. la "urgencia de la situación" se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
    c. el "daño irreparable" significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.
3. Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.
4. Las solicitudes de medidas cautelares dirigidas a la Comisión deberán contener, entre otros elementos:
    a. los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas;

---

nos en México y de otras personas, que habían sido amenazadas de muerte por sus actividades. Se dispuso una custodia que duró varios meses. Las medidas resultaron eficaces mientras duraron y fueron levantadas en agosto de 2001. En octubre de 2001 Digna Ochoa fue asesinada.

b. una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y
c. la descripción de las medidas de protección solicitadas.

5. Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes.
6. Al considerar la solicitud, la Comisión tendrá en cuenta su contexto y los siguientes elementos:
   a. Si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes, o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;
   b. la identificación individual de los propuestos beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados; y
   c. la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.
7. Las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas que incluirán, entre otros, los siguientes elementos:
   a. La descripción de la situación y de los beneficiarios;
   b. la información aportada por el Estado, de contar con ella;
   c. las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad;
   d. de ser aplicable, el plazo de vigencia de las medidas cautelares; y
   e. los votos de los miembros de la Comisión.
8. El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables.
9. La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto las medidas cautelares vigentes. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios antes de decidir sobre la

petición del Estado. La presentación de tal solicitud no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.

10. La Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento apropiadas, como requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. Dichas medidas pueden incluir, cuando resulte pertinente, cronogramas de implementación, audiencias, reuniones de trabajo y visitas de seguimiento y revisión.
11. En adición a lo expresado en el inciso 9, la Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación.
12. La Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 76 del presente Reglamento. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, estas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud.
13. Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación.

La pormenorizada explicación enfatiza muchas condiciones para la procedencia de la potestad que tiene raíz en el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que instala a la Comisión como órgano competente, y que en orden a lo dispuesto por el artículo 41.b) puede –cuando lo estima conveniente– formular recomendaciones a los Estados miembros para que adopten disposiciones apropiadas que fomenten el debido respeto a los derechos humanos.

El artículo 18.b) del Estatuto de la Comisión IDH le permite hacer recomendaciones a los Gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales.

El inciso d) indica que también podrá solicitar que los Gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

Por su parte, el artículo 19 (siempre del Estatuto) dice:

> En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:
> a. Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
> b. Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
> c. Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aun no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas.

Sólo señalamos estos tres incisos porque son los que dividen a la doctrina sobre el alcance que tienen estas medidas cautelares. Héctor Faúndez Ledesma sostiene:

> El ejercicio de esa competencia lleva implícita la facultad de adoptar las medidas que sean indispensables a fin de garantizar la eficacia de lo que se resuelva al final de ese procedimiento; de lo contrario, al no evitarse un daño irreparable, cualquier determinación que pudiera hacer la Comisión en relación con esas peticiones, así como cualquier recomendación que le pudiera formular al Estado denunciado, podría verse frustrada.[3244]

La amplitud de facultades razona junto con los motivos que la Comisión expuso al reformar el Reglamento que comenzó a regir el 1 de agosto de 2013.

La Resolución 1/2013 justificó que fuera alterado el régimen cautelar con la idea de fortalecer la capacidad de gestionar en forma independiente y autónoma; sin perjuicio de conciliar la seguridad jurídica con la flexibilidad necesaria para responder a los requerimientos de las víctimas y personas en riesgo. En este sentido, afirmó que las medidas cautelares debían ser controladas en su aplicación con el seguimiento de relatores en cada país donde se debían ejecutar, con la finalidad de

3244. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª edición, 2004, p. 373.

solicitar un plan de trabajo o cronograma de implementación de medidas de corto y largo plazo en asuntos de especial complejidad.

Las tres premisas de justificación son el *daño inminente*, la *gravedad comprobada* y el fin de evitar *daños irreparables*. La posibilidad de hacerlo se considera sobre la base de "recomendaciones" que la Comisión puede señalar a los Estados Parte para que adopten disposiciones apropiadas que fomentenel debido respeto a los derechos humanos.[3245] También se afirma que la potestad cautelar proviene del mismo Sistema Interamericano que fluye del régimen convencional al que las partes adhieren y se comprometen a respetar.

Otros confirman la procedencia y dicen:

> Los artículos 25.1 y 25.2 del Reglamento apoyan la posibilidad de que la Comisión, por iniciativa propia o a petición de parte, solicite a un Estado que adopte medidas cautelares. Esa discrecionalidad conferida a la Comisión IDH para iniciar la tramitación de medidas cautelares *motu proprio*, también debería servir para concluir un procedimiento ya iniciado, una vez que dejan de existir los elementos de gravedad y urgencia que lo motivaron, independientemente de la intervención del Estado involucrado.
>
> Actualmente se observan diversos procedimientos cautelares paralizados (por inercia de la Comisión IDH, del Estado o de la propia interesada), que no cumplen con su función de proteger derechos en situaciones de gravedad y urgencia. Sería interesante concebir algún dispositivo que contemplase la caducidad de las medidas cuando los interesados no las impulsen dentro de un determinado plazo. A nadie beneficia que se acumulen medidas que han dejado de cumplir su función original de responder a situaciones de emergencia.
>
> Además, se observa que en algunos casos el objeto de la solicitud de medidas cautelares no se ha restringido a cuestiones de hecho, sino que se ha adentrado, muchas veces, en cuestiones de fondo que podrían ser analizadas más adecuadamente en el marco de un caso iniciado mediante una petición.[3246]

3245. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, *op. cit.*, p. 379.

3246. Temponi, Cristina, "Una mirada general al sistema de medidas cautelares en Brasil", *Revista Aportes (de la Fundación para el Debido Proceso Legal)*, año 16, N° 5, 2012, p. 32.

614.2 Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las medidas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve de oficio o a petición de parte no son "medidas cautelares" sino *provisionales*. Sin embargo, como la Comisión también puede solicitarle la adopción de dichas medidas en relación con casos que aún no se le hayan elevado o que estén en conocimiento por la propia Comisión, las decisiones de uno u otro organismo del sistema se complementan.

Las medidas provisionales tienen, por definición, un sentido diferente a las medidas cautelares. Las primeras son efímeras; la transitoriedad asienta en quedar dispuestas para situaciones de emergencia que deben ser resueltas de inmediato, pero como son momentáneas, su vida útil es precaria. Las cautelares, en cambio, son respuestas de urgencia de carácter preventivo (evitar que algo se pierda) o asegurativo (resguardar una situación de futuro). Las dos mantienen su eficacia mientras perdure la situación que les dio origen.

Cuando unas y otras se ordenan en un proceso jurisdiccional, la decisión adoptada también impacta en la validez que se busca para garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. 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, que obran como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza de un pronunciamiento judicial.[3247]

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. De ahí que una medida provisional posea también naturaleza tuitiva o de protección especial; mientras las cautelares son disposiciones predominantemente procesales.

En el Sistema Interamericano y, particularmente, en los dos órganos que lo implementan, existen con diferencias de nombres estas actuaciones de utilidad ante la gravedad y urgencia. La reglamentación

3247. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 557 y ss.

puntual y detallada que tiene el reglamento de la Comisión bajo el título "Medidas precautorias"[3248] se reitera en el artículo 27 del reglamento de la Corte, esta vez con el enunciado de "Medidas provisionales".

Los pares tienen simetría en la extensión que dedican a estos aspectos, pero en el caso de las resoluciones de tipo cautelar que adopta la Corte, los presupuestos son distintos y las circunstancias reglamentadas distan de necesitar tan elaborada explicación, al versar sobre cuestiones circunstanciales. Con ello queremos afirmar que hay diferencias entre las medidas precautorias de la Comisión y las provisionales que decide la Corte. Para nosotros ambas son providencias cautelares, sólo con preocupaciones desiguales. Las de la Comisión, por el aprieto que sufre la obligatoriedad de cumplimiento; las de la Corte, por situaciones de contingencia y reglamentación.

El artículo 27 referido, en la parte que ahora nos ocupa, dice:

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.
2. Si se tratare de asuntos aun no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.
3. En los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a esta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso.

Los presupuestos de "extrema gravedad y urgencia" destinados a evitar "daños irreparables a las personas" ponen un marco especial a las condiciones de procedencia.

El recorte que sufre respecto a las medidas cautelares tradicionales aparece en que la necesidad opera por la incidencia del tiempo sobre los hechos, y el impacto que la dilación puede surtir respecto a las personas. Es decir, no hay una previsión especial para el objeto (*v. gr.* investigar documentos que de no quedar resguardados podrían desaparecer por la desidia del Estado) ni una previsión para el resultado eventual o probable

3248. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Sistema Procesal Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 2016, cap. V y XXII.

de una sentencia propicia. De este modo, las medidas que la Corte pondera tienen una finalidad preventiva, sin atender la faz conservatoria.

Como tienen base convencional, la obligatoriedad está, por vía de principio, dogmatizada; pero las que no tienen ese asiento, como aquellas previstas en el artículo 27, inciso 5 (que pide el presidente cuando la Corte IDH no está reunida), pueden quedar con el margen de cuestionamiento que sufren las precautorias dispuestas por la Comisión.

Otra particularidad está en la disposición de oficio, en los términos del artículo 63.2 de la CADH; o a petición de parte en los casos que tengan relación con la causa que se sustancia.

Existen diferencias y semejanzas entre *medidas cautelares* y *medidas provisionales*. Las primeras corresponden a facultades de la Comisión y son por ello aplicables a todo tipo de peticiones o comunicaciones, de modo que se pueden disponer a todos los Estados Miembros de la OEA. Las medidas provisionales, en cambio, sólo resultan procedentes respecto de Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a su vez hayan reconocido la competencia de la Corte Interamericana. Ello es así por dos razones: 1) porque están previstas en el texto de la Convención cuyas disposiciones sólo pueden aplicarse a los Estados que la han ratificado y 2) porque no podría la Corte tener ningún tipo de intervención en relación con un Estado que no hubiere aceptado su competencia.

Otra diferencia es el momento en que pueden implementarse, pues las *cautelares* son procedentes en cualquier circunstancia en que la Comisión lo considere necesario, en tanto las *provisionales* son dispuestas por la Corte en relación con los asuntos que está conociendo y sólo excepcionalmente (si se lo solicita la Comisión) en los casos que aún no le han sido sometidos a estudio.

También se muestran distintas en la *obligatoriedad*, ya que mientras las cautelares son meras recomendaciones, las provisionales dispuestas por la Corte son de cumplimiento forzoso para el Estado.

Son similares, no obstante, en su propósito, que es proteger a las personas evitando que se consumen daños irreparables. Además, ambas deben ser transitorias.

SECCIÓN 2ª
TEORÍA GENERAL DE LOS RECURSOS

Capítulo LXXXI
Teoría general de la impugnación

615. Impugnación y recursos

Conformarse con una situación jurídica que se cree justa es propio de una conducta; cuando se altera, modifica, restringe o suceden hechos que inciden en ella, quien siente la afectación se queja. Si lo hace frente al hecho y contra el que lo produce, ese acto crítico suele quedar emplazado en la *impugnación*, es decir, se impugna el comportamiento que violenta la buena fe contractual; se pide reflexión al que abandona la confianza antes depositada; se intima a reconducir la dirección y, en general, esto se manifiesta con actos externos al proceso judicial, aunque pueden ser documentos de preconstitución probatoria (*v. gr.* carta documento intimando el pago; acta notarial que instrumenta el estado de cosas o lugares abandonadas por quien las ocupaba, etc.).

Cuando los hechos suscitan el conflicto judicial, aquella creencia de estar asistido en derecho es un proceso interno que mentaliza a cada litigante en la razón que sostiene; por eso, cualquier decisión judicial en contrario enerva su enhiesta actitud y mueve a la queja. La disconformidad se explicita en la impugnación, que ahora toma la forma de *recursos*, persiguiendo por esta vía que aquel resolutivo se corrija, revoque o reconsidere.

Este bosquejo de lo que significa la impugnación, propiamente dicha, tiene relevancia para diferenciar la teoría general de la impugnación respecto de la teoría de los recursos. La primera habita fuera del proceso, mientras que la segunda es propia de él. Sin embargo, una parte importante de la doctrina se opone a contemplar como autónoma a la vía de impugnación, prefiriendo contarla dentro del proceso existente, como si fuera un antecedente. Lo cierto es que, independiente o no, la impugnación es una categoría propia de los actos jurídicos. Poco interesa diferenciar la entidad del vicio (error) o la calidad de la providencia cuestionada. Tampoco trasciende para la definición

el órgano que revisa el acto atacado. De este modo, los defectos de forma o de fondo podrán reciclar cuando, a través de la impugnación, se procure la reforma, la modificación, la integración, la aclaración o la sustitución de cualquier resolución judicial.[3249]

La finalidad que persigue el reexamen de decisiones que no conforman es posible en tanto se coincide en señalar la falibilidad humana ("los jueces también son hombres", decía Calamandrei) y la aspiración de justicia en cada situación particular. Como actividad, la impugnación es un acto único y autónomo. Su principal característica radica en el inconformismo y en la búsqueda de equidad. El medio generalmente apto para transferir al proceso esa queja, es el recurso.

Según Hugo Alsina:

> Llámanse 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.[3250]

También Podetti coincide en la definición:

> Recurso, en el lenguaje común, implica un medio o vía para obtener algo. En el léxico jurídico, no es muy distinto el concepto, puesto que los recursos son vías establecidas por la ley, para obtener, mediante la aclaración, integración, revocación, modificación o anulación y sustitución de resoluciones judiciales, la justicia del caso.[3251]

De lo expuesto, se colige una relación íntima entre la impugnación y el recurso, aun cuando lo correcto sea vincularlos en simbiosis de género a especie. La *impugnación* será el género, el *recurso* la especie, tanto como otras figuras que portan igual o similar fundamento, como la nulidad o la queja.

3249. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 43.

3250. Alsina, Hugo, *Tratado teórico practico de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 185.

3251. Podetti, Ramiro, *Tratado de los Recursos*, Buenos Aires, Ediar, 1958, p. 11.

616. Historia de los recursos

Considerar al recurso como un instrumento del proceso que resulta el vehículo de transporte de la queja puede ser un error, salvo que se haga una lectura descriptiva del fenómeno. La decisión jurisdiccional (en definitiva, el Poder) por vía de principio es irrevisable, ya sea que se dicte en nombre de una autoridad representada, o como voluntad divina. En cualquier caso, una crítica constituye un "alzamiento" contra la autoridad, y sólo se puede tolerar como "súplica" ante el soberano para que reconsidere la situación.

El juez, en consecuencia, ejercía la función jurisdiccional en territorios asignados conforme una delegación realizada por quien tiene la voluntad superior de juzgar. Por ello, cualquiera fuera el motivo o el tiempo, él podía solicitar que le fuera devuelta la jurisdicción, o porque así lo quería o porque era disuadido por la petición o queja del afectado, que son los orígenes de los recursos de avocación y apelación.

Transversalmente hay otra cuestión que anida en el tiempo para decidir y en los plazos necesarios para que la sentencia quedara firme. Este ha sido un verdadero problema en la historia del instituto, pues confrontan la exigencia de una justicia rápida y eficaz con la seguridad de ofrecer al justiciable la posibilidad de reexaminar la sentencia que lo agravia con el fin de confirmar la certeza de su convicción. Bien decía Carnelutti que en esta cuestión se perfila de la manera más impresionante el contraste entre la exigencia de justicia y la exigencia de certeza, "y la solución no puede encontrarse más que en una medida de conciliación entre ambas exigencias opuestas".[3252]

La historia demuestra que la impugnación ha sido tratada más como un dilema político que como un problema de técnica procesal.

616.1 Derecho Romano

En el derecho romano, durante la República, no existía forma directa de recurrir contra la sentencia, sino por vías extraordinarias y excepcionales como la *intercessio*, la *revocatio in duplum* y la *restitutio in integrum*.

3252. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), T. II, Buenos Aires, Ejea, 1973, p. 180.

Con Augusto –a partir del Imperio– se creó la *apelación*, pues recién allí se conoce la escala jerárquica propia de la ascendencia recursiva.

La *intercessio* era una orden emitida por un magistrado para impedir que una ley o una orden judicial que fuera contra las libertades públicas pudiera ser ejecutada. La *revocatio in duplum* data de la época de Cicerón (procedimiento formulario), y era procedente cuando la sentencia contenía vicios de forma o de fondo que, en caso de prosperar, conseguía la anulación, pero si era rechazada, el recurrente debía pagar el doble de lo que fuera sentenciado.[3253] A su vez, la *restitutio in integrum* era un medio de retornar las cosas a su estado originario. Fue creado por el Pretor para subsanar los vicios del consentimiento en los contratos y proteger a las personas que a causa de su inexperiencia hubieran contratado en condiciones lesivas a su patrimonio, anulando toda estipulación y restituyendo las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el convenio. Como recurso de invalidación era menester agotar, previamente, los recursos ordinarios (remedios).

En general, durante la República se mantenía el principio de inapelabilidad de la sentencia, hasta que a comienzos del Imperio se creó un medio corriente y normal para la revisión de los fallos: la apelación (*appellatio*).

Ulpiano decía*: appelandi ussus... necessarius est quum iniquitatem, judicatium, nel imperitiat corrigat,* manifestando la procedencia del medio contra decisiones injustas por cuestiones formales o sustanciales. No era necesario fundamentar el recurso, bastaba con denunciar el vicio que trascendía.

Impregna al derecho romano el sentido racional que tiene un proceso, el cual no se podía resolver sólo por la voluntad de hacerlo y tener jurisdicción (el poder de decir el derecho que a cada uno le corresponde), sino, antes bien, por el derecho a la equidad y justicia de dar a cada uno lo suyo.

616.2 Derecho Canónico

En el derecho canónico persisten principios procesales del derecho romano, tales como el efecto suspensivo y la escala jerárquica

3253 Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano,* Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 105.

para la resolución; pero el sentido racional se abandona por el convencimiento místico.

Contra las providencias de los Obispos cabían impugnaciones que decidían los Concilios Diocesanos y Provinciales, y en algunos supuestos, el mismo Papa o sus delegados.[3254] Son de este tiempo los recursos de apelación, de nulidad y la *querella nullitatis*.

La ciencia canonística tiene su inicio, de alguna forma, en la obra de Juan Graciano, considerado por ello el padre del derecho canónico. Este monje camaldulense del siglo XII es el autor de la primera síntesis de derecho procesal canónico dispersa a lo largo de su *Concordia discordantium canonum*, a pesar de no haberse ocupado exhaustivamente en ella de este tema, ya que su obra analiza sobre todo aspectos dogmáticos y morales.

Antes de Graciano, el legislador apenas usaba normas del derecho romano o del germánico. Graciano, sin embargo, va a ser el primero en intentar sistematizar todas esas normas y en darles un nuevo matiz, surgido de su propio genio, aderazándolas con sus peculiares opiniones doctrinales. Sin duda el estudio procesal que incluye el Decreto apenas trata unas pocas instituciones procesales. Y las que se incluyen se estudian desde un punto de vista sobre todo moral. La ciencia canónica comenzaba entonces a liberarse de la tutela teológica, apareciendo como una nueva ciencia embrionaria, demasiado subordinada aún a la dependencia del derecho romano, del que va a tomar la principal división de la materia procedimental en contenciosa y penal.

Por consiguiente, se sostiene:

> La recepción por parte de Graciano de la prohibición de la tercera apelación, se contiene en C. 2 q. 6 c. 3941. La mayor parte de la doctrina procesal del Decreto aparece en las Causas II y III de la segunda parte, cuyas fuentes

3254. La jurisdicción en materia procesal es compartida por tres sujetos diferentes: el Papa, los Concilios y los Obispos. La de los dos primeros era excepcional, ejercida especialmente en casos graves y en materia dogmática era, sobre todo, una jurisdicción de carácter penal. La instancia más normal era la *episcopalis audientia.* En la época del emperador Constantino no cabía apelación de la sentencia episcopal; posteriormente la legislación canónica introdujo dicha posibilidad: en primer lugar al Concilio provincial o al Metropolitano, y de este al Papa. Valentiniano III introdujo en el 452 la posibilidad de solicitar a los tribunales ordinarios la ejecución de los laudos obtenidos en la *episcopalis audientia* por considerar que se fundaban en un *compromissum* de ambas partes (López Zubillaga, José Luis, "La cosa juzgada en el derecho canónico medieval", *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, N° 26, Universidad de Valparaíso, 2004, pp. 395 y ss.).

> se encuentran en el derecho romano. Para una correcta comprensión del texto del Decreto relativo a la prohibición de la tercera apelación, se echa de menos una edición crítica del mismo ya que la edición de E. Friedberg resulta insuficiente. Además se debe tener en cuenta también que, a pesar de la tradición sobre la autoría del Decreto, cada vez más se va abriendo paso la hipótesis de que su elaboración provenga de más de una mano, así como que los textos han sido objeto también de sucesivas reelaboraciones. Todo eso debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar los textos. La materia procesal contenida en el Decreto se articula sobre la base de las tres partes principales del mismo: fase introductoria, instructoria y definitoria o decisoria. La primera se centra sobre todo en la demanda y la citación del demandado; la fase instructoria tiene como elemento esencial la recogida de las pruebas; y la definitoria concluye la causa dando respuesta a la solicitud de las partes en la sentencia.
>
> Sin duda la finalidad del proceso, y también en Graciano, no es otra que la obtención de la *iustitia*. Este deseo está siempre en la base de cualquier ordenamiento procesal que debe buscar la actualización del ideal de la justicia, protegido por la ley, en el caso concreto objeto del litigio. Este ideal se encuentra presente en el Decreto a través del influjo del concepto moral de *charitas*. La caridad debe ser el medio que filtre la justicia en el caso concreto. Por eso el derecho romano elaboró el concepto de *aequitas*, como correctivo de posibles injusticias provenientes de la aplicación rigurosa de la *lex*. Esta *aequitas* romana toma en Graciano el aspecto de *charitas*, como medio de realización adecuada de la justicia en los casos concretos por medio de la interpretación más benigna de la ley.[3255]

El procedimiento fue llamado *romano-canónico*, esencialmente escrito, lento y con múltiples denuncias contra actos del proceso. Por ello, el Concilio de Trento limitó la recurribilidad de las providencias de trámite, pero dejó vigente la diversidad de recursos admitidos contra la sentencia. En realidad, esta situación fue una característica de la Edad Media. Los jueces eran funcionarios veteranos que procuraban facilitar la interposición de recursos, mejorando sus rentas por el trabajo complementario. No interesaba tanto la técnica, como sí el motivo, de manera tal que era apelable toda sentencia definitiva y, por excepción, aquellas interlocutorias que tuviesen la forma o alcance de ella.

3255. Ibídem, p. 410.

616.3 Derecho Germano

Entre los germanos, en cambio, la sentencia consistía en un juicio final divino, sagrado y, como tal, la decisión no podía ser injusta. Esto define la característica de un derecho por demás interesante que admite, en sus orígenes "el sabor recio y crudo de instituciones salvajes".[3256] Si bien reconoce la impronta del derecho romano en muchas instituciones, no ocurre así en materia procesal pues mantiene la organización y el esquema tradicional en sus costumbres.

El "Ding" era la Asamblea del Pueblo y constituía el órgano de máxima autoridad judicial, pues aunque existía el juez, sus funciones eran más bien las de un director de debates o las de un investigador. La decisión final era del Ding, después de un procedimiento público, oral y formalista al extremo, donde era más importante cumplir con las solemnidades que profundizar en los contenidos. La comparecencia de las partes era obligada en todos los actos; la ausencia se interpretaba como un "acto de guerra" que importaba perder la paz. Curiosamente, la sentencia tenía efectos declarativos: era una declamación.

Esta situación duró mucho tiempo; sólo bajo el reinado de Carlos *El Magno* pareció darse mayor razonabilidad a los procesos, pero el Ding resistió al punto de reunirse apenas ocasionalmente, dando espacio a los llamados *Ding imperfectos*, que eran Asambleas convocadas por los Condes. Se conforman así, órganos jurisdiccionales que dependen directamente del monarca, que gozaron de lo que hoy llamaríamos el *fuero de atracción*.

El derecho de impartir justicia con las jurisdicciones patrimoniales o *señoriales* pasó de los señores feudales a los terratenientes. Ya en la Edad Media, la sociedad estaba dividida en estratos, de modo que sólo dentro de ellos imperó la igualdad. Por eso, las apelaciones contra las decisiones eran totalmente excepcionales, y no se veía bien que alguien cuestionara ante el monarca las resoluciones habidas por "los señores".

Hacia fines de la época medieval coexistían dos órdenes de procedimientos. Por un lado, los que se sustancian ante los *Tribunales Camerales*, solemne, rígido y de fuente en el derecho romano. Por el otro, el

3256. Barquín Alvarez, Manuel, "Los recursos y la organización judicial en materia civil. Estudio comparativo de los sistemas de impugnación en Alemania, España, Italia y México", *Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM*, México, 1976, p. 57.

proceso sajón, con características que se conservarán en años siguientes, pero sin decidir la influencia de uno sobre otro. Ello provocó una confusión suprema en los medios procesales correspondientes, que únicamente en el corto espacio de vida del Estado de Prusia fue salvado por la unificación entonces dispuesta.

En el siglo XVII, bajo el reinado de Federico Guillermo I, se produjeron grandes reformas, que en materia de recursos procesales impactaron notablemente con la sanción del *Corpus Iuris Fridericiarum* (1781). que creó el recurso de restitución contra la sentencia contumacial coincidente con el recurso de oposición actual.

Con las invasiones napoleónicas se introduce el derecho francés en Alemania, que sustituyen el derecho común. Aparece el "Proyecto de Hannover", que divide el país en regiones con su propio derecho sustancial y procesal, hasta que en 1876 se unifica la Ordenanza Procesal y sufre reformas sucesivas hasta 1833. Las decisiones se dividen en "sentencias, autos y decretos", tolera recursos sin demasiados cambios ni variedades respecto de los sistemas conocidos.

616.4 El derecho patrio

La evolución de las ideas y la trascendencia de ellas hacia el derecho patrio observa entre nuestros antecedentes cómo *Las Partidas* se refieren al amparo de quien sufre un perjuicio, y al agravio que debe repararse en el proceso. El primero fue admitido con el alcance de nuestra actual apelación; el restante consistía en la revisión de lo resuelto.

La simplicidad del planteo no fue transportada a las colonias, circunstancia que, unida a la heterogeneidad de funcionarios con jurisdicción, elaboró un complejo entramado de vías de impugnación.

> El órgano inferior era el alcalde (integrante de los cabildos) y por encima de él un órgano eminentemente político: el gobernador, el intendente o el teniente gobernador, según las épocas y los lugares. Por encima de los mencionados, en lo que, para algunos asuntos, podía ser ya una tercera instancia, estaban los tribunales colegiados de justicia. Tribunales de variadas designaciones, esto sí predominantemente judiciales, pero no sin funciones también administrativas y políticas (audiencias, chancillerías, etc.).[3257]

3257. Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 20.

Contra las resoluciones dispuestas podían articularse recursos de apelación y súplica, o en "vista" y "revista". A su vez, lo decidido era atacado por una segunda suplicación o "recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria" que se deducía ante el Rey de España primero, y luego ante el Consejo Supremo de Indias.

La influencia de *Las Partidas* y el derecho romano se hizo evidente en la apelación, admitida como una revocación por falsas pruebas –que constituyó en los hechos, una verdadera revisión– y la nulidad, sea como *restitutio in integrum* o como recurso extraordinario. Los plazos eran muy amplios (un año de dictada la sentencia), no tanto por la lejanía del lugar donde debía sustanciarse (Charcas Bolivia; o Sevilla España), sino por la dimensión exacerbada de la efectividad requerida.[3258] En tiempos de la independencia los recursos no se modificaron, pero se sustituyeron los órganos judiciales. Expone Podetti:

> … subsiste el recurso de aclaratoria y el de revocatoria ante el mismo juez. La nulidad puede pedirse como acción ante el mismo juez o ante el superior, acompañada del recurso de apelación. Y, por vía de excepción, *cuando a la solicitud de que se ejecute la sentencia, se objeta su nulidad.* En cuanto a la apelación (el medio más natural y ventajoso de reparar los agravios causados por la sentencia) produce dos efectos, uno suspensivo por el cual se suspende la jurisdicción del juez que ha sentenciado y no puede innovar en la causa sin producir atentado, otro devolutivo por el que se devuelve al superior el conocimiento de la causa para la confirmación o revocación de la sentencia apelada.[3259]

Posteriormente, va acentuándose un proceso lento de limitación a los recursos, que se cierra con las primeras leyes de enjuiciamiento civil española de 1855 y 1881. Quedan la aclaratoria y revocatoria como piezas del agravio ante el mismo juez que resuelve; y la apelación. Sin embargo, de las cuatro o cinco instancias del antiguo procedimiento: alcalde o juez de primera instancia; gobernador, teniente de gobernador o juez de provincia; audiencia o Cámara de justicia; Consejo Supremo de Indias o tribunal de recursos extraordinarios, y a veces el Rey como instancia suprema, todo se reduce a tres. Ellas son –dice Podetti– "el juez de primera instancia, el juez o tribunal de alzada

3258. Ídem.

3259. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 71.

(instancias ordinarias) y los superiores tribunales o supremas cortes provinciales y la Suprema Corte Nacional (instancias extraordinarias y la última, también, tercera instancia ordinaria)".[3260]

616.5 Derecho comparado

El derecho comparado nos muestra que, en *Italia*, no existen propiamente recursos, sino impugnaciones, prefieren la primera nominación para vías extraordinarias como la casación; y dejan en el segundo calificativo a medios tales como la apelación, la oposición del tercero y la revisión.[3261]

De todos modos, el recurso por antonomasia es la apelación; a través de su funcionamiento es posible generar una demostración paralela con otros institutos que conocen dispositivos similares, como la nulidad o la acción autónoma.

Interesa advertir que existe igualdad de criterio para formalizar las impugnaciones que tramitan ante el mismo juez que dicta la providencia cuestionada (*v. gr.* aclaratoria, reposición), como para regular la tipicidad de la apelación. Lo mismo sucede con la nulidad, si bien se observa cierto sometimiento de esta al carril de la apelación, en todo caso, la sentencia revisora del tribunal *ad quem* analiza el defecto de fondo (agravio) o el de forma (nulidad). En este sentido, cobra relieve también la acción autónoma que procura la anulación de un proceso irregular, sea por dolo o fraude; y la importancia que toma el incidente de nulidad en legislaciones que no admiten la pretensión independiente. En cambio, diferente situación ocurre en los recursos extraordinarios, donde la diversidad es demasiado amplia y compleja como para sistematizar un

3260. Ibídem, p. 74.

3261. Según Redenti, "... el término impugnación (del latín: *impugnare*, atacar, acometer), referido a una providencia, alude a reclamos o gravámenes (del latín: *gravari*) en contra de ella, los cuales, llevando una queja respecto a su tenor o contenido, concluyen con una instancia de declaración de nulidad, de anulabilidad, de revocación, o de modificación (reforma, *reformatio*). Respecto a la sentencia, el uso del término va limitado, más propiamente, a aquellos casos en los cuales el reclamo es objetivo y el tema de un conocimiento y después de un juicio (de admisibilidad y de fundabilidad) ad hoc, sea del mismo juez *a quo*, o sea de otro juez designado por la ley, donde cada impugnación propiamente dicha da lugar a una fase distinta y bien caracterizada, si bien incierta en una relación procesal ya constituida, determinándose, según los casos, la prosecución, la bifurcación o la reapertura" (*Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, T. II, 1953, p. 308).

catálogo. La Argentina es una muestra clara de esta multiplicidad, profundizada aún más por la ausencia de un sistema unificado.

De todos modos, para una concepción global de la teoría de la impugnación, la finalidad responde a una causa única. La sucesión de instancias, como las técnicas para darles curso, si bien muestran momentos de diferente consideración (por la horizontalidad de las instancias), en definitiva, ocurren para llegar a la sentencia más segura, dotada del atributo reflejo de la "cosa juzgada".

Puede ser que cada recurso tenga a su tiempo un abastecimiento propio e independiente, pero esa calidad no lo reputa como una demanda autónoma;[3262] la verdadera autonomía es del acto procesal, no ya como un derecho de acción, sino como un progreso o proyección de este.

La clasificación de los recursos acontece como una prolijidad en la presentación del cuadro de impugnaciones, pero tampoco incide en la tipificación del acto único e indelegable para la realización culminante del proceso.

617. Télesis de la impugnación

La categoría unitaria que tiene la impugnación reposa en un presupuesto único: el error. Es cierto que el fundamento reside en la aspiración de justicia, pero no lo es menos que este concepto importa una consideración subjetiva de acuerdo al fin que persigue quien pretende la revocación.

Obsérvese que, desde la posición del impugnante, la búsqueda del derecho tiene como asiento la versión interesada de su calidad de parte procesal. La justicia para su ponderación personal tiene una coloración propia, que se desvirtúa si no es asistido de razón. Obviamente con el recurso (*lato sensu*) no se persigue tutelar intereses individuales, aun cuando en los hechos sucede. En cambio, al Estado le importa la perfección de la justicia, y por eso admite la revisión de los actos no consentidos por las partes de un proceso. Esta es la verdadera

3262. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. III, p. 11.

dimensión del objeto: la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional.

Conviene advertir que dicha réplica hacia la decisión judicial tiene matices diferentes que hace a los autores encontrar categorías de actos destinados a corregir, revisar, aclarar, modificar o anular resoluciones judiciales.

A su vez, como la impugnación sirve también para invalidar negocios jurídicos de carácter privado, resulta preciso definir entonces la instalación precisa de aquella para deducir su naturaleza procesal o material. En uno u otro caso se confirma la existencia de una teoría general de la impugnación.

Desde otra perspectiva el recurso tiene fundamentos constitucionales que debaten sobre el significado de la doble instancia como garantía, el sentido de tener que resguardar al justiciable el derecho de revisión de una sentencia adversa.

Algunos se basan en la seguridad jurídica que torna coherente y justificado permitir que exista un control jerárquico de la sentencia. Otros, piensan que es un derecho que forma parte del *debido proceso*, pese a las numerosas excepciones con que cuenta la actividad judicial y que desarrolla la jurisprudencia.

Esta primera lectura tiende a salvaguardar al recurso como una *garantía individual* de la parte, sometida a la única condición del gravamen (es decir, a la diferencia perjudicial entre la pretensión y lo acordado en la sentencia). Si hay victoria absoluta, no hay agravios contra el fallo judicial, mientras que las peticiones desechadas son los límites de la impugnación. Con una mirada alternativa, la doble instancia se puede analizar como *garantía del proceso*, una suerte de potestad judicial para evitar el error, o disminuir a través de la revisión por el superior la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho que perjudiquen su eficacia intrínseca.

618. Medios de gravamen y vías de impugnación

El error judicial se traduce en el disconforme como un *gravamen*, es decir, un perjuicio o una lesión a los intereses que tiene como parte en un litigio. El reconocimiento del derecho a impugnar la decisión se

viabiliza en la senda de los *recursos*, que son los medios para transferir la queja expresiva de los agravios considerados presentes en la resolución cuestionada.

Como el error judicial no siempre expresa una trascendencia unitaria, pueden señalarse dos aspectos importantes en él. Por un lado, cuando el juez se aparta sin motivo fundado o desvía el ritual del proceso hacia fórmulas antinaturales a las preconcebidas, la seguridad jurídica se atenúa y el derecho del contradictorio puede verse lesionado en alguna medida. Este error comprende la forma de los actos,[3263] su estructura externa, y se los denomina tradicionalmente como errores *in procedendo*. A su vez, cuando el error se traslada hacia el contenido del proceso, no a la forma, sino al derecho material en juego, el vicio se trasunta en la mala conformación de los fundamentos del resolutivo. La consecuencia que arroja esta imperfección se la conoce como errores *in iudicando*.

La diferente entidad que arrastran ambas categorías permite diferenciar móviles distintos para su reparación. De esta manera, si el error *in iudicando* genera injusticia en la sentencia, la parte tendrá agravios contra ella y los expresará en los medios de gravamen pertinentes que tenga como procesalmente aptos. En cambio, la actuación procesal cursada sobre el error *in procedendo* provoca la nulidad de lo obrado, y el vicio queda demostrado en el recurso correspondiente. En ambos casos, el medio de gravamen tiene su origen y se desenvuelve en los límites del proceso. Por su parte, caracterizar las vías de impugnación resulta indispensable para trazar las diferencias entre ambos mecanismos y también para reforzar el sistema existente en la teoría general.

Las acciones de impugnación responden, en esencia, a una idea de corte predominantemente privado, que se vincula con el derecho de anulación que pretende dejar sin efecto un negocio jurídico viciado.[3264]

Ello no significa que por esta vía se pierda la naturaleza procesal, sino tan sólo que el derecho subjetivo de anulación reconoce y admite posibilidades alternas a las del proceso.

Calamandrei señala que la doctrina privatística distingue el negocio jurídico inexistente del anulable, recalcando que en la primera

3263. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 344.

3264. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, Librería Editora Platense, 1985, p. 13.

hipótesis basta con el ejercicio de una acción declarativa que denote la inexistencia del negocio, mientras que en la segunda, en cambio, la parte interesada debe ejecutar un derecho de anulación por medio de una acción constitutiva enderezada a dejar sin efecto una relación jurídica válida hasta entonces. Repárese que en aquella situación el peticionario ha hecho valer un mero derecho de acción, mientras que en esta ha ejercido un derecho subjetivo de anulación, distinto de la acción pero que no puede ejercitarse sino a través de ella. Es decir, se trata de una acción de impugnación; o sea, de la facultad de provocar la actuación jurisdiccional del derecho de anulación.[3265]

En síntesis, aprovechando la reseña que Juan Carlos Hitters hace a la obra de Calamandrei, debemos distinguir entre los medios de gravamen y las vías de impugnación, lo siguiente.

a. El medio de gravamen (recurso) ha nacido dentro de los límites del derecho procesal, donde se mantiene. Sólo por esta vía pueden atacarse resoluciones judiciales. La acción de impugnación, por el contrario, sirve tanto para invalidar sentencias como negocios jurídicos de carácter privado.
b. El medio de gravamen cobra vida por la sola circunstancia de mediar un fallo susceptible de recurrirse. El vicio, por su parte, motiva la impugnación, por eso se dice que no hay derecho de impugnación sino motivo de tal. Precisamente, la entidad del vicio transmite al derecho privado, con singularidades propias pero que no difieren en lo esencial, un bosquejo de motivos (*v. gr.* dolo, error, fraude y/o simulación).
c. El medio de gravamen tiene por fin modificar un estado jurídico existente; las vías de impugnación evitan que se perfeccione una situación de derecho todavía sin consentimiento.
d. La interposición de la acción de impugnación carece de efecto suspensivo; en cambio, los medios de gravamen paralizan la ejecutoriedad.
e. Ambos institutos dan lugar a un nuevo pronunciamiento judicial, aunque el objeto de la decisión es diverso. En los recursos, por regla, se concentra en una etapa o fase única: así

3265. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Buenos Aires, Ejea, T. II, 1959, p. 100; Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, 1984, p. 148.

la sentencia de apelación. En la acción de impugnación, su ejercicio se desdobla en dos partes: invalidar por la primera la sentencia atacada y en un momento ulterior el dictado de una nueva, en el mérito.

f. El medio de gravamen reitera procedimientos lógicos, sea en la misma instancia o en una posterior. Por su parte, la acción de impugnación origina un proceso nuevo o diferente.

619. Principios y presupuestos de la impugnación

La impugnación, como acto, demuestra la relación constante y sucesiva de tres componentes. En primer orden, aparece el vicio (error o defecto) en la providencia jurisdiccional; esta motiva el agravio, o perjuicio que la decisión causa al interesado. Luego, ambos conceptos se ligan con el recurso, que es el acto procesal destinado a reformar en provecho propio la resolución impugnada.

Ahora bien, estos elementos coinciden y definen la teoría de los recursos, pero no pueden trasvasarse sin más a la teoría general de la impugnación, porque esta se instala en el campo del derecho privado negocial, donde la actividad jurisdiccional es meramente hipotética o residual. Por ello, resulta imprescindible acotar que hay componentes comunes y otros específicos. Los primeros podemos situarlos en la teoría general de la impugnación; los restantes pertenecen a la teoría general de los recursos.

619.1 Requisitos comunes

a. Presupuestos relacionados con los sujetos

a.1. *Agravio*: el agravio es el perjuicio concreto que sufre el sujeto. Difiere del concepto de gravamen, que pertenece al terreno de lo estrictamente procesal (presupuesto para recurrir); se asocia, en cambio, con el interés, que resulta ser una proyección del daño, o interés insatisfecho o menoscabado, dirigido principalmente al ejercicio del derecho de impugnación.
Lo trascendente en el agravio es el resultado del acto y los efectos que produce respecto del derecho invocado y la situación

> personal que padece el interesado.[3266] Supone estrictamente una consideración subjetiva, en tanto la impugnación demuestra que la expectativa esperada no se obtiene, y la disconformidad subsiguiente expone una apreciación personal de los hechos que critica el resultado desfavorable.

Precisamente por esta singularidad no genera agravio el éxito total de una pretensión.

A veces al agravio se le suma el requisito de ser *irreparable*, y ello provoca cierta confusión lingüística. El problema sucede porque la voz agravio se explica mejor cuando se la relaciona con la decisión judicial, es decir, con la forma de advertir en un auto o providencia la perturbación que tiene la parte que suscita un interés a resolver. Pareciera decirse, así, que agravio es ofensa, agresión, perjuicio; por eso en el símbolo del lenguaje se entienda que agravio es más preciso que gravamen e, inclusive, de naturaleza diferente. Por eso, el recurso puede sentar base en el agravio, pero si se agrega otro requisito: *ser irreparable*, crece la necesidad de presupuestos para recurrir.

Decía Podetti que el gravamen irreparable consiste en un perjuicio jurídico que no podrá repararse durante la sustanciación del proceso ni en la sentencia definitiva. De este concepto se desprende que hay que ir a cada caso particular para determinar si lo hubo o no, pues la apelabilidad en función de ese extremo es insusceptible de precisión.[3267]

3266. Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 41.

3267. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 67. Para Acosta, que presenta una monografía muy completa sobre el concepto [...] "la caracterización del agravio como perjuicio procesal sería, pues, la culminación de un desarrollo cada vez más preciso por el que se llegaría a adjudicarle una amplitud creadora de relaciones estrictamente formales implicadas en la apertura del segundo grado de la jurisdicción. Así conceptuada, la lesión formal (agravio) podrá distinguirse de las lesiones materiales que afectan la pretensión material reclamada en el juicio y que será objeto de la sentencia de fondo, e incluso hasta de la supervivencia del recurso en la alzada... Sin embargo, no basta enunciar la ecuación agravio = perjuicio procesal. Aceptar esto supondría sustituir un concepto (agravio) por otro (perjuicio procesal), que a su vez requiere ser acotado. Frente a una decisión jurisdiccional (no declarada expresamente apelable por la ley) que desestima una pretensión procesal, ¿cuál es el perjuicio –también procesal– que permite el alzamiento? En otras palabras, ¿qué es lo que activa el mecanismo liberador del acceso a la segunda instancia? (Acosta, José Virgilio, *Agravio irreparable*, Buenos Aires, Ediar, 1978, pp. 95 y ss.).

a.2. *Parte*: para poder impugnar un acto determinado resulta necesario haber tenido intervención directa o mediata en él, o, en su caso, quedar alcanzado por sus disposiciones de manera tal que justifique el interés jurídico.

Cualquiera sea el negocio jurídico de que se trate, el concepto de parte y tercero ha de buscarse en los principios generales.

b. Presupuesto relacionados con el objeto.

b.1. *Acto impugnable*: no difiere el criterio de este acápite de lo dicho sobre las vías de impugnación. Resta por aclarar que la invalidación perseguida puede ser parcial, dejando subsistente la parte del negocio no cuestionada, y en tanto ello fuera posible.

b.2. *Lugar, tiempo y forma*: como todo acto jurídico que necesita formalizarse para lograr los efectos estipulados, la impugnación debe adecuar su tránsito hacia el modelo que cuestiona. En general, el lugar para hacerlo resulta aquel donde fue celebrado o donde debió ejecutarse, sin perjuicio de otras modalidades.

El tiempo lo dispone, por vía de principio, el modo de contar los intervalos del derecho y la prescripción de las acciones.

En cuanto a la forma, se reitera el principio de la informalidad, aun cuando debe ser claro y preciso el objeto de la impugnación. Por regla será escrito y se permitirán soluciones alternativas (*v. gr.* cumplimiento o resolución del contrato; escrituración o daños y perjuicios, etc.).

619.2. Requisitos procesales

La clasificación propuesta coincide en este pasaje, pero definiendo situaciones particulares que acontecen como presupuestos naturales del proceso. A partir de esta idea resulta que para establecer los requisitos específicos de un recurso pueden observarse exigencias de admisibilidad (formales) y de pertinencia (estimabilidad); estas últimas son propias del fundamento contenido en el escrito de oposición.

Las condiciones de admisibilidad formal del recurso son previas al análisis sobre el fondo, pues no puede haber declaración sobre el mérito si no existe una declaración judicial que admita y conceda el recurso.

Explica Leo Rosenberg que si se establece la inadmisibilidad de la queja, no puede el tribunal pronunciarse sobre el fundamento.[3268] El juzgamiento sobre la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad corresponde por regla general al juez ante quien es interpuesto el recurso, sin que la concesión impida al Tribunal Superior revisar la procedencia formal y, en su caso, declarar sobre el incumplimiento de las cargas.

Los requisitos de pertinencia se dirigen hacia la fundamentación del recurso y, como tales, son recaudos de contenido procesal pero que se transforman en materiales ante la estimación de las causas de agravio.

Veamos ahora las características de unos y otros:

a. Exigencias de admisibilidad relacionadas con los sujetos

a.1. *Gravamen*. Goldschmidt dice:

> Todo recurso supone, como fundamento jurídico, la existencia de un gravamen (perjuicio) de la parte, es decir, una diferencia injustificada, desfavorable para ella entre su pretensión y lo que le haya concedido la resolución que impugna. La parte recurrente ha de alegar el perjuicio para que el recurso sea admisible y debe motivarlo en forma legal para que sea fundado. Para determinar cuando existe gravamen, ha de atenderse a la totalidad de los efectos de la resolución objeto del recurso; por lo tanto, también a los accesorios".[3269]

Coincide Adolfo Schönke, para quien "… hay gravamen cuando media diferencia perjudicial para la parte entre lo pedido por ella y lo concedido por la resolución que impugna".[3270]

Como dijimos antes, el gravamen se encuentra respecto del 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 no es esta una noción científica, a través del gravamen se puede obtener un concepto objetivo.

3268. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, T. II, p. 359.

3269. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 399.

3270. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950 (traducción de la edición alemana de 1946), p. 301.

Agrega Hitters:

> … en puridad de verdad, la noción de interés reposa sobre dos pautas: utilidad, más necesidad; esto significa que el recurso debe ser *útil* si el quejoso obtiene una situación más ventajosa; y es *necesario*, si el remedio es indispensable para alcanzar dicho éxito.[3271]

Los autores que unifican la interpretación entre gravamen e interés[3272] transfieren el poder de la acción procesal al terreno de los recursos, cuando en realidad ese transporte obedece no ya al interés como sí al agravio, con el que se demuestra ese vínculo de relación. Por eso se habla de un interés de accionar y de gravamen para recurrir.[3273]

Acota Víctor Fairén Guillén que en España y Alemania el concepto de gravamen es idéntico, diferenciándose en las exigencias económicas del segundo (carga pecuniaria) que no se piden en el ordenamiento hispano. Clasifica así el gravamen en:

> 1) *económico*: cuando se establece un monto mínimo para admitir el recurso (*v. gr.* art. 242, inciso 3º apartado segundo, Código Procesal); 2) de *derecho material*: cuando el vicio de la sentencia radica en el derecho aplicado. En estos casos, para saber si ha habido incongruencia se utiliza como concepto de *causa pretendi* "la suma de hechos constitutivos o sea la causa *agendi* remota, si por el tribunal *a-quo* se ha seguido el principio de *iuxta allegata et probata*, el cambio de fundamentación jurídica de la sentencia no produce incongruencia, y por lo tanto no hay gravamen, el que aparece por el resultado comprendido en la sentencia"; 3) *jurídico*, o de derecho procesal: que se vincula con los errores *in procedendo*.[3274]

Asimismo, el desarrollo del moderno Derecho Procesal viene admitiendo lo que se ha dado en llamar *gravamen para la comunidad social*, relacionado con el perjuicio que sufre un conjunto de clase o

3271. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 45.

3272. Arazi, Roland y Rojas, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T.I, pp. 341 y ss.; Costa, Agustín, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1950, p. 24; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 44; Fassi, Santiago y Yañez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, T. II, p. 256.

3273. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 47; Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. III, p. 24.

3274. Fairén Guillén, Víctor *Temas del ordenamiento procesal*, *op. cit.*, T. II, pp. 993 y ss.

personas, procurando solución a través de la legitimación procesal para deducir recursos.[3275]

a.2. *Legitimación para recurrir:* El capítulo de la legitimación es un problema entroncado directamente con la teoría general del derecho procesal, excediendo los límites de la figura los presupuestos básicos de la tesis recursiva.

Sucede no obstante que en el campo de la impugnación acontecen principios circunstancialmente propios, que perfilan una situación singular. Por ejemplo, si bien podría sostenerse –por vía de comunicación con los principios generales– que el derecho de recurrir sólo incumbe a las partes del proceso, ello es cierto en la medida que estos tengan agravios contra la resolución que atacan.

A su vez, como el gravamen es el constitutivo esencial para impugnar, la impugnación se habilita expansivamente hacia otros interesados, y el problema ahora será conocer a quiénes ocupa.

A *contrario sensu*, quien triunfa en sus pretensiones no tiene derecho al recurso. Y en ello se transmite una peculiaridad de estos presupuestos: el vencimiento otorga una pauta que modela la impugnación referida. Del concepto de derrota, válido asimismo para decidir el curso de otras instituciones procesales (*v. gr.* costas), se desprende que sólo quien resulta parte puede ser o no victorioso. En tal sentido, el recurso tiene estrechos legitimados. En el proceso son partes, no sólo los contradictores, sino también los litisconsortes, las partes accesorias (*v. gr.* tercero adhesivo simple, art. 90, inc. 1, Código Procesal), los abogados, procuradores y a quienes les asista un derecho a percibir honorarios ocasionados por su intervención en la causa, los representantes de incapaces, y aun ciertos terceros y otros, como el denunciante y el denunciado en el proceso de declaración de incapacidad.

Alsina sostiene que "... los terceros no pueden interponer recursos en los procesos en que no intervengan, pero pueden hacerlo desde que se incorporan a la relación procesal, porque en ese momento asumen la calidad de partes".[3276]

3275. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 44.

3276. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, *op. cit.*,T. IV, p. 191.

Palacio piensa que es distinto el supuesto del interviniente (simple o litisconsorcial) que comparece en calidad de parte, en razón de que

> … aquel puede presentarse cualquiera que sea la etapa o la instancia en que el proceso se encuentre, la interposición del recurso, aun cuando se dirija a atacar una sentencia definitiva de primera o ulterior instancia; configura sin duda un acto de intervención provisto de aptitud para convertirlo en parte. Tal conversión no es sin embargo automática, pues se halla supeditada a la prueba que produzca el interviniente acerca de la calidad invocada y a la resolución que debe dictarse en el supuesto de mediar oposición de cualquiera de las partes originarias. Por lo tanto, simultáneamente con la interposición del recurso el interviniente voluntario tiene la carga de acreditar su interés o legitimación y el juez el deber de conferir traslado a las partes, de modo que no cabe pronunciamiento acerca del recurso hasta tanto no venza el plazo del traslado, o, en su caso, exista decisión favorable a la admisibilidad de la intervención.[3277]

De modo entonces que, como regla, el tercero puede impugnar siempre y cuando haya sido parte y tenga agravios que formular al decisorio por el gravamen que le produce.

Eduardo Couture, analizando los efectos de la cosa juzgada, formula un interesante apotegma: el agravio es la medida de la apelación (recurso).

> Si el tercero es ajeno a los límites subjetivos de las cosa juzgada y no resulta afectado por ella, carece de recursos, pero, si el tercero pertenece a aquellos a quienes la sentencia afecta, aun cuando no hayan litigado, entonces la vía de apelación queda abierta a su respecto.[3278]

Hay veces en que no es el resultado del proceso el que profiere el daño, radicando este en los efectos conseguidos por la *res judicata*. Basados en esta posibilidad, ciertos ordenamientos conciben institutos como la *tierce opposition* (Francia), o la *opposizione di terzo* (Italia), dando la posibilidad de abrir una vía autónoma e independiente de impugnación.

Ahora bien, la condición de tercero no siempre proviene de los llamados que el Código Procesal autoriza, ya que en estos casos la disponibilidad recursiva es idéntica a la de la parte, toda vez que la sentencia "la afectará como a los litigantes principales" (art. 96, ap. 2); la

3277. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 45.

3278. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, pp. 363-364.

discusión se suscita cuando se desconoce la condición de tercero, y en estos casos resulta muy difícil establecer principios generales.[3279]

La solución, a nuestro criterio, parte de observar las posibilidades que tendría el tercero de impugnar o invalidar los efectos de una resolución que lo perjudica. En ciertos casos, la única alternativa es que "entre" en el proceso pese a que el interés no fuera directo con el objeto procesal en controversia; otras veces, cuenta con acciones independientes, como la revisión de la cosa juzgada y los acreedores del concurso, entre otros.

Por lo general se afirma que la legitimación para interponer recursos incumbe a la parte y no a los terceros, cuya situación no encuadra en ninguna de las modalidades de la intervención previstas por el Código Procesal, salvo que se trate precisamente de la providencia que le niega el carácter de tal, y en ese caso por su gravitación esencial es susceptible del recurso de apelación. La tendencia a despojar al tercero de derechos de impugnación, cada vez más, se va limitando. Por ejemplo, se admite la postulación del tercero cuando la improcedencia le generaría un perjuicio superior que no podría reparar de manera urgente por otra vía.

Por último, conviene apuntar que la mayor eficacia del recurso se obtiene a partir de la rapidez y economía de actos que puedan arbitrarse flexibilizando su rigorismo formal.

Con relación a los acreedores, la posibilidad de impugnar supliendo la omisión del deudor es prácticamente imposible pues no han obrado como sustitutos procesales. No obstante, algunos autores señalan que estaría en condiciones de apelar directamente la sentencia, aunque no exista un crédito cierto, con tal de que la controversia no verse sobre derechos personalísimos, salvo que el deudor hubiere consentido expresamente la decisión o que el plazo para recurrir haya fenecido.[3280] Esta corriente fue desalentada por la vía ordinaria del artículo 961 del antiguo Código Civil que permitió a todo acreedor quirografario demandar la revocación de los actos celebrados en perjuicio o fraude de sus derechos.

3279. Ponce, Carlos, *Legitimación e interés para recurrir*, *ED*, 128-906.

3280. Sánchez de Bustamante, Miguel, *La acción oblicua, indirecta o subjetiva*, Buenos Aires, 1945, Nº 507, 611, 790 y 791; Costa, Agustín, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 50; citas de Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 341.

b. Exigencias de admisibilidad relacionadas con el objeto

b.1. *Providencias recurribles*: el proceso jurisdiccional opera con base en ciertos principios rígidos que esfuerzan la seguridad jurídica. Uno de ellos, el de preclusión de los actos procesales, significa celeridad en los juicios y economía de trámites para su desarrollo. Por ende, cualquier providencia o disposición del juzgado que infiera un perjuicio al interés de la parte puede quedar consentido si no es impugnado en tiempo hábil.

Empero, la regla de la recurribilidad de los actos del proceso, en materia de impugnación, requiere que además del agravio la medida pueda ser cuestionada. Otras veces, la trascendencia del motivo morigera la apertura de la crítica opuesta extemporáneamente; así también, la relevancia del tema pone su cuota de apreciación particular.

En el sistema procesal latinoamericano es común clasificar a los actos del proceso, proporcionando así un catálogo de providencias recurribles. El Código Procesal, por ejemplo, distingue: a) providencias simples (de trámite) causen o no gravamen irreparable; b) providencias o sentencias interlocutorias, y c) sentencias definitivas. Cada una de ellas tiene, a su tiempo, un trámite y un rito en particular cuya apreciación depende de la mayor o menor importancia de la cuestión. Desde este enclave, todo recurso articulado debe ser idóneo, esto es: adecuado al tipo de resolución que impugna y jurídicamente posible, es decir, apto para conseguir la finalidad buscada.[3281]

b.2. *Lugar, tiempo y forma*: según Hitters, y buena parte de la doctrina, los conceptos generales sobre la admisibilidad y la procedencia son válidos para todo el campo del proceso ya que, por ejemplo, se aplican a la pretensión, que puede repelerse por falta de uno o de otro requisito y también a la materia probatoria.[3282]

Sin embargo, el mismo autor aclara que estos principios no son válidos en materia recursiva, compartiendo con Palacio:

> … pese a la substancial coincidencia que el concepto de admisibilidad guarda con referencia a la pretensión y a los recursos, debe repararse en la circunstancia de que mientras la ausencia de algunos requisitos

3281. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 47.

3282. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 75.

> de admisibilidad correspondientes a la primera sólo puede declararse a petición de la parte demandada, en materia de recursos el control referente a la concurrencia, de dichos requisitos incumbe a los órganos judiciales, quienes en todo caso, y sin perjuicio de las observaciones que puedan formular las partes, se hallan habilitados para declarar de oficio la inadmisibilidad de la impugnación.[3283]

En este andarivel transitan las diferencias con la teoría general de la impugnación, en tanto cuando de recursos se trata, el órgano que debe atenderlo para decidir su admisibilidad formal es el mismo que dicta la providencia en queja, y aun puede ser este quien lo decida si fuera la medida de orden tal que le permitiera al juez seguir interviniendo sin perder su jurisdicción. Es verdad que si el acto recurrido determinara la atención de un cuerpo (generalmente colegiado) jerárquicamente superior (Cámaras o Cortes), existirá de su parte una nueva revisión en orden al control sobre la aceptación formal del recurso para, recién declarado su beneplácito, entrar a considerar el fondo del planteo.

Con relación al *lugar*, hemos dicho que se deduce ante el mismo tribunal que dicta la providencia, con algunas excepciones cuando se admite un planteo ante el Superior. Esto trae muchas dificultades operativas que obligan a ser prudentes con el rigorismo formal de aplicación, pues sucede que muchas veces el recurso se presenta donde está el expediente, que podría no ser el lugar correspondiente por no ser el órgano recurrido (*v. gr.* cuando se devuelve el expediente a la instancia anterior para que sea este quien notifique la providencia, y se presenten allí los recursos).

Con el *tiempo* ha variado la suerte que antes permitía la historia del recurso. Existe un plazo para interponerlo que no admite ampliaciones mayores a las que el mismo ordenamiento tolere. Por ejemplo, en el Código Procesal, el plazo común para impugnar es de cinco (5) días, salvo que exista un tiempo especialmente regulado para hacerlo. A su vez, los plazos son *perentorios* y *fatales*; no admiten movilidad en el tiempo, aun promediando causas justificativas. Empero, el plazo para apelar puede prorrogarse por acuerdo de partes (art. 155, Cód. Proc.).[3284]

3283. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 43.

3284. Kielmanovich, Jorge, *Recurso de apelación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, p. 36. En contra: Areal, Leonardo Jorge y Fenochietto, Carlos Eduardo, *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, La Ley, T. II, 1970, p. 561.

Para resolver la dificultad de orquestar armónicamente los plazos de los recursos, Véscovi propone que se regulen con base en dos principios: el de *igualdad* y el de *uniformidad*. La *igualdad*, como base que inspire las mismas posibilidades de impugnación para todos. Por eso, maguer la individualidad de los tiempos para su cómputo, el plazo será idéntico para todas las partes, contando desde su notificación. La *uniformidad* tiende a homogeneizar los plazos de interposición de impugnaciones, en especial de recursos.[3285]

Por su lado, las *formas* para deducir los recursos varían de acuerdo con la providencia que se cuestiona. La naturaleza escrita de nuestro pronunciamiento lleva a que sea esta la vía general. De todos modos, se reconoce la posibilidad de articular recursos ordinarios en el curso de una audiencia y de fundarlos en esa etapa. No obstante, la regla común es la deducción por escrito, y el fundamento es la preocupación central de los puntos siguientes.

Asimismo, pueden programarse otros requisitos formales de procedencia, tales como el afianzamiento o el depósito previo del importe del capital e interés de la condena contenida en la sentencia definitiva, condiciones que se han declarado como no violatorias de los principios constitucionales de igualdad y debido proceso. Sin perjuicio, claro está, de que la validez de esta exigencia pueda remediarse en situaciones de excepción.[3286]

Del mismo carácter son las limitaciones para recurrir basadas en la mínima cuantía del proceso.

c. Requisitos de pertinencia de los recursos

La pertinencia de los recursos depende de los argumentos que lo fundamentan y de su precisión para revocar un pronunciamiento que se considera equivocado. En la mayoría de los sistemas, la oportunidad para fundamentar la discrepancia es posterior al acto de impugnar.

La entidad del vicio determina el trámite correspondiente, así cuando se denuncia un error *in iudicando*, la actividad del tribunal coincide con lo generado por el juez *a quo*; en cambio, si se combaten errores

3285. Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 47.

3286. CSJN, Fallos: 256:38.

in procedendo, la invalidación se dirige hacia los trámites que le precedieron.[3287] En el primer caso, el Superior que reconoce y hace lugar a la impugnación dicta una sentencia que ejerce el *iudicium rescindens*, es decir, revoca el pronunciamiento apelado y puede dictar un nuevo resolutivo sobre el fondo del litigio (art. 253, Cód. Proc.), de modo tal que se avoca en la cuestión de esencia. En cambio, si el límite de la impugnación está en los vicios de procedimiento, la alzada puede remediar ordenando un reajuste en los carriles procesales pertinentes (reenvío).

Como se aprecia, el contenido de la impugnación precisa el marco de referencia del órgano jurisdiccional que atiende la queja. En este sentido, la parte del pronunciamiento criticado que no fue objeto de réplica deviene firme y opera a su respecto cosa juzgada.

En cambio, la sentencia recurrida puede modificarse en los límites que ofrece el recurso. El principio de congruencia opera aquí en toda su magnitud, en tanto significa que la judicatura no puede introducir alegaciones o cuestiones de hecho que las partes no hubieran propuesto, pues de hacerlo violarían el derecho al debido proceso porque la parte no habría podido ejercer su plena y oportuna defensa.

Este marco impide también la *reformatio in pejus* que consiste en prohibir al tribunal *ad quem* empeorar la situación del recurrente, en los casos en que no ha mediado impugnación de su contraparte.

Interesa agregar que la denominada personalidad del recurso incorpora otro valladar a los poderes del tribunal de alzada. El carácter asignado al recurso supone que la impugnación sólo beneficia –o perjudica– a quienes lo auspician, sin que el resultado obtenido pueda extenderse hacia otros que evadieron voluntariamente su curso.

La idea parte de nomenclar a la impugnación como un acto procesal voluntario y exclusivo de quien lo decide, por lo que no podrá darse objetividad (impersonalidad) a la queja si no existe intención de llevar a cabo el propósito final de la impugnación (revocar, modificar, aclarar, etc.). Por eso, la personalidad del recurso constituye sin más una proyección del principio dispositivo y del derecho de acción,[3288] y

3287. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 80.

3288. Véscovi, Eduardo, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 29; Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. III, p. 338; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T. III, *op. cit.*, p. 224.

al decir de Couture, no existe en la materia, como en el derecho romano, beneficio común, sino ventaja unilateral.[3289]

La solución es la correcta y aduna entre sus fundamentos a la característica como se regula en el proceso al litisconsorcio y, principalmente, a los efectos subjetivos de la cosa juzgada. Por supuesto que ello no impide resolver situaciones de solidaridad para afrontar el cumplimiento de la condena, pues esta circunstancia obedece a la naturaleza misma de las cosas y no altera el principio de personalidad del recurso.[3290]

620. Principios políticos de la impugnación

La complejidad con que se resuelve la impugnación en el proceso proviene, como apunta David Lascano, de que los recursos históricamente respondieron más a razones políticas que jurídicas.[3291]

3289. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 369.

3290. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 370. Cabe agregar, no obstante, que "casi todos los ordenamientos procesales han incluido en una norma legal el principio que el recurso interpuesto por uno de los litisconsortes aprovecha a todos, salvo que sus intereses sean distintos u opuestos (Italia: arts. 331/2, CPC; Francia: arts. 552-3, CPC; Brasil: art. 509, CPC; Perú: art. 1092 CPAG...). El principio de personalidad de los recursos se presenta en distinta forma, ya se trate de condena recíproca (o inversa) o de condena paralela. En el primer caso, se resuelve en la prohibición de la *reformatio in pejus*: el recurso interpuesto por el perdidoso parcial puede sólo beneficiar a este, no admitiéndose que la nueva decisión elimine o atenúe la condena de la parte contraria, que no recurrió. Y en el caso de condena paralela, el principio de personalidad de los recursos tendría como consecuencia que la modificación de la sentencia tuviese efecto solamente en relación a quien la pidió, no pudiendo aprovecharse de ella los demás codemandados, aunque de tratarse de intereses comunes [...]. Ahora cuando el litisconsorcio no es unitario, pero sí necesario, es posible quebrar la homogeneidad de los juicios. El recurso interpuesto por uno de los colitigantes, aunque necesarios, puede involucrar cuestiones que nada tengan que ver con la situación jurídica de los otros. Es el caso de la prescripción, donde es posible la ruptura de la unidad de fallas. Existen, por fin, otros casos de litisconsorcio no necesario, y que tampoco pueden considerarse de litisconsorcio único, en puridad, pero que se asemejan a este en cuanto al efecto extensivo de los recursos. En este caso, la sentencia puede ser de distinto tenor para los colitigantes, pero conviene que sea uniforme. El conflicto que surgiría entre fallos contradictorios no es de orden práctico, como sucede en el verdadero litisconsorcio unitario, sino de orden lógico..." (Pellegrini Grinover, Ada, "Condenas paralelas y efecto extensivo de los recursos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-2-281).

3291. Lascano, David, prólogo de la obra de Ibañez Frocham, Manuel, *Los recursos en el proceso civil*, *op. cit.*

El correr del tiempo demostró cómo desde una tendencia inicial a permitir el cuestionamiento de toda resolución dictada en el proceso, se fue hacia un limitación concreta que precisó el marco de la impugnación. La consecuencia se debió, esencialmente, al progreso y organización de los sistemas jurídicos, en su permanente lucha para conseguir la seguridad jurídica y la justicia del caso.

La finalidad, huelga acotarlo, quiso cumplimentar ambos conceptos axiológicos que, por la manera como se producía en el litigio, podían entrecruzar en su tiempo correctivos diversos. Así ocurrió que, en la búsqueda de la seguridad jurídica se abrió el ramillete de posibilidades de queja; a su vez, la justicia era menester del tribunal revisor, que por esta senda conseguía perfeccionar la litis corrigiendo vicios de las instancias previas. Sin embargo, y a un mismo tiempo, la facultad para impetrar el recurso ocasionaba una demora necesaria en el cumplimiento de la obligación condenada. También, la falibilidad de los órganos –aun colegiados– podía derivar en un pronunciamiento injusto e irrazonable.

La justa medida entre ambas exigencias es un problema de política procesal que pone en consideración distintas cuestiones a resolver. En tal sentido, dice Palacio que el fundamento de los recursos reside, por lo tanto, en la conveniencia de satisfacer el anhelo jurídico dirigido a la obtención de resoluciones judiciales que se conformen a la justicia en la máxima medida posible, aunque corresponde tener presente que ese ideal de perfección jurídica pierde sentido para conducir a un mero ritualismo, frente a una irrazonable acumulación de instancias e impugnaciones.[3292]

620.1 Vigencia del principio dispositivo

Los recursos se articulan y desenvuelven a pedido de parte, característica que demuestra, en primer término, la vigencia absoluta del principio dispositivo. Sea cual fuere el vicio de la sentencia –o del acto procesal–, la iniciativa de revisión viene generada por el interés de quien resulta agraviado y resulta, por lo tanto, una vía opcional o facultativa.

3292. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. V, p. 34.

Con acostumbrada precisión, Salvatore Satta decía:

> … en la órbita de esta dispositividad debe considerarse la aceptación de la sentencia. En una profunda consideración, la aceptación parece un momento, se puede decir, inmanente al proceso, en las múltiples formas que ella puede asumir, ya negativas como la no oposición, la no negociación y la no impugnación, ya positivas como la renuncia y la aceptación en la figura típica de que tratamos. Si se quiere encontrar una diferencia entre esta última y las otras formas, se puede decir que la misma presupone un acto dispositivo de la contraparte o del juez, frente al cual la parte lleva a cabo un acto de adhesión, haciéndolo normativo, ciertamente se trata de matices, como por ejemplo respecto de la no impugnación, dada la identidad del resultado que es la aquiescencia. Se puede decir solamente que la no impugnación prescinde de la voluntad de la parte, porque está vinculada sólo al transcurso de los términos, mientras la aceptación es un acto positivo de voluntad, al menos en su forma precisa.[3293]

En segundo término, no debe perderse de vista que, a partir de la decisión voluntaria de impugnar, se abre una nueva etapa en el proceso, esta vez a cargo exclusivo del órgano que debe resolver la queja (mismo juez o Tribunal Superior). Esta sería una actividad complementaria que funciona luego del cuestionamiento al acto que se impugna. La modificación o confirmación de esa providencia es materia que subsana o ratifica el poder jurisdiccional.

La vinculación entre el principio dispositivo y los medios de gravamen, que muestra una relación voluntaria de naturaleza personal (interés de la parte), se encuentra no obstante garantizada como una vía de orden público. Podetti sostiene tal enlace sobre la base de entender que los recursos se vinculan al principio citado "… no como disposición del instrumento de gobierno que es el proceso, sino de sus propios derechos subjetivos o pretensiones personales".[3294]

620.2 Pluralidad de instancias

De política institucional resulta también el diagrama pensado para la organización judicial. En materia de recursos, la multiplicidad de instancias se bosqueja casi como un imperativo del derecho a la

3293. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. I, p. 410.
3294. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 15.

impugnación. Parecería que de obstarse la revisión, no habría propiamente actividad en tal sentido, sino, tan sólo esperanza de una reconsideración del juez que opere sobre su retractación. Si a esto se agrega el criterio que ve en la sentencia el momento culminante que agota el cometido de la jurisdicción, se comprenden las razones por las cuales se pondera la duplicidad de órganos judiciales. Empero, el concepto parte de un error basilar, consistente en creer que la seguridad jurídica y la justicia se alcanzan bajo el sistema de la revisión.

De hecho, la doble instancia aprueba una escala jerárquica en la que el juez de grado superior se presenta como más capacitado que el anterior, disminuyendo también la probabilidad de error, sea por esa supuesta mejor preparación como por la habitual conformación colegiada de los órganos de alzada que supone un acuerdo de todos.

Este concepto presupuesta motivos vinculantes que no se fundamentan más que en apreciaciones subjetivas o meramente sociológicas;[3295] lo cierto es que la impugnación no responde a un interés personal de quien la interpone: esta actividad es sólo el primer movimiento. Lo importante, lo que advierte sobre el destino final del recurso, es la corrección del error: la consecución de una justicia más perfecta y razonada.

Por eso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con gran acierto reitera que la doble instancia no es un requisito constitucional,[3296] si bien es cierto que la Ley Fundamental impone, como recaudo que garantice el derecho al debido proceso, una instancia al menos cuando se trata de derechos, relaciones e intereses, los que no pueden ser excluidos del conocimiento y decisión de los jueces.[3297] El centro de la cuestión no debe buscarse en la seguridad que ofrece la duplicidad de instancias, sino en la garantía que significa el proceso en tanto transmite el principio de unidad en la función jurisdiccional.

A pesar de las diferencias que pueden hallarse entre las decisiones de primero, segundo y otros grados superiores, e inclusive, de la autonomía conceptual que pondere cada una de esas instancias, en

3295. Se parte de la base de que los jueces superiores son más experimentados y que, por ende, hay en ellos mayor posibilidad de acierto. Por tanto, en la práctica y por motivaciones de este tipo, el perdidoso se conforma mucho más si un magistrado jerárquico le dice que no tiene razón" (Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 87).

3296. CSJN, Fallos: 159:59; 231:72; 250:36; entre otros.

3297. CSJN, Fallos: 249:228.

realidad la actividad por fases no escinde la prestación del servicio ni varía el contenido del objeto procesal (basado en el liminar planteo de la pretensión y resistencia).

Cuando la Constitución se refiere en el artículo 108 que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la nación, está indicando una pauta de conformación en el organismo supremo, delegando la organización inferior de modo tal que no impone ningún procedimiento ni establece orientación alguna al respecto.

620.3. Limitaciones a la recurribilidad

Un punto medio, morigerador del mecanismo de continua revisión de los actos jurisdiccionales propio de la multiplicidad de instancias, resulta la tendencia a limitar las posibilidades de impugnación. No se trata de proponer trabas o valladares insalvables al progreso de los recursos, sino de brindarles una reglamentación adecuada que evite su manipulación indiscriminada.

Pertenecen a este orden la categorización de providencias recurribles o basadas en la trascendencia del acto o en la oportunidad cuando se manifiesta (*v. gr.* nulidades formales; impugnaciones en etapa de prueba, etc.); la disponibilidad del recurso de acuerdo a la importancia económica del agravio, estableciendo limitaciones por el valor del pleito;[3298] otras veces se exterioriza instituyendo la oralidad para la sustanciación de procesos que sólo admiten recursos extraordinarios si la sentencia proviene de un tribunal colegiado de instancia única; también el régimen de las apelaciones diferidas y el efecto reflejo de las apelaciones principales que se deniegan (*v. gr.* sentencias) que arrastra la inapelabilidad de resoluciones menos importantes, siguiendo el principio de que lo secundario sigue la suerte de lo principal. En este orden de ideas, cobra vigencia la regla técnica de la unicidad de los recursos que impide la interposición subsidiaria (*ad eventum*) con otras impugnaciones.

3298. Según Véscovi "... esta limitación resulta discutible, como sabemos, observándose que para cada sujeto el valor económico de su asunto resulta relativo y no puede haber un patrón general para medirlo, y menos para quitar garantías en función de su escaso valor económico del asunto" (Véscovi, Enrique, *Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 32).

El principio responde a la autonomía funcional y normativa de cada medio de gravamen, permitiendo en contados casos abrir sendas alternativas, aun cuando obren fungibles y sucesivas (*v. gr.* reposición con apelación en subsidio).

La formalidad en la presentación del recurso incorpora otra seña procesal de carga ritual, pues si la intención fue postular un recurso pero, por error, se lo sustituye por otro o se fundamenta por otro, puede suceder que de acuerdo al rigorismo de cada ordenamiento se los tenga o no por desiertos.

Dado que cada recurso debe autoabastecerse, el principio de la *canjeabilidad* (*fungibilidad*), en virtud del cual se admitiría un recurso que fue deducido erróneamente, queriéndose en realidad presentar otro, es discutible en nuestro ordenamiento, donde opera con cierta exigencia el principio de consumación por el cual elegida una vía se pierde una alterna.

Como solución a estos repliegues, y a modo de colofón y síntesis, se piensa en el recurso indiferente como remedio no sólo para la impugnación procesal, sino para todos los actos jurídicos. La informalidad de la vía obraría como carril impugnativo suficiente, sin necesidad de responder a las cargas técnicas de encuadre, para reposar en el fundamento y esencia que porta la queja.

Se trata –dice Mario Morello– de un rumbo de política jurídica que acentúa la funcionalidad sin cargazones técnicas, y que se propugna para tener virtualidad en el proceso civil, en manera similar a la consagración que ya ostenta en el proceso administrativo.[3299]

620.4 Renuncia anticipada del derecho de recurrir

La vigencia del principio dispositivo pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación. Basados en ello, podría afirmarse que el derecho de recurrir es renunciable. Sin embargo, las normas procesales no admiten claudicación anticipada, por lo que debe resolverse el problema que generan los convenios por los cuales se renuncia el derecho de impugnación.

3299. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. III. pp. 18-9; Falcón, Enrique Manuel, "El recurso indiferente", *LL*, 1975-B-1139.

Schönke sostiene, para el derecho alemán, la factibilidad de renunciar, dándole al acto el alcance de un acto voluntario de abandono del derecho a que se examine nuevamente la resolución dictada.[3300] En cambio, en Italia no se puede abdicar antes de que sea dictada la sentencia.

La renuncia contractual encuentra sostenedores como Palacio y Alfredo Di Iorio, entre otros, quienes lo admiten con base en el principio de la libertad de negociar cuando la voluntad se expresa sin condicionamientos, y porque entienden –con cierta razón– que la doble instancia no configura requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio.[3301]

Para sostener la igualdad procesal la renuncia debe ser de ambos, porque si uno de ellos conserva la facultad de impugnar, queda quebrada dicha garantía. En cambio, agrega Palacio:

> La conclusión precedente debe considerarse circunscripta al caso de que el recurso de apelación se dirija a cuestionar la justicia o el acierto de las resoluciones dictadas en primera instancia. Si, por el contrario, la apelación 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 a nuestro juicio de validez.[3302]

En otra corriente se ubican autores como Chiovenda, Costa, Mattirolo y Podetti, para quienes, en lo fundamental, los recursos son de orden público porque se vinculan con la organización judicial y su reglamentación depende de fines que atañen al interés colectivo: la justicia y seguridad jurídica.

> Por eso no es admisible la renuncia previa a los recursos, como en el arbitraje; permitirlo importa autorizar la regulación convencional del procedimiento. Pero, una vez ante la situación procesal que autoriza a interponer un recurso, el litigante capaz de disponer de sus derechos,

3300. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 302.

3301. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, pp. 31-2; Di Iorio, Alfredo "Una nueva formulación de la teoría de la acción y las pretensiones procesales", *op. cit.*, p. 83; Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 452; Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 20.

3302. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 32

puede no hacer uso de esa facultad o desistir expresa o tácitamente del recurso interpuesto.[3303]

De modo tal que el abandono del derecho a recurrir sólo sería posible, para este sector, a partir de que la sentencia fuere dictada.

En nuestra opinión, las ideas no son tan contrapuestas como se exponen. Si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto el derecho sea transigible. Es decir, 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 predispuestas, 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.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada. Distinta es la cuestión cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se evidencian dos claras posibilidades: la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

621. Objeto de la impugnación

El acto focaliza el objeto de la impugnación. Como los actos jurídicos (procesales o no) se presentan con variados matices, interesa definir el medio de gravamen y la vía correctiva pertinente que corresponda al aspecto concreto que se pretende revocar, modificar o aclarar.

Cuando el agravio se suscita en el curso del proceso, el recurso se remite al acto preciso que lo genera asumiendo finalidades distintas. Por ejemplo, si la queja se articula para complementar una resolución del litigio, la vía es la *aclaratoria*; cuando se promueve la revocación

3303. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 15; con referencia a Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. III, p. 341.

de un interlocutorio por el mismo juez que lo dicta, hablaremos de *reposiciones*; si apuntamos al error en los hechos o en la aplicación del derecho, la senda es la *apelación*; si el vicio radica en las pautas de solemnidad preestablecidas, habrá que deducir *nulidad*; si la interpretación de la norma cercena principios fundamentales, el carril es la *inconstitucionalidad*; ahora si hay errónea o defectuosa aplicación de la ley, el recurso procedente ser la *casación*; y así respectivamente.[3304]

Cada uno de ellos fija la entidad del agravio en la parte correspondiente de la resolución que le provoca el gravamen. Si el vicio proviene de la sentencia conviene señalar que el agravio lo causa la parte dispositiva y debe ser esta la parte recurrida; sin perjuicio, claro está, de que los fundamentos que la sostienen sean derivados de los considerandos, en cuyo caso habrá unidad inescindible de la sentencia.

En realidad, cuando el recurso critica una sentencia definitiva, la regla es que se ataca la parte resolutiva, pero la disconformidad resulta centrada en la totalidad del fallo, en cuanto genere agravio. Por eso es posible la impugnación parcial, pues un mismo resolutivo puede imponer vencimientos mutuos y parciales.

Desde otro aspecto, el objeto institucional de la impugnación es el mantenimiento del orden jurídico, y resultade política procesal el justo medio entre este destino y las posibilidades abiertas para cuestionar.

622. Cosa juzgada, sentencia firme y otros conceptos

Llegados a este punto tenemos claro que los recursos penetran en una cuestión resuelta persiguiendo un nuevo pronunciamiento. El éxito final dependerá de contingentes propios, como la admisibilidad, el fundamento, la pertinencia, o la calidad del decisorio impugnado. Cada uno de estos conceptos continúan interpretaciones previas de acostumbradas definiciones; así, por ejemplo, decimos que "el recurso no es admisible por encontrarse firme la sentencia"; también: "encontrándose ejecutoriado el pronunciamiento, la apelación deviene inadmisible", etcétera.

Es menester afirmar la relación entre los recursos y la cosa juzgada, o bien con ciertas cualidades de firmeza del acto que, sin llegar

3304. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 17.

a la *res judicata*, no admiten impugnación, para desarrollar con cierta precisión los parágrafos que siguen.

En primer lugar, según Couture, la cosa juzgada "es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla".[3305] La inmutabilidad del decisorio opera, entonces, a partir de la preclusión de los tiempos para deducir impugnación. Una vez firme, la sentencia puede ser ejecutada.

Liebman distingue claramente la "eficacia" (firmeza o inmutabilidad) de la "autoridad" (ejecutoriedad o imperatividad) y de la sentencia, "porque a veces aquella es imperativa y produce todos sus efectos aun antes e independientemente del hecho de pasar en autoridad de cosa juzgada".[3306]

La diferencia apunta a demostrar que la cosa juzgada es una cualidad del pronunciamiento que, encontrándose emparentada con la preclusión, difiere notablemente. En efecto, al decir de Chiovenda, la preclusión es la pérdida o extinción o consumación como se quiera de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley a su ejercicio.[3307]

Esta situación aparece durante el curso del proceso estableciendo las medidas de tiempo, orden y forma de realización de los actos procesales, convirtiéndose finalmente en la base práctica de la eficacia de una sentencia. Esta, para adquirir firmeza, necesita que precluyan todas las posibilidades para contener sus disposiciones. Son, por tanto, sentencias firmes aquellas contra las cuales no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes.

De manera que la suma preclusión en el proceso se produce cuando se ha obtenido una sentencia que no está sometida a ninguna impugnación, pasando esta en autoridad de cosa juzgada, pues la afirmación que ella contiene es indiscutible y obligatoria para los jueces

3305. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 401.

3306. Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1946, pp. 56-7.

3307. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, T. III, 1949, p. 224.

futuros de una voluntad concreta de la ley que reconoce, o desconoce, un bien de la vida a una de las partes.[3308]

Resulta claro, entonces, que la *res judicata* es el bien de la vida reconocido o negado por el juez que ha llegado a ser incontestable. Y la preclusión, en cambio, es el medio de que se sirve el derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado del proceso. De ahí que la finalidad de la preclusión se agote con la clausura del proceso, y sus efectos no excedan el marco de este. En tanto, la cosa juzgada tiene por fin la intangibilidad de la situación de las partes con relación al bien de la vida perseguido un juicio y la extensión indefinida de sus efectos en el futuro.

Estas observaciones llevan a cifrar distancias entre los recursos y la cosa juzgada; pues, salvo en el recurso de revisión de la *res judicata* fraudulenta, en los demás casos, no caben impugnaciones si el pronunciamiento ha logrado revestirse de aquella autoridad. Al mismo tiempo que la alcanza, suspende la ejecutoriedad probable a que fuere sometida.

De todas formas existen disposiciones judiciales que se pueden ejecutar sin estar firmes, como por ejemplo, en el caso de un recurso concedido con efecto devolutivo; y en estas situaciones –dice Hitters– a nadie se le ocurre que se trata de un fallo ejecutoriado.[3309]

623. Naturaleza jurídica de la resolución impugnada

La motivación desenvuelta precedentemente lleva a determinar la naturaleza jurídica que tiene la resolución en el tiempo que corre hasta que alcanza firmeza, o bien cuando ella se encuentra recurrida. El problema está en que deben explicarse las causas por las cuales, transcurriendo estos plazos o deducidos los medios de gravamen, la resolución, no obstante, produce algunos efectos jurídicos. El tema generalmente ha sido abordado en la perspectiva de la sentencia de primer grado, sin perjuicio de que las mismas conclusiones pueden alcanzarse para las restantes resoluciones judiciales.[3310]

3308. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. III, p. 223.

3309. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 83, nota 72.

3310. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 38; Colombo, Carlos, "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso", *Revista de Derecho Procesal*, 1947-I, p. 488; Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 341; Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. I, p. 406; entre otros.

Existen –como explica Couture– no menos de cinco opiniones para interpretar la cuestión, a saber:

1. Acto sometido a condición resolutiva; tesis compartida principalmente por Mortara y Kohler, quienes consideran que la sentencia, desde el primer momento, tiene todas las condiciones necesarias para permanecer estable, pero puede perder su eficacia originaria si se produce el hecho de que el Tribunal Superior decida en sentido contrario.
   Para Kohler, la sentencia sujeta a recurso lleva consigo ese carácter condicional desde su origen; según Mortara, esa situación se produce sólo cuando el recurso es deducido.
2. No es verdadera sentencia, sino acto que puede devenir sentencia; sostenido por Chiovenda. Esta posición replica a Mortara y se fundamenta en que, una sentencia sujeta a agravios no puede considerarse como acto jurídico bajo condición suspensiva o resolutiva

   > … es más bien un elemento que con el concurso de otro elemento (el término) llegará a ser la declaración del derecho; mediante la sentencia sujeta a tales gravámenes tenemos simplemente una situación jurídica. No es consecuencia de este principio el hecho de que la cosa juzgada existe sólo desde el momento en que la sentencia sujeta a gravámenes deviene definitiva y no se remonta al momento de su publicación.[3311]

3. Es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia; según argumentos de Ugo Rocco. En la formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales se observa un procedimiento que constituye una garantía de la justicia objetiva y de la legalidad de la voluntad declarada.

   > Este procedimiento de formación tiene varios grados, de suerte que en el ejercicio del primer grado, y hasta la conclusión de los términos para interponer el recurso, es un procedimiento imperfecto, mientras que la sentencia (sentencia de primer grado) es un acto por sí mismo perfecto, y subsiste como acto de declaración hasta que se revoque o se modifique o se sustituya por una nueva sentencia (sentencia de segundo grado), o sea, por otro acto de declaración de derecho. La

3311. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 493.

sentencia de primer grado está dotada desde su nacimiento de una autoridad propia. Y, ciertamente, si así no fuese, resultaría incomprensible que este acto pueda llegar a ser formal y sustancialmente una sentencia con sólo agregársele un simple hecho negativo (la no interposición de la apelación dentro del plazo correspondiente).[3312]

4. Es un acto imperativo, aunque no inmutable; según Carnelutti:

   … de la misma manera que a la validez, puede parecer que la imperatividad de la decisión deba subordinarse a la inmutabilidad de la misma. Pero, en realidad, únicamente cuando la decisión haya alcanzado firmeza pareciera poder contar con la garantía de justicia que fundamenta su fuerza obligatoria. Sin embargo, el punto de vista lógico ha de ser modificado en razón de fundamentos de orden práctico que aquí concurren.[3313]

   De un lado, *imperatividad* e *inmutabilidad* son conceptos separables en tanto los vínculos se traban simultáneamente con las partes y con el juez, pero de distinta manera. La finalización del proceso hace al interés práctico de la cosa juzgada, pero no puede condicionarse la imperatividad de la decisión a la inmutabilidad de ella.
5. Es un acto sometido a condición suspensiva, según la concepción de Vasalli y Calamandrei. Para el primero, la sentencia sujeta a recurso se compara con el acto pendiente de condición suspensiva. Agrega el segundo que debe hablarse de un acto sujeto a condición legal, o *condictio iuris*, que es el que tiene lugar siempre que la ley condiciona la eficacia de un negocio ya provisto de los requisitos esenciales para su existencia al acaecimiento de un hecho.[3314]
6. *Otras corrientes y opiniones*: Couture entiende que no existen posiciones definitivas, sino que debe observarse el decurso de los tiempos. Así dentro del plazo para articular recursos la sentencia está sujeta a una condición suspensiva. Si luego el recurso no se plantea "… el acto se considera puro y simple

3312. Rocco, Ugo, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1939, p. 194.

3313. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. I, p. 332; Colombo, Carlos, "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso", *op. cit.*, p. 499.

3314. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, *op. cit.*, T. II, p. 198.

desde el día de su otorgamiento".[3315] Si, en cambio, el recurso se deduce, la sentencia no es perfecta para constituirse en una etapa de la obra de la jurisdicción. Por eso, si el fallo luego se confirma, "la función jurisdicción sólo puede darse por cumplida a partir de la sentencia de segunda instancia".[3316] Hasta ese momento, sólo existe la voluntad originaria. Si, a su turno, la sentencia fuera revocada, con esta recién comienzan a surgir efectos propios. La sentencia de primera instancia se convierte, entonces, en un antecedente necesario.

Finalmente, distingue la naturaleza de la sentencia sometida a recurso, cuando la impugnación no se refiere al mérito de la sentencia, como ocurre en la apelación, sino a la forma, como sucede en el recurso de nulidad. En estos casos, la sentencia está sujeta a condición suspensiva durante la segunda instancia, para asumir los efectos explicados según confirme o revoque el pronunciamiento. Satta redujo el problema a una simple concepción:

> La sentencia sujeta a gravamen es ni más ni menos que una sentencia sujeta a gravamen, esto es, determina lo concreto que puede ser removido con la impugnación, y como tal vale lo que vale, esto es vale aquello que quiere la ley. Si no fuese así, la sentencia no cerraría ni siquiera el proceso de primer grado, y propuesta una nueva demanda después de la sentencia se debería declarar la litispendencia, lo que es absurdo.[3317]

Nosotros creemos que el tema atraviesa por una de esas parcelas donde es preciso reposar la opinión en realidades y utilidades que la teoría presta.

Basta observar la estructura del proceso con las consecuencias de sus etapas guiadas por principios naturales que en esta materia preferencia a la preclusión y la carga del propio interés para darse cuenta de que la sentencia de primera instancia no puede calificarse con institutos sustanciales, ni adjetivarse con alguna de esas características del

3315. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 342.

3316. Ibídem, p. 343.

3317. Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil, op. cit.*,T. I, p. 406.

derecho de fondo, porque en su favor obran, preeminentemente, actos que son secuencias y consecuencias de otros.

La decisión es un acto imperativo, porque es un elemento de la jurisdicción dictar actos de imperio. Si este no ha de cumplirse, a fuerza del efecto suspensivo del medio de gravamen, la relación se traba con la ejecución (*executio*), pero el acto no pierde autoridad ni suficiencia. Inclusive, hasta provoca extensiones propias basadas en su propia eficacia (*v. gr.* embargo preventivo [art. 212, inc. 3, CPCCN]; cumplimento parcial [art. 499, Cód. cit.], si la vía se concede en efecto suspensivo [art. 243, Cód. cit.]; o se presta caución o fianza para ejecutar a pesar del recurso [art. 258, Cód. cit.]).

Aun cuando el pronunciamiento fuera revocado igual tiene vigencia e imperatividad, pues, como apunta Di Iorio, "... en virtud de lo dispuesto por el art. 253 del Código Procesal, el tribunal, luego de dictada la nulidad, si el procedimiento se halla arreglado a derecho, procede a dictar sentencia sin necesidad de reenvío".[3318]

El nudo de la cuestión está bien planteado por Palacio, al decir que el problema está en la obtención de la cosa juzgada, pues por lo demás el acto es completo y constituye una fuente reguladora de relaciones o situaciones jurídicas que se han debatido en el proceso.[3319]

624. Clasificación de las vías de impugnación

La pertenencia de la teoría general de la impugnación a un campo sumamente vasto que involucra a instituciones de derecho de fondo y procesal dificulta la tarea de elaborar una clasificación de las vías propicias para llevarla a cabo.

Los recursos, en cambio, admiten precisiones de mejor fundamento, considerándolos dentro de las vías de impugnación. En principio, entonces, podemos ubicar a los recursos como el camino más apto para cuestionar resoluciones judiciales. En cambio, los senderos de la impugnación permiten alternancias donde lo litigioso es solamente residual.

3318. Di Iorio, Alfredo, *Temas de derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 82.
3319. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T.V, p. 40.

En terreno de lo puramente procesal (judicial), al recurso se suman los incidentes y las excepciones e, inclusive, situaciones particulares de revisión como el juicio de conocimiento posterior al ejecutivo.

Describimos a continuación la principal clasificación que puede trazarse en la órbita de los recursos.

624.1 Recursos ordinarios y extraordinarios

El medio de gravamen más común y generalizado es el recurso ordinario, que permite con cierta singularidad y eficacia transmitir la disconformidad del impugnante con la resolución judicial que afronta. La sencillez del recurso permite atacar cuestiones vinculadas con errores de juzgamiento o con vicios del procedimiento, de manera que se extiende a providencias simples, interlocutorias y a sentencias definitivas.

La medida del conocimiento acordado al órgano que resuelve la presentación coincide con la actividad que cumplió el juez cuestionado. A veces, como la pretensión impugnativa consiste en aclarar o reponer una medida por otra, puede el mismo juzgador atender en el tema. En otras, cuando el vicio es *in iudicando*, la revisión la practica un órgano jerárquicamente superior.

Son *recursos ordinarios* en nuestro ordenamiento nacional los de aclaratoria, reposición, apelación, nulidad y queja por denegatoria del de apelación. Los *recursos extraordinarios* son vía de excepción pensadas para resolver motivos de impugnación generalmente predeterminados.

Para Rocco, la diferencia entre recursos ordinarios y extraordinarios está dada por la circunstancia de que, salvo excepciones establecidas por la ley (sentencias inapelables), en vía normal y general todas las decisiones están sujetas a los carriles ordinarios, no sólo por vicios determinados y establecidos sino siempre que el fallo de primer grado haya resultado equivocado; mientras que los recursos extraordinarios solamente tienen cabida, no ante la simple injusticia o cualquier nulidad, sino únicamente en los casos objetivamente autorizados por la ley; esto es, cuando se dan determinadas causales o motivos.[3320]

Siguiendo este criterio –agrega Hitters– serían entonces ordinarios (la apelación por antonomasia) aquellos que tienen cabida bajo la sola condición de la existencia del agravio; mientras que los extraordi-

3320. Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil, op. cit.*, T. I, pp. 395 y ss.

narios (la casación, por ejemplo), quedan limitados generalmente a las cuestiones de derecho y por motivos legalmente trazados.[3321]

Otros autores prefieren distinguir sobre la base de la estructura y función que asume el recurso. Tal es la opinión de Carnelutti, quien sustenta la diferencia enla eficacia del procedimiento impugnativo. Excluido, dice que pueden coexistir con la misma eficacia dos sentencias contrarias pronunciadas en el procedimiento impugnado y en el impugnativo. Se entiende que la segunda tiende a sustituir a la primera, por lo cual tiene una doble eficacia, negativa (rescisión de la sentencia anterior) y positiva (sustitución de aquella). En los procedimientos de impugnación ordinarios, concluye, se confunden la rescisión (*iudicium rescindens*) y la sustitución (*iudicium rescissorium*); en los extraordinarios, la rescisión es limitada (a ciertos requisitos, causales), y sólo si esta se decide, cabe avocarse a la otra (*rescissorium*, sustitución), a veces por otro tribunal (casación francesa).[3322]

624.2 Remedios y recursos

La distinción aquí depende del órgano que resuelve la queja. Por vía de principio son remedios las impugnaciones que decide el mismo tribunal cuestionado; en cambio, son recursos aquellos que deban sentenciarse por un cuerpo jerárquicamente superior. Podetti varía el enfoque y considera que los remedios impugnan decisiones emitidas por órganos sin jurisdicción (*v. gr.* actos administrativos), mientras que los recursos son los que van contra resoluciones judiciales.[3323]

624.3 Recursos negativos y positivos

Schönke los divide según que el tribunal del recurso esté llamado a dictar una sentencia nueva o su misión se reduzca a anular la resolución impugnada.[3324] Es decir, si con el nuevo decisorio se obtiene

3321. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 54.

3322. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, T. II, pp. 182-3.

3323. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 27.

3324. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 300.

otra sentencia o un reenvío al problema de fondo, anulando lo que estuviese viciado.

624.4 Recursos principales y subsidiarios

Puede tratarse de recursos autónomos e independientes que no admitan la eventualidad en su planteo; o bien de vías alternativas que se proponen para el caso de que no prosperara el primer intento (*v. gr.* reposición con apelación en subsidio). Otros prefieren referir a la relación que entablen con la cuestión principal del juicio. De este modo, serían principales los que atacan las decisiones que ponen fin al pleito e incidentales los que se dirigen contra las providencias interlocutorias.[3325]

624.5 Recursos de instancia única o plural

Esta clasificación atiende al modo de fundamentar la pieza recursiva. Cuando la impugnación debe plantearse y fundarse en un mismo acto, hablamos de recursos de instancia única; en cambio, si los pasos para interponer y fundamentar obran separados, los recursos serán de instancia plural por la fragmentariedad apuntada.

624.6 Recursos devolutivos y no devolutivos

Estos a su vez coinciden en parte con la distinción que se traba entre remedios y recursos. En efecto, serían no devolutivos la aclaratoria y la reposición, y del otro carácter los recursos como la apelación, la casación y la queja.

625. Procedimiento impugnativo

De acuerdo al medio o a la vía que se acceda, el procedimiento impugnativo genera un ritual diferente. Por lo general, la impugnación se deduce en solo un instante para fundamentar más tarde las razones que la motivan. Excepcionalmente, todo se produce en un mismo acto.

3325. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 52.

Si nos referimos al medio de gravamen característico, esto es, el recurso, la regla lleva a que en primer lugar se ataque la resolución, dando lugar entonces a un despacho de la magistratura que asume la forma de providencia interlocutoria. Como tal, será también recurrible y podrá cuestionar tanto la admisibilidad del recurso como el efecto otorgado.

Este juicio de admisibilidad inicial finiquita la intervención del juez, cancelando su jurisdicción. Además, no se trata de una decisión definitiva, toda vez que puede ser reconsiderada por el Tribunal Superior, disponiendo que el recurso fue mal concedido.

La interposición del recurso no requiere de sustanciación.

Las vías de impugnación, en cambio, suscitan un proceso independiente y autónomo que, como tal, solicitan los requisitos comunes para sustentar una pretensión. Una vez en la alzada, el procedimiento recursivo reconoce mayores exigencias. La diversidad de medios de gravamen provoca al mismo tiempo un acomodamiento del ritual a seguir. En la mayoría de los sistemas, quien presenta una queja debe comparecer ante el órgano de revisión para fundamentar las razones que dan lugar a los agravios.

De esta pieza suele darse traslado a la otra parte para que la conteste, sin que su silencio genere otra implicancia que la ausencia de réplica. También es posible replantear prueba no producida en la instancia liminar, si bien es cierto que tiene características de excepción y habitualmente limitada.

626. Efectos de los recursos

Señala Hitters:

> ... 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.[3326]

3326. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 124.

De estas consecuencias interesa observar cómo se desenvuelven los efectos devolutivo y suspensivo del recurso.

626.1 Efecto 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 en que se derivaba 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, tales como:

a. la remisión de la jurisdicción al órgano superior, privando al *a quo* de la potestad de juzgar o seguir interviniendo en la causa;
b. 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 posibilidad de confirmar íntegramente el fallo, de ratificarlo en una parte y revocarlo en otra, y de invalidarlo totalmente;
c. 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 1, del Código Procesal 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, 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 apellatum*.[3327]

En tal sentido, el recurso de apelación no solamente confiere al tribunal la facultad, sino que lo obliga a considerar en toda su extensión las defensas alegadas por quien, al resultar vencedor, no pudo protestar el fallo, porque el órgano decisor le acordó cuanto pedía. De no ser así, se violaría el principio de igualdad y, en definitiva, la garantía de defensa en juicio. El efecto devolutivo del recurso de apelación importa la sumisión integral del proceso al tribunal de alzada y per-

3327. Explica Falcón un problema habitual de este efecto: ... aunque ni el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con las reformas de la Ley N° 22434, ni la legislación anterior traían una norma al respecto, la jurisprudencia desde hace ya tiempo ha fijado el criterio del juez del recurso". Así terminó plasmándose el concepto que expone el fallo comentado, repitiéndose la jurisprudencia en los mismos términos: "El tribunal de alzada está facultado para examinar de oficio la admisibilidad del recurso, pues sobre ese punto no se encuentra ligado ni por la conformidad de las partes, ni por la resolución del juez de primer grado, aun cuando esta última estuviese consentida" [...]. La doctrina en general se ha manifestado en el mismo sentido, ya sea porque se trate expresamente el tema o porque cite jurisprudencia en ese sentido. Ahora bien, cuál es la razón por la cual una vez concedido el recurso, el tribunal que debe conocer en el mismo lo puede modificar, aunque la providencia que lo concede se encuentre consentida. Sobre todo teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 166, inc. 6 que recordamos: "Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. Le corresponderá sin embargo: 6°) Resolver acerca de la admisibilidad de los recursos y sustanciar los que se concedan en relación y, en su caso, decidir los pedidos de rectificación a que se refiere el art. 246...". La razón es relativamente sencilla. La resolución del juez de primera instancia no causa estado y tampoco precluye el tratamiento de la cuestión resuelta, porque la admisibilidad definitiva del recurso importa asignar competencia al Tribunal Superior para entender en la causa. Así se entiende fácilmente que el tribunal de primera instancia no puede dar competencia al de segunda para tratar el tema: a) porque la competencia es especialmente asignada por la ley, y es improrrogable en estos supuestos, b) porque la revisión de la declaración de competencia corresponde al mismo juez o tribunal (arg. del art. 4°, Código Procesal), y en su caso la revisión siempre es hacia "arriba", es decir por el "superior" si la providencia fuese apelada. En modo alguno corresponde al "inferior" prefijar dicha competencia (Falcón, Enrique Manuel, "El juez del recurso", *LL*, 1987-D-492).

mite a este conocer *ex novo* en todas las cuestiones controvertidas, con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a la del juez apelado.

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.[3328]

En suma, el efecto devolutivo, como acota Chiovenda, determina que toda la actuación que resulta del grado inferior tenga carácter provisional, esto es, subordinada al éxito del juicio de apelación pendiente.[3329]

626.2 Efecto suspensivo

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 pendente 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.[3330]

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 en 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, sólo excepcionalmente, cuando el ordenamiento así lo dispone "en el devolutivo". En cambio, la norma del artículo 15 de la Ley N° 16986 constituye la negación de la garantía constitucional que implica la protección sumaria de los derechos mediante la acción de amparo,

3328. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas procesales*, *op. cit.*, Capítulo XX.

3329. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. II, p. 509.

3330. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 370.

pues como corolario de esa norma –que dispone que los recursos interpuestos contra resoluciones cautelares deben concederse con efecto suspensivo–puede sobrevenir el daño que se intenta evitar o tornarse en ilusorio el reconocimiento perseguido por quien interpone dicha acción. Asimismo, aquella norma contraviene el orden imperante en materia de medidas cautelares, cuyas apelaciones se otorgan con efecto devolutivo para evitar gravámenes irreparables.[3331]

626.3 Efecto extensivo

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 litisconsorcio, terceros, etcétera.

El efecto extensivo participa de las siguientes características.

a. 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 sólo 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.
b. 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.
c. 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 José Clariá Olmedo– queda totalmente subordinado al recurso que se interpuso; el desistimiento, el

3331. Juzgado Federal Contencioso Administrativo, Nº 1, "Adecua c./ Poder Ejecutivo nacional", 16/2/1999, *LL*, 1999C-205, con nota de Patricio Alejandro Maraniello, *DJ*, 19992778.

abandono, la deserción, etcétera, con respecto al impugnante extiende sus efectos a los favorecidos.[3332]

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.).

627. Formas de concesión del 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, 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. 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 Cámara de Apelaciones.

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*

3332. Clariá Olmedo, José, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, T. V, 1960, p. 315.

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 debe ser fundado recién cuando llegue a la alzada por estar apelada la sentencia definitiva. Esta posibilidad es excepcional y en la práctica arroja resultados positivos.

628. Cesación de 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 incoado (desistimiento).

También es posible que el quejoso abandone la instancia luego de incoada la impugnación, al no impulsar el trámite por un tiempo determinado.[3333]

3333. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 147.

Capítulo LXXXII
Aclaratoria

629. Potestad judicial de esclarecimiento

La *aclaratoria* navega entre las aguas de los *recursos* que disponen las partes contra las decisiones que les provocan agravios y las *potestades judiciales* de esclarecer conceptos oscuros de sus pronunciamientos; también se utiliza para sanear defectos u omisiones que no supongan alterar lo sustancial de la sentencia.

Lo sinuoso del camino, como las alternativas que surgen para encontrar la naturaleza de la institución, proviene de la dificultad legislativa de ubicar donde corresponde a la aclaratoria. Si queda entre los *deberes y facultades de los jueces*, nos parece razonable pensar que se trata de un deber de esclarecimiento tendiente a evitar nulidades formales de la sentencia (art. 34, inc. 5, ap. b, Cód. Proc.); inclusive, confirma la conclusión lo dispuesto en el artículo 36, inciso 6, respecto a que es deber de los jueces "corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 166, incisos 1 y 2, errores materiales, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio…".

No obstante, como la disposición se repite en el artículo 166, inciso 2, que está dentro del capítulo de las "Resoluciones Judiciales", es posible deducir una suerte de recurso que no es tal, dado que un pedido de esclarecimiento no contiene agravios (aunque sean potenciales o posibles). Además, la confusión aumenta cuando al observar el inciso 1 del artículo 166, se reitera la potestad de esclarecer de oficio, antes de notificar la sentencia, con el agregado que "los errores puramente numéricos podrán ser corregidos aun durante el trámite de ejecución de sentencia".

630. Antecedentes e historia

Sabido es que nuestro sistema procesal se apoya en la Ley de Enjuiciamiento Civil española que, a su vez, aglutinó un conjunto

normativo (por eso es ley y no Código) adaptado a las Leyes de Partidas de Alfonso "El sabio". En estas, la Ley III, Título 22 dijo:

> Tal juyzio como este (la sentencia definitiva), que una vez lo oviera bien o mal judgado, non lo puede toller, nin mudar aquel Juez que lo judgó... Pero si el Judgador oviesse dado juyzio acabado sobre la cosa principal, é non oviesse fablado en aquel de los frutos é de la renta della: o non oviesse condenado a la parte, contra quien fuesse dado el juyzio, en las costas; o si por aventura oviesse judgado en razon destas cosas, mas ó menos que non deviesse; bien puede todo judgador emendar, é enderezar su juyzio en razon dellas, en la manera que entendiere que lo deve fazer segun derecho. E esto ha de fazer tan solamente en aquel día que dió la sentencia, ca después non lo podría fazer; como quier que las palabras de su juyzio bien las puede mudar después, é poner otras mas apuestas; non camiando la fuerza ni el entendimiento del juyzio que diera.

Se echaron así las bases para corregir una sentencia sin necesidad de cambiar el órgano judicial. Idea que parece tomar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, cuando en el artículo 77 establece:

> Ni los jueces ni los tribunales podrán variar ni modificarla sentencia una vez pronunciada; pero sí aclarar algún concepto oscuro, o suplir cualquiera omisión que hubiere sobre punto discutido en el litigio. Esto, sólo podrán hacerlo a instancias de alguno de los litigantes que lo haya solicitado dentro del día siguiente al de la notificación de la sentencia.

Sobre la norma, dicen José María Manresa y José Reus:

> Gran cuidado deben poner los jueces y tribunales en no dar lugar a tales aclaraciones, porque, sobre amenguar el prestigio del poder que les está confiado, dará una idea poco ventajosa de su capacidad, o por lo menos de su prudencia, reflexión y demás dotes de que debe estar adornado el que tiene la misión de administrar justicia en la tierra.[3334]

En el derecho francés el debate se entabla sobre la posibilidad de extender la jurisdicción una vez que la sentencia se ha pronunciado (*dessaisissement du juge*), porque no admiten correcciones de quien no tiene potestad para hacerlo desde que ya cumplió con el deber de oficio; a diferencia del derecho alemán que en la ZPO reglamenta la

3334. Manresa y Navarro, José María y Reus, José, *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, *op. cit.*, T. I, p. 278. Cfr. López Mesa, Marcelo, "El remedio de aclaratoria y la subsanación de errores materiales", *DJ*, 1992-2-929.

continuidad de la jurisdicción. En efecto, el artículo 318 sostiene que "los tribunales quedan vinculados por los fallos dictados por ellos en sentencias definitivas e incidentales".

Para los italianos no hay aclaración sino corrección, y está en el capítulo de los recursos. Pero el sentido es muy diferente al corriente que españoles y patrios asignan.

Santiago Sentís Melendo sostiene:

> Nuestro código de la Capital, en su art. 222, y lo mismo la Ley 50, en su art. 232, exigen la petición de parte para que la aclaratoria pueda tener lugar. No obstante la claridad de los preceptos legales que exigen la petición de parte, la jurisprudencia ha resuelto que, aun cuando la aclaratoria dictada de oficio subsanando una omisión, podría en rigor determinar la nulidad de la sentencia, cabe atemperar la severidad de la regla, ya que, en definitiva, sólo importaría una demora más.[3335]

631. Naturaleza jurídica

Viendo los antecedentes irradia, el origen del problema de la naturaleza jurídica de la aclaratoria. Quienes consideran que con la emisión de la sentencia culmina la jurisdicción, lógicamente cualquier enmienda de ella supone corregirla y, como este es un deber de revisión, no le corresponde a quien ha errado sino a quien debe revisar para remediar el error. Al respecto, explica Sentís Melendo, que no hay confusión cuando la doctrina italiana habla de *corrección* mediante "*ricorso*", ya que ello no quiere decir otra cosa que revisión que se inicia por medio del oportuno escrito solicitando la corrección o aclaratoria.[3336]

La crítica que se formaliza a esta tesis está en que *aclarar* no siempre supone *corregir*, y aun la enmienda que esclarece un nombre, suple una omisión, integra un término, no significa alterar la voluntad expresada en la sentencia, y menos aún que ese pronunciamiento provoque agravios por la construcción deficiente. Recuérdese que el agravio se mide con las pretensiones, de modo tal que cuando se plantea descifrar lo manifestado, en todo caso, el gravamen es potencial

3335. Sentís Melendo, Santiago, "Aclaratoria de sentencia", *Revista de Derecho Procesal*, año IV, 1946 (segunda parte), p. 19.

3336. Ibídem, p. 3.

y permitiría recomendar el efecto suspensivo de la aclaratoria, como veremos más adelante.

> No se impugna la sentencia porque no se considera que la misma sea equivocada en cuanto a lo que decide; no se pretende su rescisión ni su sustitución por otra; no se aspira a modificar un error de fondo o de contenido, sino una deficiencia de expresión. Con gran claridad se ha podido concretar la diferencia entre la aclaratoria y los recursos, diciendo que la primera "sirve para enmendar un defecto de expresión" mientras que los recursos "sirven para enmendar un defecto de volición".[3337]
> Si relacionamos este concepto, que, desde luego, parece totalmente errado, con la teoría que casi todos los autores modernos defienden, según la cual en la sentencia debe verse, o al menos predomina, un acto de voluntad, habremos de llegar a la consecuencia de que la aclaratoria no determina una modificación de la sentencia, puesto que la volición que la constituye sigue siendo la misma, limitándose a enmendar la expresión de dicha volición.[3338]

Esta tendencia influyó para que la aclaratoria fuera estudiada en el capítulo de formación de la sentencia; a excepción de otros estudios, como el de Mortara, donde atiende la corrección de la sentencia como un incidente de aclaración, pero siempre presentado y resuelto ante el juez *ad quem*. Este criterio es el que acepta para nuestra legislación[3339] Sentís Melendo, sin darle al incidente extensión como recurso ni acotarlo al de simple incidencia, admitiendo que no es el temperamento que sigue la jurisprudencia.[3340]

Actualmente el debate continúa en la doctrina. Morello, Sosa y Berizonce sostienen:

> Este remedio –como el dios Jano– tiene dos rostros que lo emplazan como acto determinante de la versión definitiva y última de las resoluciones judiciales (y entonces forma parte de la zona de las sentencias) y, al mismo tiempo, se levanta como la primera protesta y disconformidad con lo ya resuelto, carácter este que lo radica en el tablero de las impugnaciones medios de gravamen o recursos. Nosotros, por simples razones metodo-

3337. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, T. II, p. 214.

3338. Sentís Melendo, Santiago, "Aclaratoria de sentencia", *op. cit.*, p. 5.

3339. Téngase en cuenta que la opinión se vierte analizando la Ley N° 50 que atrapa a la aclaratoria como un recurso (art. 232), pues indica que la sentencia se debe rectificar no por apelación sino con el recurso de aclaratoria.

3340. Sentís Melendo, Santiago, "Aclaratoria de sentencia", *op. cit.*, p. 9.

> lógicas, y sin apegarnos a ninguna categorización simplificadora, hemos alojado su tratamiento dentro del primero de esos andariveles.[3341]

Antes había dicho Carlos Colombo, siguiendo la postura de Calamandrei, referida al Código Procesal italiano, como la vertida por Schönke al comentar la ZPO:

> Si efectuamos un balance de las opiniones y elementos comparativos reseñados, desde un punto de vista –diré así– neutral, el resultado es que la llamada "aclaratoria" tiene algunos rasgos similares a los de los recursos y otros distintos. Entre estos últimos, principalmente la circunstancia de que en los medios de impugnación indiscutidos como tales, el efecto puede ser el poder del órgano jurisdiccional de decir lo opuesto a lo declarado en la primera resolución (revocatoria, apelación etc.), sustituyéndola por otra. En cambio, por obra de la aclaratoria, como ya he expresado, debe mantener la unidad de dirección lógica de su juzgamiento; no puede introducir alteraciones sustanciales. Por tanto, podrá ser considerada un reclamo, denominación esta que también tiene precedente doctrina.[3342]

Esta corriente hoy día recepta Eduardo Oteiza, en uno de los estudios más completos en este tema.[3343] En cambio, Manuel Ibáñez Frocham, Palacio, Podetti, Hitters, Rivas, Fenochietto y Arazi consideran que es un recurso.[3344]

3341. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. II-C, p. 276. Morello, Augusto Mario, "Aclaratoria de sentencia y término para apelar", *JA*, 1959-III-619.

3342. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 76.

3343. Oteiza, Eduardo, "El pedido de aclaratoria", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (coord.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 59; Ídem, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", *LL*, 1992-A-705.

3344. Ibañez Frocham, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, La Ley, 3° edición, 1969, p. 122; Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, p. 178; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 65; Fenochietto, Carlos Eduardo, Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 593; Podetti, Ramiro, *Tratado de los Recursos*, *op. cit.*, p. 101. Rivas, Adolfo, *Tratado de los recursos ordinarios y el proceso en las instancias superiores*, Abaco, T. I, 1991, p. 125. Optó por denominar *recurso* a la *aclaratoria* y sostuvo que "no obstante sus peculiaridades, conforma a nuestro juicio una vía abarcada por el *iudicium rescissorium*, ya que apunta a provocar modificaciones que si bien no importan una revocatoria de lo decidido, ni una transformación especial, generan un cambio trascendente (por lo general) en la exteriorización del pensamiento del juzgador". Cfr. Oteiza, Eduardo, *El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios*, *LL*, 1992-A-705, en especial nota 9.

El problema de adscribir a una u otra corriente pasa por el uso que la jurisprudencia tolera para la aclaratoria. Se torna evidente que a veces funciona como recurso, y otros queda en el reducido marco de los deberes de saneamiento.

Por eso, argumenta Oteiza:

> El antagonismo entre ambos criterios responde a la imposibilidad de determinar apriorísticamente hasta dónde puede llegar el magistrado cuando explícita aquello que no es evidente en su fallo. La fórmula*: sin que altere lo sustancial de la decisión* que contienen los arts. 36 y 166 del Código Procesal Nacional no deja de ser un concepto abierto que acude a la prudencia subjetiva del órgano judicial. Si no se excede ese valladar estaremos frente a un reclamo, por el contrario, el traspasar o acercarnos peligrosamente a esa línea nos permitirá hablar de recurso. Al margen de las disquisiciones precedentes lo cierto y lo concreto es que este carril ha sido utilizado en algunos casos como una verdadera impugnación y en otros como un instrumento para poner en blanco y negro los grises del lenguaje judicial.[3345]

632. Alcances

El Código Procesal asigna al juez a *ejercer de oficio*, antes de notificar la sentencia, la facultad de *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 (arts. 36, inc. 6 y 166, inc. 1). Se ha dicho que si bien es cierto que con el dictado de la sentencia queda concluida la competencia del juez respecto del objeto, ello no empece a que, conforme surge del artículo 166 del Código Procesal, el magistrado pueda de oficio o a pedido de parte aclarar algún concepto oscuro, corregir errores materiales o suplir omisiones, siempre que no se altere lo sustancial de la decisión.

Sin embargo, puede ocurrir que la aclaratoria se use como mecanismo de dilación, en cuyo caso el juez podría calificar esa conducta como temeraria o maliciosa, con la consiguiente aplicación de una sanción

3345. Ídem.

pecuniaria, por haber ejercido inadecuadamente el derecho de defensa mediante planteos formulados con propósitos meramente dilatorios.[3346]

La duda queda en saber si esa facultad sancionatoria no significa alterar lo sustancial de la decisión, toda vez que, en lugar de aclarar, se interpreta el comportamiento y se excede la congruencia de actividad posible en los términos del artículo 166 del Código Procesal. De todos modos, el problema se puede transferir a otro espacio yresolver el tiempo en que se puede sancionar la conducta, conforme autoriza el artículo 45 del Código referido.

En este terreno, entonces, corresponde determinar el alcance que tienen las posibilidades de: a) corregir errores materiales, b) aclarar conceptos oscuros, c) suplir cualquier omisión de la sentencia, o d) rectificar errores numéricos.

Iguales facultades se pueden ejercer cuando el planteo lo formulan las partes, sólo que desde el momento que se plantean dejan de ser facultades para ocupar el espacio del deber de proveimiento.

La historia jurisprudencial acompaña desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación con estos permisos. Así, en la causa "Estado Nacional c./ Coop. Editora Mariano Moreno Ltda.", sostuvo que la rectificación de errores contenidos en sentencias judiciales debe ser necesariamente efectuada por los jueces, dado que "el cumplimiento de una sentencia informada por vicios semejantes, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional, pues aquella busca amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista en él".[3347]

Luego, en "Ballante, María s/ pensión", precisó:

> Si los jueces, al descubrir un error de esa naturaleza, no lo modificasen, incurrirían con la omisión en grave falta, pues estarían tolerando que se generara o lesionara un derecho que sólo reconocería como causa el error, pues no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para

3346. CNCom., Sala A, "Corrales, Francisco c./ De Rosso, Celestino L.", 18/8/1993, *ED*, 162-261. El art. 166, inc. 1, último párrafo del Código Procesal ha receptado el principio jurídico según el cual los errores aritméticos o de cálculo en que incurra una decisión deben ser necesariamente rectificados por los jueces, sea a pedido de parte o de oficio (CSJN, "Iglesias, Germán H. c./ Estado nacional -Ministerio de Educación y Justicia", 20/12/1994, *LL*, 1995-B-249; *DJ*, 1995-2-274).

3347. *DJ*, 1990-1-424.

> determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos.[3348]

De lo expuesto se puede concluir con una línea maestra que llega desde el famoso caso "Colalillo", que razona:

> La interpretación de los dispositivos procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal, incompatible con un adecuado servicio de justicia [...]. El hecho de que el tribunal de la causa, a raíz de una *aclaratoria* deducida por otros motivos, haya corregido un error material que luce evidente [...] no puede dar lugar al recurso extraordinario, ya que sería inadmisible que, por un apego estricto a las formas, subsista en la sentencia un error de hecho por el que se genera o lesiona un derecho. Dicho en otro modo, exigir que la Cámara, por rigurosa aplicación de los términos procesales –que vale decirlo, se encuentran en un plexo normativo que confiere a los jueces amplias facultades para enmendar errores materiales– se vea impedida de corregir un defecto consistente en una notoria contradicción en el voto de uno de sus jueces (ya que, si adhirió a los fundamentos del voto que confirma la sentencia de grado, resulta incongruente que vote por su revocación), importaría tanto como desconocer la unidad de las sentencias judiciales, así como amparar el predominio de una solución formal, que resultaría sustancialmente opuesta al resultado al que el Tribunal pretendió arribar en la sentencia.[3349]

632.1 Corrección de errores materiales

Errores materiales son los cometidos en la reproducción de formalidades intrascendentes como el nombre escrito con errores, confundir la calidad de las partes, no completar el número de foja/s al que se hace remisión e inclusive, con alguna discrepancia en la doctrina, la posibilidad de cambiar la conclusión de los considerandos de la sentencia en la parte dispositiva.[3350]

3348. CSJN, Fallos: 286:291.

3349. CSJN, Fallos: 326:3058, "Cozzani, Reinaldo Hugo c./ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires". Cfr. Giannini, Leandro, "Los límites de la aclaratoria en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *La Ley*, 28/7/2004, p. 6.

3350. Exigir que la Cámara, por rigurosa aplicación de términos procesales –que se encuentran dentro de un plexo normativo que confiere a los jueces amplias facultades

La corrección que se admite debe estar relacionada con el desconcierto que produce la sentencia o disposición que se pretende confusa, siempre que el error sea evidente. De otro modo, el vicio formal que trasciende la incertidumbre debe corregirse por el recurso de nulidad, o en su caso, con el de apelación que lo contiene. Vale decir, no es motivo de aclaratoria el error conceptual ni el de interpretación, sino, únicamente, el que incurre en transcripciones u omisiones equivocadas con el discurrir del pronunciamiento; de otro modo, habría una nueva construcción lógica del fallo.

Además, sólo se corrige o enmienda la parte dispositiva de la sentencia, teniendo en cuenta que se trata de impedir la consagración de pronunciamientos que puedan tornarse inejecutables por el vicio implícito. Por consiguiente, en algunos casos, es necesario esclarecer lo fundamentado en los considerandos para relacionarlo, adecuadamente, con la resolución dispuesta.

La intrascendencia del error determina un alcance, pero es al mismo tiempo un límite difuso porque transita en el carril de la interpretación conceptual, que por su propia entidad, lleva a veces a sostener que la aclaratoria resulta improcedente por ser suficientemente clara la decisión tomada, conforme lo entienda quien deba resolver.[3351]

Lo mismo sucede cuando la aclaratoria se quiere convertir en un recurso de interpretación; donde en lugar de esclarecer se pretende cierta transformación mediante el uso de giros idiomáticos. Por ejemplo, cuando la sentencia condena al pago de intereses y no se

para enmendar errores materiales– se vea impedida de corregir un defecto consistente en una notoria contradicción en el voto de uno de sus jueces–ya que, si adhirió a los fundamentos del voto que confirma la sentencia de grado, resulta incongruente que vote por su revocación–, importaría tanto como desconocer la unidad de las sentencias judiciales, así como amparar el predominio de una solución formal, que resultaría sustancialmente opuesta al resultado al que el tribunal pretendió arribar en la sentencia (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) (Fallos, 327:315, "Goza, Elio Mauricio c/ Kenia S.A. s/ daños y perjuicios").

3351. No procede hacer lugar a la aclaratoria pedida, si la sentencia dictada por la Corte Suprema es suficientemente clara respecto de la inexistencia de cuestión federal apta para la apertura del recurso, inclusive en cuanto refiere que el pronunciamiento apelado se halla provisto de fundamentos bastantes –que se señalan–, lo cual importa excluir la tacha de arbitrariedad formulada (CSJN, Fallos, 302:820, "Ingenito, Norberto L.").

indica desde qué período se deben computar, y con la aclaratoria se pretende imponer un plazo indicativo.[3352]

Asimismo, dice Falcón:

> En la aclaratoria que llamamos fáctica, los errores materiales aparecen fundados en una transformación o equivocación evidente. En ellos se ve la evidencia del error debido a la coherencia integral que debe guardar la resolución (hacer lugar a la demanda y condena en costas al actor, o traspone los sujetos, nombres o calidades de las partes o contiene simples errores de cálculo), cuando se advierte que el sentido de la resolución apunta necesariamente a una conclusión y resulta otra, la opuesta que por consecuencia o absurdo se ve claramente. Es decir que el error aparece manifiesto a la vista de cualquier persona y el sentido perseguido por la resolución, la télesis que dimana de la misma, no se corresponde con la expresión. Pero si se pretende adentrarse en una corrección del código de comunicación que no surge de modo evidente, sino que requiere un examen detenido de la cuestión y la relación con otros elementos del fallo, o bien la aclaratoria fáctica no es la vía pertinente para enmendar el error, o no lo es la aclaratoria en general.[3353]

En suma, la corrección de errores materiales que se enmiendan por aclaratoria (dicho esto porque la Cámara de Apelaciones puede, en cualquier tiempo, y de oficio, rectificar aquellos vicios formales que pasaron inadvertidos para el juez *a quo* y para las partes) tiene el límite de la *transformación*. Es decir, la sentencia se integra con las correcciones que purgan el vicio intrascendente, no las que sustituyen el sentido jurídico (*v. gr.* imponer costas que no se sancionaron; aplicar multas que se omitieron en la sentencia pese a estar pedidas oportunamente; etc.), o se convierten en sentencias interpretativas que orientan el modo de ejecución (*v. gr.* si se condena a pagar alimentos al deudor

3352. Los agravios deducidos contra la sentencia que, por vía de aclaratoria, introdujo la capitalización de los intereses haciendo remisión a conceptos inexistentes en ella, suscitan cuestión federal bastante para su consideración en la instancia extraordinaria, pues –aunque remiten al tratamiento de cuestiones de hecho y de derecho procesal y común– lo resuelto, en exceso de los límites de la simple corrección de algún concepto oscuro o del hecho de suplir alguna omisión (art. 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y cuando la cámara había ya perdido su jurisdicción, produjo una alteración sustancial de la decisión definitiva dictada en la causa (CSJN, Fallos, 328:758, "Sontag, Bruno y otro c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario").

3353. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. VIII, p. 133.

insolvente, y con la aclaratoria se quiere indicar el alcance de una frase que, eventualmente, significaría actuar en un modo determinado).[3354]

632.2 Aclaración de conceptos oscuros

El *concepto oscuro* es la discordancia entre la idea y los vocablos que se utilizan para representarla. Por ejemplo, que en la parte dispositiva de la resolución el juez condene a pagar la suma pactada en el contrato, sin intereses y en dicho convenio existan pactados intereses compensatorios y punitorios. Es una cuestión idiomática, no de inteligencia ni sentido acordado. Porque usando el modelo anterior, bien podría aceptarse que la sentencia es clara cuando indica que el contrato a cumplir no contendrá ningún tipo de intereses. De ahí que el concepto oscuro no se debe asimilar al concepto erróneo o equivocado, dado que la petición de claridad no puede encubrir una reposición desde la cual se pueda alterar el contenido sustancial de la decisión.[3355]

3354. Distinta es la opinión de Sentís Melendo. En efecto, sostiene :"... si la interpretación de la sentencia es, en ocasiones, una necesidad ineludible, y, por tanto, un fenómeno jurídico inevitable, conviene aclarar sus aspectos principales: quien debe o puede realizarla; cuáles son los elementos que ayudarán a ello; y cuáles son las consecuencias de la interpretación. En cuanto a lo primero, no cabe duda que el propio juez que dictó la sentencia es quien mejor puede interpretarla. Tampoco se podrá negar el carácter de interpretación auténtica a la que realice quien haya sustituido en sus funciones a aquél. La duda puede plantearse en cuanto a la posibilidad de interpretación por el superior que conozca del asunto en virtud de recurso [...] Por lo que se refiere a los elementos interpretativos de la sentencia, considero, de la misma manera que el tratar la aclaración, que la motivación es del mayor valor e importancia para llevarla a cabo. Realizada la interpretación, lo mismo que cuando ha tenido lugar la aclaración, su resultado debe pasar a formar un todo con el fallo interpretado, fundiéndose con él" (Sentís Melendo, "Aclaratoria de la sentencia", *op. cit.*, pp. 17-18).

3355. Corresponde revocar la resolución de la aclaratoria que excedió el límite de la simple corrección de algún concepto oscuro o del hecho de suplir alguna omisión, si dispuso elevar el monto del lucro cesante por la cancelación de la competencia deportiva prevista para un año, haciendo mérito del acta-convenio celebrada para el evento correspondiente a otro año (CSJN, Fallos, 326:3058, "Cozzani, Reinaldo Hugo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires").
También se afirma que resulta improcedente el pedido de aclaratoria que, por su contenido, importa un recurso de reposición, ya que las decisiones de la Corte en las presentaciones directas por apelación denegada no son, como principio, susceptibles de ser modificadas por la vía intentada, sin que se configure algún supuesto excepcional que autorice a apartarse de tal doctrina (voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y

Explica Sentís Melendo:

> El concepto oscuro cuya aclaratoria se solicita ha de referirse a la sentencia del juez, sin que sea procedente renovar el debate sobre la interpretación y aplicación de las leyes, doctrinas y jurisprudencia, hecha por el tribunal al fallar el asunto.[3356]

La diferencia entre "corregir" y "aclarar" está en que, mientras la primera significa cambiar o agregar criterios que faltan, palabras que se enmiendan o integrar omisiones resultantes; en la segunda no hay cambios sino nuevas expresiones cuya naturaleza es similar a la de las sentencias interpretativas de los procesos constitucionales, con la particularidad de que se refieren a expresiones dichas en la parte dispositiva de la sentencia que pueden ser discordantes o confusas con el tenor de los motivos ofrecidos en la fundamentación. No son argumentos agregados, ni pretenden sumar razones a la volición realizada, solamente se restringen al esclarecimiento necesario que tiene una frase o concepto que aparece confuso o, eventualmente, contradictorio.

Por eso los vicios que se corrigen no pueden asimilarse a los errores de juzgamiento; como las aclaraciones que se practican, están impedidas de aumentar criterios que han precluido desde que la sentencia se notifica o se registra en el libro de sentencias.

Sin embargo, por esta vía hay grandes riesgos de transformación que alguna jurisprudencia revela. Por ejemplo, se había dictado sentencia en una cuestión donde quedaba en duda si el embargo quedaba en pie o había caducado.

Allí la Corte Nacional sostiene:

> En tanto la aclaratoria no habilita a los jueces a introducir modificaciones sustanciales que contradigan lo decidido en la sentencia, si la alzada dictó una nueva resolución que es sustancialmente diversa de la que se dijo aclarada, incurre en un exceso jurisdiccional que lesiona las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional. Por ello, corresponde dejar sin efecto la resolución aclaratoria que dispuso mantener el embargo trabado sobre los bienes del demandado, pues importó una evi-

Elena I. Highton de Nolasco, CSJN, "Ascensores Ibel S.R.L. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - D.G.I.", Fallos, 328:4237).

3356. "Aclaratoria de la sentencia", *op. cit.*, p. 44.

dente modificación de lo resuelto en la sentencia impugnada, que había ordenado dejar sin efecto dicho embargo.[3357]

También se observa que, si al hacer lugar al planteo de determinación infundada de intereses, los jueces concluyeron que ellos se debían desde que el precio de la participación societaria había sido establecido al dictarse la sentencia de primera instancia, corresponde dejar sin efecto la decisión que, al aclarar dicho pronunciamiento, modificó tal fecha sin dar fundamento plausible alguno que lo justificase, en violación a lo dispuesto por el artículo 166 del Código Procesal que vía aclaratoria solamente autoriza a corregir errores materiales, aclarar puntos oscuros o decidir pretensiones omitidas.[3358]

Asimismo, se ha dicho que configura un supuesto de arbitrariedad sorpresiva y manifiesta, que la descalifica como acto jurisdiccional válido la decisión que, incurriendo en un exceso jurisdiccional y violentando el marco de su competencia, omite tener en cuenta las previsiones de los artículos 36, inciso 6 y 166, incisos 1 y 2, del Código Procesal. Esto es así pues al admitir una nueva aclaratoria sobre conceptos pretendidamente oscuros modificó el contenido de la sentencia definitiva dictada e incluso ratificada por otra resolución aclaratoria anterior, incluso con posterioridad a la interposición de un recurso extraordinario (luego desistido), sin considerar que los plazos previstos en la legislación procesal se hallaban vencidos.[3359]

632.3 Suplir cualquier omisión

La frase "cualquier omisión" trae demasiadas complicaciones porque puede tener una lectura amplia y ocupar a la integración por aclaratoria de todas las cuestiones que fueron planteadas en la litis y/o formuladas como pretensiones que, al tiempo de resolver, fueron soslayadas por el juez o tribunal; o quedar reducida a las omisiones formales

3357. CSJN, Fallos: 329:5755, "Antoni, José Elías c/ Círculo de la Fuerza Aérea y otro s/ accidente - ley 9688".

3358. Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Eugenio Raúl Zaffaroni (Fallos, 331:2515, "Faille de Gómez Acuña, Elena Estefanía y otros c/ Kucza, María Isabel y otros s/ sumario").

3359. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema (Fallos, 331:499, "Pastrana, Alejandro Lucrecia y otros c/ Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal y otro").

como olvidar la regulación de honorarios, descuidar la condena en costas, solapar la imposición de intereses, entre otros ejemplos.

La subsanación pendula entre ambas posibilidades sin tener relación con los motivos de corrección o de esclarecimiento recién vistos, de modo tal que podría no estar alcanzado el motivo por las restricciones que tienen aquellos, en el sentido de no alterar lo sustancial de la decisión. Esto sería posible si fuera convalidado que precisamente lo que falta es el pronunciamiento.

Ahora bien, el problema que reaparece es el límite de la jurisdicción en orden a saber si una sentencia firmada culmina la tarea del juzgador dando paso a una nueva instancia (de revisión o de ejecución), o si puede quedar reabierta cuando surgen omisiones de pronunciamiento que son esenciales para resolver la totalidad de cuestiones *deducidas* y *discutidas* en el litigio.

El artículo 36, inciso 6, del Código Procesal dice que el juez puede 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; el criterio se ratifica en el artículo 166, inciso 1 con remisión expresa al citado artículo 36; pero en el artículo 166, inciso 2 (aclaratoria a pedido de parte), la suplencia de omisiones sobre "algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio" se coloca después de señalar que la corrección de errores materiales o la aclaración de conceptos oscuros "no puede alterar lo sustancial de la decisión".

Esta diferencia lleva a opiniones distintas. Para algunos la alteración sustancial se produce cuando el *resultado* de la decisión luego de la "aclaración" varía fundamentalmente. Ahora bien, para no cercenar la operatividad del recurso analizado, quienes siguen esta línea han postulado la aplicación del estándar exclusivamente al caso de esclarecimiento de "conceptos oscuros", dado que cuando el magistrado subsana una omisión (*v. gr.* regula honorarios a un profesional no contemplado en el auto precedente) o corrige un error material (por ej., cambia la alocución "operaciones de descuento" por "operaciones de depósito" al describir la tasa de interés aplicable), la decisión siempre se verá alterada. Esta postura fue seguida años atrás por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el comentado caso "Blanco

de Rufino" según informa Giannini.[3360] Este criterio no es compartido por Oteiza, quien sostiene lo siguiente:

> Con la línea de hermenéutica empleada por la Corte Provincial se quebranta la regla de la inalterabilidad de la decisión, según la cual el juez está inhibido de modificar su sentencia una vez firmada la misma. El magistrado ha cerrado la discusión; su competencia se limita a formular un nuevo acto procesal que simplemente explicite la zona dudosa del decisorio antecedente. Por principio el debate no está llamado a ser reabierto; a punto tal que el pedido de aclaratoria no requiere sustanciación. En consecuencia, la pauta que exige que no se altere lo sustancial del fallo rige para las tres causales que habilitan el reclamo estudiado.
> El acuerdo comentado otorga al pedido de aclaratoria un ámbito de actuación de gran magnitud; doctrina que hace temer por la suerte de los recursos extraordinarios provinciales de inaplicabilidad de ley o doctrina legal y de nulidad que se intenten en aquellos procesos en que a la luz de esta posición de la Corte Provincial hubiera sido dable deducir el referido reclamo de enmienda. El derecho a acudir a la instancia extraordinaria puede verse cercenado producto de una técnica recursiva que exige del abogado una gran atención en la utilización de los mecanismos previstos en las normas rituales. El descartar erradamente la interposición de un pedido de aclaratoria puede tener como consecuencia que el Superior Tribunal Provincial declare inadmisible el carril extraordinario por haberse omitido una previa solicitud de subsanación al inferior.[3361]

Nosotros creemos que la diferencia de ubicación del condicionante de "no alterar lo sustancial de la decisión" no es significativa.

3360. SC Buenos Aires, Ac. N° 29757, sentencia del 31/3/81, "Blanco de Rufino s/ quiebra". Allí se dijo textualmente: "la restricción vinculada a que no es posible alterar lo sustancial de la decisión está referida sólo al caso de oscuridad de la sentencia, porque en tal supuesto no ha mediado un error material [...]. Sin embargo, debe considerarse distinta la situación que se da cuando el órgano jurisdiccional altera la situación de las partes, yerra acerca del nombre de las mismas, se equivoca en cuanto a sus pretensiones o comete un error de cálculo, porque, en estos supuestos y para subsanarlos, deberá necesariamente modificar o variar los términos de lo que había decidido". Criticando esta doctrina y sosteniendo la vigencia del límite analizado para las tres causales, ver Oteiza, Edgardo, "El pedido de aclaratoria, en Recursos Judiciales", *op. cit.*, p. 59; Ídem, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", *LL*, 1992-A-705; cfr. Giannini, Leandro, "Los límites de la aclaratoria en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *La Ley*, 28/7/2004, 6).

3361. Oteiza, Edgardo, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", *LL*, 1992-A, 707.

Cuando la aclaratoria se actúa de oficio, la suplencia no puede constituir la causa para modificar o transformar lo resuelto. Inclusive en supuestos imaginados, como sería la sentencia firmada por un juez que cambia su destino y deja la aclaratoria para el subrogante o quien lo sustituya, porque según el principio de unidad de la jurisdicción, el concepto de sentencia no es personal ni individual.

Es cierto que en la historia trágica de nuestro país se cuenta el "recurso de arrancatoria", por el cual la sentencia asentada en el Libro que las registra puede cambiarse (fraudulentamente) por otra, pero es una figura impensada para una interpretación jurídica.

Cuando la aclaratoria se dinamiza a petición de parte, el sentido de la actuación jurisdiccional no cambia. La omisión de resolver sobre cuestiones alegadas y probadas debe quedar en el marco de la autonomía de cada pretensión, porque si afecta el sentido de las resoluciones adoptadas en las demás, supone alterar su contenido, y encontrar así un límite para la expresión.

Se cuenta el caso de requerir por vía de aclaratoria el cálculo de la cuantía indemnizatoria y derivar de allí una reducción del daño moral a un tercio del acordado, sin suministrar ningún argumento que demostrara su adecuación a la entidad de las circunstancias valoradas por la sentencia al efectuar la estimación inicial. En tal caso la Corte dice que dicha decisión no satisface la exigencia constitucional de adecuada fundamentación y, al contradecir el claro resultado al que se había arribado en la sentencia sobre la base de meritar las constancias de la causa, desvirtúa el principio de reparación integral propio de la materia.[3362] Por eso, la omisión de resolver cuestiones esenciales es materia de gravamen y tiene correctivos en los recursos de nulidad y apelación, e inclusive se admite como causal de arbitrariedad de los pronunciamientos que requieren de la intervención rectificadora de la Corte Suprema de Justicia nacional.

De todos modos, darle más libertad de terreno a la aclaratoria para suplir "cualquier omisión" tiene fundamentos serios. Obsérvese por ejemplo una sentencia que resuelve una demanda de daños y perjuicios sin reparar alguno de los rubros solicitados (*v. gr.* daño moral); con el pedido de integración, se completa el pronunciamiento y sólo cam-

3362. CSJN, Fallos: 319:1740, "Righi, Esteban Justo Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior".

biarían los parámetros de la indemnización; además, permitiría una revisión jerárquica que, de obligar a la Cámara a suplir la omisión, obstruiría el derecho de revisión que tiene toda sentencia condenatoria.

Por ello, sin llegar a ser la nuestra una posición intermedia, compartimos con Oteiza que el límite de no cambiar lo sustancial de la decisión se refiere a los tres supuestos de la aclaratoria; aun en el caso que no exista pronunciamiento pues la posibilidad de suplir la omisión no puede ir contradictoriamente con lo ya asentado y vigente.

632.4 Corregir errores numéricos

La corrección de errores numéricos puede hacerse aun en el trámite de ejecución de sentencia. Coincide en este sentido con la jurisprudencia que sostiene que las liquidaciones sólo causan estado sin lograr la eficacia de la cosa juzgada, donde se advierte que "la circunstancia de que el obligado no haya impugnado la liquidación, no obliga al juez a aprobarla, pues ella debe resultar ajustada a derecho".[3363]

Si los jueces descubren un error de cálculo o aritmético en la liquidación practicada, y no la modifican, incurrirían en falta grave, pues estarían tolerando la consagración de una gravísima lesión a los derechos del justiciable, cuya única fuente de derecho obraría sobre el error. De ahí que, mediante la aclaratoria tardía (en los hechos una presentación fuera de plazo no es aclaratoria cuando lo pide la parte extemporáneamente; pero sería tardía y posible como aclaratoria cuando surge por advertencia judicial), la liquidación se puede alterar, en la medida que constituye un procedimiento numérico destinado a cuantificar el monto de la condena judicial con sus accesorios, que necesitan una base real sin equívocos ni desigualdades con lo dispuesto. Igual sucede con otros actos de la economía del proceso, como el libramiento de cheques, que son providencias de mero trámite que no causan estado. Es decir, en materia de liquidación las aprobaciones que esta reciba no tienen el atributo de la cosa juzgada.

3363. CNCiv., 1985/6/3, *LL*, 1985-C-189. La Corte Suprema nacional afirma que corresponde hacer lugar al pedido de aclaratoria si al fijarse el monto de la condena se ha incurrido en un error de cálculo y, tal como lo sostiene la demandada, para determinar lo adeudado por diferencias en la liquidación de la alícuota de regalías, debe estarse a los volúmenes mensuales de producción y al precio del petróleo extraído considerado por la actora (Fallos, 323:2094, "Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/ nulidad de acto administrativo").

El conflicto surge cuando se resuelve con errores numéricos y la decisión se convalida; o igualmente, cuando la advertencia del error llega cuando se ejecuta el pronunciamiento. En estos casos, la ausencia de controversia no inhibe la posibilidad de impugnar la liquidación, pues por su propia naturaleza hasta que se produzca el pago con fuerza cancelatoria, la liquidación no sólo será susceptible de ser corregida en los errores que se constaten aun después de ser aprobada, sino que será esencialmente mutable por el transcurso del tiempo, por cuanto alguno de sus rubros depende del paso de este último (intereses, actualización, etc.). Por lo tanto, el conflicto debe ser planteado desde el punto de vista de los recaudos que requiere el pago de las obligaciones para adquirir capacidad extintiva y no desde los supuestos de preclusiones o cosa juzgada.

Asimismo, la preclusión de la aclaratoria se suscita para las partes, pero no para el juez. Este, de acuerdo con el artículo 166, inciso 1, del Código Procesal puede corregir hasta en etapa de ejecución; pero sería ilógico prohibir a las partes la misma posibilidad cuando se está actuando sobre un error que es evidente. En ambas situaciones prima el deber de los jueces de otorgar preferencia a la verdad jurídica objetiva.

La jurisprudencia sostiene que la circunstancia de que las demandadas no hayan contradicho la liquidación que formulara el actor en la demanda no autoriza, sin más, el acogimiento íntegro de sus pretensiones, pues ni siquiera la rebeldía declarada firme releva de dictar sentencia según el mérito de la causa (art. 60, Cód. Proc.), y asimismo las liquidaciones, aun no observadas, se aprueban en cuanto hubiere lugar por derecho.[3364]

Concretamente se establece que el hecho de que la liquidación haya sido consentida por las partes no obliga al magistrado a obrar en un sentido determinado. Ello así, no cabe argumentar sobre la preclusión del derecho a impugnar la liquidación, frente al deber de los jueces de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva, toda vez que la aprobación de las liquidaciones sólo procede en cuanto hubiere lugar por derecho, excediendo los límites de la razonabilidad la pretensión de extender el resultado de una liquidación obtenida sobre la base de operaciones

3364. CNFed. Civil y Comercial, Sala II, 1997/11/13, *LL*, 1999-A-474.

matemáticamente equivocadas, a pesar de encontrarse dicha situación puntualmente evidenciada durante el trámite de ejecución.[3365]

633. Plazos

El plazo para corregir con la aclaratoria opera sólo para las partes, porque para el juez el límite está dado por la notificación de la sentencia, salvo para los errores aritméticos que puede corregir hasta en la ejecución de sentencia.[3366]

Cada litigante cuenta con tres (3) días desde la notificación de la sentencia; y de cinco (5) días cuando se trata de pronunciamiento en segunda instancia (art. 272, Cód. Proc.), para solicitar que la sentencia se aclare. No obstante, la jurisprudencia se muestra elástica en este punto, alegando que no se está frente a un plazo perentorio porque, a diferencia de los demás, depende en gran medida del contenido que se debe resolver para dar eficacia a la resolución. Por ejemplo, si el reclamo demandado contiene una suma en pesos y otra en dólares estadounidenses, al haber el *a quo* dictado sentencia sólo en lo concerniente a la suma reclamada en pesos se encuentra habilitado –aun después de transcurrido el término establecido en el artículo 166, Código Procesal– para dictar sentencia respecto de la cuestión no fallada, pues ello no constituye una aclaratoria de la anteriormente dictada, sino el dictado de esta.[3367]

Por tanto, aun cuando una presentación no haya sido formulada dentro del plazo previsto, se admite la rectificación de errores puramente materiales en un pronunciamiento a efectos de evitar el predominio de una solución formal por sobre la verdad sustancial a que atiende la decisión. Ello, en razón de que, si no se salvara tal error, se alteraría el contenido sustancial de un aspecto dirimido en el fallo, lo que no puede ser convalidado.

3365. CSJN, Fallos: 317:1845, "Iglesias, Germán H. c./ Estado Nacional -Ministerio de Educación y Justicia".

3366. Es arbitraria la aclaratoria dictada de oficio fuera de los plazos establecidos por los arts. 36, inc. 3 y 166, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que no se limitó a enmendar un error material, aclarar un concepto oscuro o subsanar una omisión, sino que modificó la sustancia de lo decidido (Fallos, 324:4114, "Alvarez Mittleman, David y otra c/ Perella, Norberto Pedro y otro").

3367. CNCom., Sala A, 6/10/1997, "Banco Coop. de Caseros c./ Amarelle Varela", *LL*, 1999-D-756 (41.672S); *ED*, 177119.

Otro interrogante se plantea respecto al plazo que tiene el pedido de aclaratoria en la instancia originaria, exclusiva y excluyente, de demandas tramitadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las respuestas oscilan entre distintas posibilidades: tres (3) días contados a partir de la fecha que signa la providencia; cinco (5) días a partir de la notificación ficta, personal o por cédula; cinco días (5), contados únicamente desde la fecha en que se notificó la sentencia; entre otras. Cada una se adecua al sentido que se otorga a la aclaratoria, de forma tal que no resulta inadvertido el momento y el acto procesal al que se dirige el planteo.

Los artículos de aplicación pueden ser el 166, inciso 2, o el 272, ambos del Código Procesal. El primero fija en tres (3) días el plazo para la aclaratoria, teniendo en cuenta las posibilidades de extensión jurisdiccional que posee el juez de la causa. La limitación temporal responde, asimismo, a la probable rectificación que pueda lograrse a través del recurso de apelación, de forma tal que está presente la hipótesis de revisión. En cambio, el artículo 272 amplía a cinco (5) el tiempo de deducción. Las razones principales operan sobre la base de lograr seguridad jurídica y en el carácter definitivo que tiene la sentencia. Este, nos parece, debe ser el plazo para las instancias superiores.[3368]

634. Resoluciones que admiten aclaratoria

El planteo de aclaratoria se presenta cuando la resolución contiene errores materiales o numéricos que se deben corregir; o cuando es confusa y genera incertidumbre sobre el alcance o cumplimiento o para suplir cualquier omisión de pronunciamiento, sobre un tema que hubiera sido objeto de petición expresa y tuviera debate en la causa. Con estas características, cualquier resolución es objeto de aclaratoria.

La aclaratoria procede cuando el proceso de formación de la sentencia se conforma con errores u omisiones esenciales, y se deduce

3368. Tratándose de un trámite ante la instancia originaria de la Corte, el plazo de cinco días fijado por el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la sentencia dictada en segunda instancia debe considerarse aplicable a efectos del cómputo del plazo para la interposición de aclaratoria (voto del Dr. Gustavo A. Bossert) (CSJN, 30/4/1996, "Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ cobro de australes -Ley N° 20793, art. 3-", Fallos, 319:750). Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El pedido de aclaratoria en la instancia originaria", *LL*, 1997-B-637.

contra la disposición poco clara o incompleta sin importar si el resolutorio tiene o no carácter definitivo.

De suyo, al no ser un recurso propiamente dicho, tampoco necesita de agravios en quien lo presenta. El objeto es la resolución, y el presupuesto que admite renovar el estudio es la misma providencia cuestionada.

635. Legitimación

La eliminación del agravio pone acento en el interés procesal de esclarecer, suplir o corregir el resolutorio. Las partes, sin necesidad de tener gravamen, pueden pedir aclaratoria y el juez resolver sobre ella haciendo lugar a lo que se hubiera solicitado, en cuyo caso la aclaratoria se integra a la sentencia y forma parte de ella sin cambiar la fecha del pronunciamiento original, en cuanto a los efectos que produce. De rechazar la petición por considerar que todo es suficientemente claro, podrá evaluar la conducta de la parte y resolver si la manifestación propuesta fue objeto de una actitud dilatoria (art. 34, inc. 6, Cód. Proc.).

Ahora bien, la ausencia del presupuesto de "agravio" no elimina el interés de la petición, por eso es que la Corte señala:

> Resulta inadecuado el pedido de aclaratoria formulado por el Procurador General, ya que invoca el interés de una parte, el procesado y su defensor a quien no representa, la que, además se ha conformado con lo decidido, sin aludir a errores materiales, conceptos oscuros u omisiones sobre las pretensiones deducidas y discutidas en la causa, máxime si el Tribunal tampoco advierte que exista algún interés superior que al Ministerio Público le corresponda tutelar.[3369]

Finalmente corresponde agregar que, si bien como principio los pronunciamientos de la Corte no son susceptibles de ser revisados por los "recursos de aclaratoria" (así lo enuncia la Corte Nacional), ello no obsta a que en los casos en que se manifiesten con nitidez errores que es necesario subsanar se configure una excepción a ese criterio.[3370]

3369. Voto del Dr. José Severo Caballero. CSJN, Fallos: 312:979, "Sonia Beatriz González s/ desaparición".

3370. CSJN, Fallos: 326:1080, "Transnoa S.A. c/ Catamarca, Provincia de s/ inconstitucionalidad".

Capítulo LXXXIII
Reposición

636. Objeto del remedio

El recurso de reposición es el primero de los medios recursivos que presenta el Código Procesal. Técnicamente funciona a petición de parte, que le señala al juez un posible error de trámite, solicitando que lo revoque de inmediato. Por tanto, al no requerir la revisión del superior jerárquico, funciona como "remedio", pues es el juez o tribunal quien resuelve por contrario imperio.[3371]

Así lo define el artículo 238 del Código adjetivo, al señalar: "El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado las revoque por contrario imperio".

El margen de actuación queda en las "providencias simples", que son decisiones del juez o del Secretario que ordenan 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

3371. "El recurso de reposición es el que interpone el litigante que se considera perjudicado por una providencia interlocutoria, para ante el mismo juez que la dictó, a fin de que, dejándola sin efecto, o reponiéndola por contrario imperio, quede el pleito en el mismo estado que tenía antes de dictarla [...]. El recurso de reposición sólo se da, pues, de las providencias interlocutorias, porque respecto de estas tiene todavía el juez jurisdicción para variarlas, por no haber decidido aún la cuestión principal, que es la que termina su jurisdicción" (De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. IV, p. 55).

Código Procesal, que como se ha dicho, sólo tienden al desarrollo del proceso y ordenan actos de mero trámite sin sustanciación alguna.[3372]

No obstante, la interpretación del régimen adjetivo no es tan simple. Sostiene Peyrano que en la consideración de este recurso existen tres posiciones: a) *Clásica* o restringida, que estima sólo procedente para impugnar errores de procedimiento; b) *Amplia*, que admite la reposición para errores formales y de juzgamiento, toda vez que no existe ninguna prohibición legal que lo impida; y c) *Intermedia*, por la cual, además de los errores *in iudicando* se puede utilizar para hacer valer los defectos formales que padeciera el contenido de la resolución respectiva: no pudiéndose, en cambio, pretender hacer caer esta por vicios acaecidos durante el procedimiento previo a su dictado.[3373]

De este modo, aun cuando la revisión se enderece por una forma de impugnación distinta, la interpretación del recurso puede servir para reparar errores de signo desigual. Esto se evidencia con la evolución habida en el remedio, que le permite actuar como vía alternativa de solución para aquellas decisiones definitivas que, por ser irrevisables en otra instancia, o por terminar el tránsito por ellas, permiten interceder ante el propio órgano jurisdiccional para que resuelva como "recurso *in extremis*", dejando de lado las providencias simples.

637. Antecedentes históricos

Determinada doctrina afirma:

> En Roma no llegó a caracterizarse el recurso de reposición en la forma y modalidades con que hoy lo conocemos, ni podríamos decir que tuvo

3372. Con la reforma de la Ley N° 22434, la doctrina se dividió entre quienes interpretaron que las "providencias simples" se dividían entre resoluciones simples y providencias de mero trámite (Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. II-C, p. 6); y los que, como Eisner, sostuvieron que no había dos categorías en un mismo concepto lega, porque en la exposición de motivos de lo que fue Ley N° 17454 se dijo: "Las providencias simples son aquellas que tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso o a ordenar actos de mera ejecución. De esta forma se circunscribe esa denominación a las llamadas de "mero trámite", evitándose el empleo genérico que de esa expresión hace el Código actual en diversas disposiciones (ver arts. 29, 31 y 32) Eisner, Isidoro, "Complejidad de las llamadas providencias simples", *op. cit.*

3373. Peyrano, Jorge Walter, "Recurso de Reposición", en *Recursos Judiciales*, *op. cit.*, p. 72.

> entidad independiente, distinta y diferenciada, como sucedió, por ejemplo, con la apelación de que *in extenso* se ocupan las fuentes, definiendo con precisión sus modalidades y formas. No obstante, existen antecedentes que pueden considerarse como precursores en el tema que nos ocupa. Tal vez una de las más antiguas formas de impugnar una sentencia judicial fue la *revocatio in duplum*, la revocación por el doble. Tal la vía que tenía el condenado por una sentencia que se reputaba nula para accionar en contra de su vencedor, trayendo un *vindex* que se presentase a promover un nuevo proceso con él antes vencedor, que de concluir con una resolución confirmatoria de la primitiva implicaba (de ahí el nombre) una condena al doble de lo que originalmente se había mandado a pagar. Por cierto que, de prosperar la revocatoria, la sentencia impugnada era anulada, retrotrayéndose sus efectos al estado anterior.[3374]

Este es el único modelo que tuvo el período extraordinario y, como se aprecia, no tenían la posibilidad de revertir cuestiones de procedimiento sino de condena. No obstante, se lee en el comentario de Celso al "Digesto" que "lo que el pretor mandó o prohibió, le es lícito revocarlo por contrario imperio. De las sentencias, se dice lo contrario".[3375]

La posibilidad de regresar el procedimiento a una etapa anterior al vicio fue posible en tiempos que el litigio se regía exclusivamente por el pretor; pero cuando se llevó la contienda al espacio de lo público, el interrogante fue consultar si quien se había equivocado una vez no podría hacerlo nuevamente, prefiriendo así continuar en el estado como se encontrase, y dejar en manos de la revisión la imposibilidad de consumar el vicio con la cosa juzgada.

El principio se comprendió mejor cuando los glosadores, y en particular Paulo, sostuvieron que una sentencia no puede revocarse por quien la dictó, quien siquiera puede corregirla una vez que se ha leído a las partes;[3376] pero comentaristas posteriores consideraron que era perfectamente válido introducir cambios, inclusive en las sentencias definitivas y aun en aspectos tan sustanciales como la posibilidad de variar las palabras *condeno* o *absuelvo* (con lo que en rigor de verdad

3374. Ghirardi, Olsen y Ghirardi, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 3.

3375. Celso, "Digesto", 42.2.1 (Cfr. Ghirardi, Olsen y Ghirardi, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, *op. cit.*, p. 4).

3376. Paulo, "Glosa al Digesto", 42.1.1 (cfr. Ghirardi, Olsen y Ghirardi, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, *op. cit.*, p. 6).

se variaría el sentido íntegro del pronunciamiento), siempre y cuando tales mutaciones tuviesen lugar antes; la posibilidad de introducirle cambios de cualesquier especie quedaba más allá de las facultades de los jueces. Era menester, si alguna de las partes la consideraba inicua, recurrir al remedio ordinario de la apelación.[3377]

En realidad, el origen histórico de la reposición se encuentra en las Leyes de Partidas, que se transmite a los ordenamientos españoles hasta llegar a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 y se redactan en forma parecida a nuestro actual sistema.

638. Alcance del recurso

El recurso funciona como *revocatoria* o *reconsideración*, según atienda el efecto que produce o se analice la función judicial, respectivamente; *reposición* sería volver el procedimiento al estado que tenía al tiempo de dictar la providencia.

La frase "causen o no gravamen irreparable" no significa que se pueda plantear el remedio sin agravios, pues este es un presupuesto general de la impugnación; la referencia se vincula con la gravedad del vicio o del error, antes que a la ausencia de él.

Cabe aclarar que la reposición persigue evitar nulidades, característica que permite trabajar el remedio ante la misma jurisdicción aplicando la doctrina del artículo 34, inciso 5, apartado b) del Código Procesal. En consecuencia, cuando se articula con fines saneatorios o depurativos, la senda no debiera sufrir restricciones.

Por eso, cuando se utiliza el nombre de "reconsideración" para definir el recurso, el significado puede no ser exacto, si tenemos en cuenta que no se trata de replantear una solución dispuesta por otra que se presenta como alternativa. El carril siempre debe transitar por las cuestiones de procedimiento o de trámite y, sólo por excepción, extiende sus efectos contra las interlocutorias que causan gravamen irreparable que, al mismo tiempo, admiten el recurso de apelación en subsidio.

El debate habitual en el punto está en contestar si la providencia que causa gravamen irreparable puede ser de aquellas que no se refieren a decisiones formales, estimando nosotros, sin duda alguna, que

3377. Ghirardi, Olsen y Ghirardi, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, *op. cit.*, p. 7.

apoyándose en el principio de economía procesal, el remedio procede sin limitaciones contra cualquier decisión interlocutoria anterior a la sentencia definitiva.[3378]

Una situación peculiar suscita el artículo 38 *ter* del Código Procesal, que admite una suerte de revocatoria contra las providencias que haya dictado el Secretario, el Prosecretario administrativo o el Jefe de Despacho, pues se trata de una herramienta interna del proceso que tolera la revisión jerárquica de los actos de trámite, sin abandonar, en momento alguno, la instancia ni el lugar de radicación del expediente.

En este tramo, las providencias suscriptas por los Secretarios se encuentran sometidas al régimen de impugnación del artículo 38 último párrafo del ritual y no son susceptibles de ser apeladas hasta que el juez no haga suyo lo dispuesto por ellos, pues hasta entonces no configuran gravamen irreparable en los términos del artículo 242 del mismo ordenamiento.[3379]

3378. Colombo, Carlos, en cambio, afirmó: "... es natural que el juez que ha pronunciado la sentencia final, decidiendo el pleito después de la correspondiente sustanciación no pueda volver sobre lo que ha decidido. También es lógico que la interlocutoria que ha decidido un incidente (artículo) con la debida intervención previa de las partes, no pueda ser dejada sin efecto por el juez... En estos casos, antes de resolver el magistrado ha contado con la pertinente información y ha escogido entre las dos posiciones posibles, exteriorizadas. No obstante, cuando su providencia no pertenece a una de esas dos clases, por razones principalmente de economía procesal, celeridad y –también– con el objeto de no poner innecesariamente en acción la doble instancia, el precepto del artículo permite que el mismo órgano del que emana el acto pueda reexaminar su procedencia y –si fuese pertinente– revocarlo" (Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, pp. 436 y ss.).

3379. En este punto explica Sirkin: "... lo primero que debemos hacer es averiguar de quién es la firma de la providencia que dio respuesta a algún escrito, sea de nuestra parte o de la contraria. Diferente es la situación si la misma está suscripta por el secretario y pretendemos se deje sin efecto formulando el requerimiento dentro del plazo de tres días de quedar notificada por ministerio de la ley la providencia, ya que el Código expresamente impone que el pedido se resolverá sin sustanciación y su decisión inapelable. En el caso del art. 38 no importa qué parte dio origen a la providencia simple. Basta con que cualquiera de las partes requiera al juez que deje sin efecto lo dispuesto por los funcionarios indicados para que el mismo resuelva. En el caso del art. 238, el recurso de reposición habrá de interponerse contra las providencias simples dictadas y firmadas por el mismo juez, debiendo resolver sin sustanciación sólo si la providencia recurrida ha sido dictada de oficio o a pedido de la misma parte que la motivó. No obstante que puede llevar a error a más de uno, atento a que el plazo es el mismo de tres días y su cómputo idéntico desde la notificación por ministerio de la ley de la providencia respectiva, situaciones de apuro se presentan a diario lo que lleva

638.1 Providencias simples de trámite

La reposición de providencias de mero trámite procede aun sin agravios; basta con la simple oposición propuesta como reconsideración desde la cual se ofrece una alternativa o se muestra el inconveniente que trae la decisión.

La petición recursiva no obliga al juez a sustanciar ni resolver (de acuerdo corresponda al tipo de providencia), porque conserva el poder de interpretación sobre la providencia y, en su caso, de rechazar *in limine* la pretensión.

Por ejemplo, se ha dicho que la providencia simple mediante la cual el tribunal, como director del proceso, dispone sustanciar un recurso de revocatoria no puede ser cuestionada mediante este último recurso, porque es insusceptible de causar agravio alguno cuando lo resuelto constituye un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, donde deben observarse las normas sustanciales de la defensa en juicio.[3380]

Alguna doctrina restringe el alcance del recurso solamente a las providencias interlocutorias adoptadas sin sustanciación y que no deciden la cuestión principal ni tampoco un artículo, porque solamente

---

a un desgaste jurisdiccional inútil para llegar a una solución diferente a la que podía haber tenido de saber procesalmente qué pedir.

El art. 38 del Código Procesal en su última parte tiene previsto, conforme al texto vigente por Ley N° 22434, que la resolución del juez ante el pedido de dejar sin efecto la providencia del Secretario u Oficial primero o Jefe de despacho (o Prosecretario) es inapelable, no obstante ello, según se trate la decisión en cuestión, la jurisprudencia ha admitido el recurso a pesar de lo que dispone la ley ritual. Ante las providencias simples dictadas por el juez de primera instancia, en caso que sea de las que causen gravamen irreparable, el Código nos brinda la opción entre interponer recurso de reposición acompañándolo con el de apelación en forma subsidiaria o directamente apelar, y luego de su concesión presentar memorial y su sustanciación para la elevación de las actuaciones ante el superior.

La importancia de diferenciar ambos institutos es que si se interpone un recurso de apelación contra una providencia firmada por el Secretario o el Prosecretario administrativo, conlleva el rechazo directo del pedido porque tiene previsto un pedido y trámite diferente y recién –como anticipáramos– ante la decisión confirmatoria del juez, en caso de causar gravamen podría interponer el recurso aludido (Sirkin, Héctor Eduardo, "Diferencia entre los artículos 38 y 238 del Código Procesal", *DJ*, 1996-2-1275).

3380. Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Sala I, "Pérez, Walter G. c./ Saeta S.A. y/o AMT",4/3/2009, *LL NOA*, 7/2009, 550.

con respecto a aquellas conserva el juzgador jurisdicción, que finaliza al resolverse el asunto.[3381] Nos parece que la reposición tiene más posibilidades y, a tono con el principio de economía y celeridad procesal, puede eludir el tránsito de revisión jerárquica cuando la advertencia es claramente fundada y no un capricho de quien se opone.

638.2 Gravamen irreparable

Con el gravamen irreparable la cuestión oscila entre dos posiciones: quienes admiten que se puede recurrir contra cualquier providencia (de trámite o sentencia interlocutoria), inclusive la sentencia definitiva; y los que la reducen a las providencias simples que causen gravamen irreparable. Inclusive, en esta última es famosa la posición de Alsina, quien adujo que el error provocado por una providencia simple que lleva a una potencial nulidad no se repara con la reposición sino con recurso de anulación, al punto que de preferir la revocatoria, se presume la renuncia a la nulidad.[3382]

La tesis amplia (que comprende los vicios de juzgamiento y los formales) la admiten Vallejo,[3383] Alvarado Velloso,[3384] Rivas,[3385] entre otros; para quienes la necesidad de contar con un remedio dentro de la instancia evita tener que formar un incidente, anulación que debiera sustanciarse y quedar resuelto sin la celeridad que promete la revocatoria. Sin embargo, esta asimilación puede ser errada, porque el presupuesto de la nulidad es el perjuicio (agravio), y algunas providencias simples no suponen un *gravamen irreparable*, dado que pueden corregirse con fines depurativos y no para evitar nulidades procesales, aunque indirectamente lo consiga.

3381. Ghirardi, Olsen y Ghirardi, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, *op. cit.*, p. 25.

3382. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 194.

3383. Vallejo, Eduardo Lucio, "El recurso de reposición como medio idóneo para obtener la declaración de nulidad y corregir un error de juzgamiento", *Revista de Estudios Procesales*, N°4, Rosario, 1970, p. 95.

3384. Alvarado Velloso, Adolfo, "Recurso de reposición", *Revista de Estudios Procesales*, N° 1, Rosario, 1969, p. 18.

3385. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1991, T. I, p. 52.

Es verdad que la finalidad de subsanar errores tiene en la reposición mejores fundamentos para la rapidez, pero la Corte Nacional ha sido severa con este temperamento, sosteniendo entre otros fallos:

> Debe rechazarse la revocatoria, si el recurrente no concreta los perjuicios que le habría ocasionado la reducción de los plazos dispuesta en función de la necesidad de dictar pronunciamiento en tiempo útil debido a la proximidad de las elecciones, ni invoca la eventual existencia de defensas que se habría visto privado de oponer.[3386]

Pese a todo, compartimos la opinión de Rivas, quien dice:

> Creemos que para admitir la utilización de la reposición frente a defectos formales de la resolución median otras razones, tan valiosas como las de economía procesal. En efecto, si la reposición participa de similar finalidad que la apelación y esta comprende la nulidad en la que hubiese incurrido la resolución apelada, por carácter transitivo se deduce que, salvo que la ley lo impida expresamente, la primera vía puede comprender sin violencia las impugnaciones que resulten contra las formas a las que quedó sujeto el acto.
> Por otra parte, resulta inaceptable sostener que si la providencia simple contuviese vicios formales (por ejemplo, falta de fecha o lugar de emisión) y errores *in indicando* (disponer, por ejemplo, la libranza de un oficio correspondiente a una prueba decaída por negligencia, o llamar autos en pleno período de prueba), por los primeros habría que interponer incidente de nulidad y, por los segundos, al mismo tiempo y con la distorsión de tratamiento y pérdida de tiempo consiguiente, deducir reposición y/o apelación. Podría sostenerse, en cambio, que si se quiere obtener la nulidad de la resolución, debe dejarse la revocatoria para intentar directamente la apelación, comprensiva del recurso capaz de provocar el *iudicium rescindens*. Ello limitaría el alcance de la reposición, que no se condiciona a tales aspectos y en su juego con el otro medio sólo distingue según el tipo de gravamen producido. Por lo demás, provocaría una curiosa e inaceptable consecuencia: si la providencia simple no causa gravamen para definitiva y por ende no puede ser apelada, ni directamente ni en subsidio, y la reposición no sirve para atacar defectos de forma, aquel dispositivo no gozaría de medio alguno de impugnación si fuese inválido, y por el contrario, de ser injusto podría ser revisado por el propio tribunal que lo dictó. De ello se deduce que salvo que se quiera

3386. CSJN, "Incidente de oficialización de candidatos de la UCeDe, elección del 30/6/96, en Busquets Jorge L. s/ avocación", 27/6/1996, *RED*, 31-822.

> hacer jugar el incidente de nulidad, habría una categoría de resoluciones, exentas de ser anuladas por un olvido legislativo, generándose así su consentimiento forzoso.[3387]

639. La reposición de oficio

La redacción que tiene el artículo 238 del Código Procesal parece indicar que el recurso de reposición, como medio de impugnación, lógicamente se desenvuelve a petición de parte. La corrección de oficio es posible, en tal caso, en el marco del artículo 172 del mismo ordenamiento, a cuyo fin será necesario advertir un error en la providencia que sea de tal entidad que provocaría nulidades posteriores (cfr. art. 34, inc. 5, ap. b, Cód. Proc.).

Sentís Melendo, analizando el recurso de reposición en otra legislación que fuera precedente de la actual, llegó a concluir que es absolutamente claro que no procede la revocación de oficio de las providencias interlocutorias.[3388] Téngase en cuenta que habla de "interlocutorias" y no de resoluciones de trámite.

Coincide la mayor parte de la doctrina en esta tendencia que suma numerosas adhesiones con sólo una atinada observación. Ella se da respecto de las resoluciones que no están notificadas a las partes, en cuyo caso, dice Palacio, "no existe un acto procesal efectivamente integrado ni plazo pendiente para impugnar o consentir tal decisión".[3389]

También Isidoro Eisner, entre muchos más, afirma:

> Cabe la revocación de oficio de las providencias simples –o de mero trámite– siempre que ello ocurra antes de quedar notificadas; que contra providencias denegatorias de prueba o que ordenan su caducidad, no siendo apelables –art. 379– es posible su "replanteo en la alzada" conforme lo facultan los arts. 379 *in fine*, 385 y 260 inc. 2º del código citado. Que también podría caer una providencia de esa especie en caso de prosperar un incidente de nulidad que se fundare en el vicio proveniente de ella –por ejemplo si no ordena una notificación por cédula y permita avanzar el trámite con indefensión de parte– o si la barredora

3387. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. I, pp. 170-71.

3388. Sentís Melendo, Santiago, "Revocación de oficio de las resoluciones judiciales", *LL*, 84-455.

3389. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 57.

> de la nulidad, la encuentra en su camino. Hasta será posible llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en vía de recurso extraordinario –art. 14 de la ley 48– en supuesto de arbitrariedad descalificante, cuando la providencia simple del tribunal de la causa ocasionare un perjuicio de imposible reparación, como si la cámara o corte provincial decretare de oficio la perención de la última instancia recursiva, o no hiciere lugar a una queja por denegación injustificada de un recurso, o desestimara el interpuesto para ante ella por reputarlo, erradamente, inadmisible o tardío. La casuística es interminable.[3390]

Dudamos de estas conclusiones por dos razones. La primera obedece a que no se trata propiamente de reponer una decisión por otra, ni de revocar aquella que se considera nula o deficitaria, cuando no hay recursos contra ella. La reposición o revocatoria tiene lugar como recurso y su actuación de oficio no responde a la naturaleza jurídica de las vías de impugnación. Otra cosa es que el juez o tribunal tenga la posibilidad de corregir o enmendar el déficit, pero, en tal caso, no sería más que una actuación depuradora que, incluso contraria a la anterior decisión, no es una reposición implícita, dado que no hay recurso alguno que considerar. El margen de la actuación sigue estando en evitar nulidades posteriores, vale decir, sería una actuación correctora (art. 34, inc. 5, ap. b, Cód. Proc.).

La segunda razón es el límite temporal. Creemos incorrecto sostener que mientras la decisión no se notifique puede ser revocada; porque una cosa es la comunicación formal del acto y otra la convalidación por transcurso del tiempo. Supongamos que el juez ordene la apertura a prueba de las actuaciones y deje en manos de las partes la notificación. Si ellas no lo realizan y no se cumple el término de la caducidad de la instancia, tampoco podría alterar esa decisión el juez habiendo transcurridos cinco (5) días, contados *ministerio legis*, desde que la emitió. Estaría consentida. De otro modo, se podría llegar a la equívoca conclusión de que hay plazos procesales para las partes (propios) y tiempos judiciales distintos (impropios).

3390. Eisner, Isidoro, "Complejidad de las llamadas providencias simples", *LL*, 1989-A-833.

640. El recurso de reposición implícito o indirecto

La formalidad del recurso se desplaza cuando la jurisprudencia admite considerar que toda petición revocatoria importa plantear, implícitamente, el recurso de reposición.

Por ejemplo, se afirma que si el medio impugnativo intentado por la parte ha sido calificado erróneamente bajo la denominación de aclaratoria, cuando lo cierto es que, de acuerdo con el resultado rectificatorio que persigue, constituye verdadero pedido de revocatoria del decisorio en cuestión, corresponde su recalificación en uso de las facultades que concede el artículo 163, inciso 6, del Código Procesal, como recurso de reposición *in extremis*, dado que la revocatoria en la alzada tiene un ámbito de aplicabilidad limitado a la naturaleza de las resoluciones recurribles por esa vía, procediendo únicamente contra las providencias simples dictadas por el presidente en el curso de la instancia. En cambio, la procedencia de la reposición *in extremis* tiene que ver con la consumación de una grave injusticia, como derivación de un yerro judicial.[3391]

Alsina participó de la flexibilidad de la vía (en cierta forma contradictorio con el principio de la legalidad formal que auspicia), al indicar que cuando se deduce una revisión de providencias simples con el fin de revocarlas, no es necesario demostrar el perjuicio al ser suficiente la alegación, y se permite al juez resolver el caso como si fuera un recurso de reposición.[3392]

Es cierto que si el fundamento del remedio es la economía procesal, que en el caso se representa en la conveniencia de evitar una doble instancia que obligue a llevar a la alzada un expediente que rápidamente podría resolver el problema sin necesidad de ser desplazado; se afirma y consiente la mención indirecta –no formal– del recurso de reposición. No obstante, tal extensión puede generar problemas con los efectos. Por ejemplo, si la petición de revocatoria se presenta con motivaciones que no articulan propiamente el recurso previsto, la decisión denegatoria ¿habilita el recurso de apelación? Y, en su caso, la resolución que dispone rechazar este eventual recurso, porque no fue

3391. Cam. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala I, "Gabarrot, Luis Alberto c/ Municipalidad de Bolívar s/ Daños y perjuicios", 1/9/2008, *Revista de Derecho Procesal*, Editorial Rubinzal.
3392. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. II, p. 610.

propuesto con la reposición adoptada por implicancia ¿no cercena el derecho a la revisión de las decisiones judiciales?

Cualquiera sea el resultado nos parece que no se pueden redefinir las pretensiones de las partes cuando ellas no suscitan los pedidos como tales. Si la presentación no es un recurso de reposición, no se puede catalogar el pedido como si lo fuera (principio de incanjeabilidad), porque al hacerlo son más grandes los riesgos que los beneficios resultantes de la elasticidad formal.

641. La reposición *in extremis*

La reposición *in extremis*, como se conoce este remedio, permite suplir ciertos yerros judiciales materiales groseros y evidentes deslizados en un pronunciamiento de mérito, dictado en primera o ulteriores instancias, que no pueden corregirse a través de aclaratorias y generan agravios trascendentes para una o ambas partes.[3393]

Explica Peyrano:

> … mediante una reposición "*in extremis*" se persigue cancelar, (total o parcialmente) la eficacia de una resolución de mérito (sentencia o auto interlocutorio) y que, además, con la referida cancelación se busca remover una injusticia grave, palmaria y trascendente derivada de la comisión de un tipo especial de errores judiciales (los provenientes de ciertos errores materiales). Algo más: se está ante un remedio heroico (de ahí, lo de "*in extremis*") cuya procedencia es de *interpretación* estricta y subsidiaria, esto último porque no resulta proponible cuando existen otras vías (otros recursos, por ejemplo) idóneos para cumplir igual misión que la que se pretende atribuirle en la especie a la reposición *in extremis*.[3394]

La corrección que se pretende no transita por las posibilidades de la aclaratoria, dado que, a diferencia de esta, se procura revertir una

3393. Cam. Apel. Civ. y Com., Rosario, Sala IV, "Matadero San Miguel S. R. L., conc. prev., hoy quiebra", 26/2/1999, *LL Litoral*, 1999385; Peyrano, Jorge, "Noticias sobre la reposición *in extremis*", *ED*, 165-951; también del mismo autor. Reposición in extremis, *JA*, 1992-III-661 y ss. En general ver: Peyrano, Jorge W., "Precisiones sobre la reposición *in extremis*", en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, *La impugnación de la sentencia firme*, T. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, 2006, p. 319.

3394. Peyrano, Jorge Walter, "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición "*in extremis*", *LL*, 1997-E-1164.

providencia errónea y sus efectos, antes que conseguir esclarecer la disposición o enmendarla sin variar lo sustancial que decide. También Peyrano explica por qué ubica este remedio en el carril de la "reposición". En efecto, dice:

> Como se sabe, la revocatoria es un recurso proponible en cualquier grado jurisdiccional, lo que no sucede con otros (*v. gr.* el de apelación) que no pueden dirimirse en instancias inferiores. Juntamente con el de aclaratoria son los únicos recursos que se pueden hacer valer en cualquier instancia. Además, el recurso de revocatoria es el único que permite modificar, en lo sustancial, un acto decisorio erróneo por mano del mismo tribunal que lo emitiera, y como se sabe, el recurso de revocatoria o reposición, también es idóneo para declarar, en algunas hipótesis, nulidades.[3395]

641.1 Límites y alcances

La extensión asignada no es pacífica: para algunos es procedente cuando no hay remedios ni recursos disponibles para revertir el error manifiesto (posición amplia que admite la reposición *in extremis* aun contra sentencias definitivas); para otros, la existencia de vías alternativas de impugnación no limitan ni cercenan la vía, cuando la exigencia de usar recursos ordinarios y/o extraordinarios pueda significar un trastorno evidente o un pronóstico incierto (tesis intermedia que valida la reposición *in extremis* sin analizar el tipo de providencias que ataca). Finalmente, una tercera postura entiende que la *revocatoria in extremis* puede ser utilizada aun cuando la injusticia cometida pueda removerse mediante, verbigracia, la articulación de un recurso ordinario de apelación.[3396]

3395. Peyrano, Jorge Walter, "Estado de la doctrina judicial de la reposición *in extremis*. Muestreo jurisprudencial", *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2 (Medios de Impugnación. Recursos I), Rubinzal Culzoni, 1999, p. 65.

3396. Carrillo, Hernán, "Sobre usos no conformes del recurso de revocatoria: la revocatoria *in extremis*", *Suplemento especial La Ley: Cuestiones Procesales Modernas*, 2005, (octubre), p. 74. Agrega el autor : "... para la primera postura el recurso es 'extremo' frente a la inexistencia de otra vía recursiva; para la segunda postura lo es frente a la inexistencia de otra vía recursiva, con el agregado de que contempla el caso de vía recursiva existente pero de dificultoso acceso y pronóstico incierto, fundamentándose en que recurrir a la revocatoria in extremis en tal situación favorecería el servicio de justicia, equivalente al valor procesal 'eficacia', privilegiando el imperio de la verdad jurídica objetiva sobre la verdad meramente formal. Para la tercera postura cabe su uso cuando el mismo evita una lesión a los principios de celeridad y economía procesales, entendiendo que es conveniente evitar el inútil desgaste jurisdiccional que involucraría

La vía es muy similar al recurso de reposición, con la salvedad de que se lo interpone en situaciones excepcionales donde normalmente no procede, porque debiera corregirse el error mediante la articulación de otros recursos, o porque estos ya no existen en la instancia. Por eso, aclara Peyrano:

> La figura en análisis es de índole subsidiario. Dicho esto en el sentido que no puede actuar exitosamente si concurren otras vías aptas (*v. gr.* apelación, recursos extraordinarios, etcétera.) para remover el yerro judicial *de hecho grave* y palmario del caso.[3397]

Ahora bien, el ámbito de tolerancia tiene para nosotros una restricción: para ser reposición tiene que tratarse de errores de trámite evidentes, por lo cual no procedería contra fallas de interpretación o vicios de juzgamiento. Esta condición que advertimos no es aceptada cuando la decisión contiene una notoria injusticia o socava el derecho de defensa en juicio, o incurre en excesos rituales que convierten la sentencia en arbitraria.

La diferencia de criterios se observa, por ejemplo, cuando se dice que es procedente el recurso de reposición *in extremis* planteado por el actor para que el tribunal corrija su decisión en cuanto a la interpretación del término que prescribe el artículo 584, inciso 3, del Código Procesal de la Provincia de San Juan, pues, resulta evidente que en el cómputo del término para la presentación de la demanda el tribunal cometió un error sustancial –en el caso, consideró que el plazo de esta norma era de caducidad en lugar de considerarlo un plazo procesal– que debe ser reparado.[3398]

El error que se advierte es "formal" referido a plazos y términos. En cambio, se rechaza el recurso de revocatoria *in extremis* interpuesto contra un auto que declara inadmisible el recurso de apelación, cuando en lugar de señalar el error formal cuestiona el juicio del tribunal por medio de la formulación de críticas propias de un recurso de apelación, y el remedio en cuestión juega dentro de un determinado

---

abrir una instancia revisora que, fatalmente, culminaría con la revocación de la resolución respectiva, cuando ello puede ser realizado por el juez que la dictó sin que los principios indicados se vieren afectados.

3397. Peyrano, Jorge Walter "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición *in extremis*", *op. cit.*

3398. Cám. de Apel. en lo Civ., Com. y de San Juan, Sala III, "Club Atlético Social San Juan c./ Federación San Juan de Patín", 9/9/2005, *LL Gran Cuyo*, 2006 (marzo), p. 281.

ámbito en donde no tiene cabida la discusión sobre el acierto o el error de los argumentos que sustentan el pronunciamiento.[3399]

Por tanto que, ya que el recurso de revocatoria *in extremis* es de aplicación excepcional, corresponde su desestimación cuando con su deducción se pretende el juzgamiento de lo que ya se juzgó, pues se trata de un procedimiento de reparación de errores y nunca de un reexamen o reconsideración de la causa.[3400]

También suele rechazarse la vía cuando con ella se pretende corregir un auto fundado pero sin señalar más que diferencias o criterios distintos.[3401] Por ejemplo, debe desestimarse el recurso de revocatoria

3399. CS Santa Fe, "Schmalenberger, Jorge A. c./ Porta, Daniel H. y/u otro", 30/4/2004, *LL Litoral*, 2005 (febrero), p. 57.

3400. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Corrientes, Sala IV, "Leiva, Bruno c./ Forestal Andina S.A.", 26/11/2008, LL *online*.

3401. Debe desestimarse el recurso de revocatoria *in extremis* incoado contra la resolución que no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 286, tercer párrafo y 289 inc. 3 primera parte del Código Procesal Civil y Comercial y declaró inadmisible el recurso extraordinario deducido, en tanto el recurrente no adjuntó el depósito legal, resultando insuficiente el hecho de haber iniciado el beneficio de litigar sin gastos si no cuenta con resolución favorable que le otorgue la franquicia peticionada (STJ de la provincia de Misiones, 6/3/2008, "Frígola, Miguel Angel y otro", *LL Litoral* 7/2008 ,p. 656).
Es inadmisible el recurso de revocatoria *in extremis* deducido contra la sentencia por la cual la Corte de Justicia de la Provincia de Salta declaró la caducidad de la segunda instancia desde que, a través de la interposición de dicho recurso el recurrente no pretende reparar un error material evidente, sino que cuestiona lo decidido por medio de la formulación de críticas propias (Corte de Justicia de la provincia de Salta, 7/11/2007, "Provincia de Salta c./ Ovando, Candelario y/u otros", LL *online*).
Debe desestimarse el recurso de revocatoria *in extremis* interpuesto contra una resolución interlocutoria, pues esta vía excepcional carece de aptitud para convertirse en un reexamen del acierto o error de los fundamentos que sustentan el fallo, y mucho menos por vía de una nueva argumentación o plataforma fáctica; además, la decisión adoptada guarda debida correlación con expresas disposiciones del rito y la doctrina y jurisprudencia en torno a ellas elaboradas, lo cual descarta un grosero, esencial o irreparable error *in iudicando* (CNCiv., Sala G, "Consorcio de Propietarios Florida 860/68", 18/4/2007, *DJ*, 2007-II, 1003; *LL*, 2007-D-649, con nota de Peyrano, Jorge Walter, *DJ*, 2007-III, 315, con nota de Ignazi, María Luján).
Corresponde rechazar el recurso de reposición *in extremis* deducido, ya que lo que pretende el presentante es que se modifique sustancialmente lo resuelto, alegando errores judiciales de apreciación o incongruencias de la sentencia, es decir, se intenta el dictado de un nuevo fallo sobre cuestiones ya resueltas y consideradas, lo cual resulta inadmisible al estar ya agotada la competencia del tribunal con el dictado de la sentencia (Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. y Min. de San Juan, Sala II, "Escobar SACIFI c./ Peña Sola S.R.L.", 9/2/2007, *LL Gran Cuyo* 6/2007, p. 577).

in extremis si no se ha incurrido en error esencial alguno en la apreciación de los antecedentes de la causa, los cuales han sido meritados en su integridad atendiendo a las circunstancias propias del caso, a las características esenciales del proceso alimentario y a las necesidades que tiende a cubrir, ajustándose a la verdad objetiva.[3402]

Es decir, a modo de síntesis, la revocatoria *in extremis* persigue solucionar la revisión de decisiones distintas a la sentencia definitiva que, al incurrir en errores evidentes de tramitación, juzgamiento (*v. gr.* sostener la vigencia de una prueba no producida) o interpretación (*v. gr.* dar por válida una ley derogada) permiten que el mismo juez la resuelva en esa instancia, frente a la inexistencia de otros recursos que lo posibiliten.

Agrega Peyrano –a quien puede legítimamente considerarse el padre del instituto–:

> En lo tocante al plazo de interposición, somos partidarios de que el mismo sea el correspondiente al recurso de revocatoria ortodoxo previsto en el Código Procesal Civil aplicable en la especie. No parece que deba sacrificarse al trascendente principio de preclusión, como ocurriría si se aceptara la posibilidad de que la reposición *in extremis* sea deducible *sine die*. Más aún: lo atinente a la sustanciación de la reposición *in extremis* interpuesta por parte interesada y otras cuestiones que hacen a su régimen procedimental, también son asuntos que deben ser gobernados por la normativa, correspondiente a la revocatoria ortodoxa. Finalmente, y esto es muy importante, sólo la incidencia de un *error de hecho* judicial, grosero y evidente –cual sería el yerro en el cómputo del plazo para la presentación de un recurso directo o un caso en el que se había considerado al apelante notificado automáticamente de una resolución como consecuencia de un error producto de la falta de agregación de un escrito–que genera una grave injusticia, torna admisible una reposición *in extremis*. No lo sería, en cambio, el articulado en miras a que el tribunal interviniente valore nuevo material probatorio o a que realice un encuadre legal distinto que se reputa más adecuado que el llevado a cabo con anterioridad. En definitiva, la reposición *in extremis* no puede ser empleada con éxito para cuestionar *interpretaciones jurídicas* sustentadas por

3402. CNCiv., Sala C, "Portela de Vilariño, Laura del Valle c./ Vilariño, Carlos M.", 13/3/2007, LL *online*.

el órgano jurisdiccional o para procurar mejorar o integrar el material probatorio pretéritamente analizado.[3403]

641.2 Vicios sustanciales y/o vicios procesales

Con una perspectiva más amplia, la revocatoria *in extremis* funciona, también, para corregir vicios de juzgamiento contenidos en sentencias definitivas y otras resoluciones judiciales. Se juzga así cuando se afirma que el recurso procede respecto de toda clase de resoluciones, conforme lo dispone el artículo 241 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes –en el caso, se articuló contra el auto que declaró mal concedido el recurso de inaplicabilidad de ley por extemporáneo–, y resultan aplicables las exigencias análogas del remedio de revocatoria común a los fines de su instrumentación, tanto en lo relacionado con el plazo de interposición como en relación con el tipo de decisorio contra el cual se dirige.[3404]

El error sustancial, es decir, el que trasciende el vicio formal para dar causa a la nulidad del fallo, se torna visible para dar espacio a esta revisión. Por ejemplo, dado que la Cámara omitió considerar en la parte dispositiva la reconvención opuesta por parte de la demandada en la que se fundó para declarar la nulidad de fallo impugnado, debe concluirse que existió un error de tal gravedad que la situación encuadra en una de las hipótesis pasibles de modo excepcional para la aplicación de oficio de la doctrina de la revocación *in extremis*.[3405]

Inclusive el error de hecho es admisible, porque si bien en principio no son impugnables por vía de reposición o nulidad las resoluciones del tribunal de alzada, excepcionalmente y cuando en forma evidente surge que la resolución se ha basado en una errónea base fáctica, sí corresponde la impugnación.[3406]

3403. Peyrano, Jorge Walter, "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición *in extremis*", *LL*, 1997-E-1168.

3404. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, "Pelozo, Ramón G.", 20/3/2007, LL *online*.

3405. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. Común de Tucumán, Sala I, "Martínez de Romero, María Luisa c./ Getar, Daniel Eliseo y otra", 30/9/2008, *LL NOA*, 12/2008, p. 1122.

3406. Del voto del Dr. Sánchez. Cám. de Apel. en lo Civ. Com. y Min. de San Juan, Sala II, "T.grafía San Juan S.A. c./ Picker International Inc. y otros", 6/5/2008, *LL Gran Cuyo*, 2008 noviembre, 1009.

No obstante su falta de reglamentación, merced a que sólo se han reglamentado en pocos Códigos Procesales, se sostiene que resulta admisible la revocatoria *in extremis*, pues todo medio que sirva para enervar los efectos de un pronunciamiento notoriamente injusto resulta bienvenido, malograda su falta de regulación. Configura un absurdo lesivo de la garantía de defensa en juicio acordar firmeza a un yerro patente o imponer un engorroso trámite de alzada para su enmienda.

Por lo tanto, se ratifica:

> En supuestos excepcionales, los autos interlocutorios e inclusive sentencias definitivas firmes, pueden ser objeto de un recurso de revocatoria *in extremis*, si es que existe la posibilidad de que, con motivo de un error judicial, se pueda consumar una notoria injusticia, cuya subsanación por otras vías sea imposible –si no existen otros recursos posibles– o notoriamente dificultosa –como ocurriría si la única posibilidad impugnatoria es la interposición de un recurso extraordinario–.[3407]

Esta forma de reponer en última *ratio* se caracteriza por poseer notas absolutamente opuestas a las propias de la revocatoria normal, pues mediante ella se persigue cancelar –total o parcialmente– la eficacia de una resolución de mérito –sentencia definitiva o auto interlocutorio–, a fin de remover una injusticia grave, palmaria y trascendente derivada de la comisión de un tipo especial de errores judiciales: los provenientes de ciertos errores materiales.

La idea fuerza de impedir una injusticia grave, palmaria y trascendente, derivada de la comisión de un tipo especial de errores judiciales, es la que lleva a dar espacio a la reposición *in extremis*, considerando su viabilidad, cuando se erige como el último remedio que tiene la parte contra eventuales injusticias que no son susceptibles de ser subsanadas por otras vías.

La impugnación no procede cuando el fallo recurrido se encuentra ajustado a derecho, y las cuestiones de interpretación de la aplicación del derecho son cuestiones lejanas del yerro que se exige para su procedencia.

Este es el otro sector de la jurisprudencia, el que reduce el plano de actuación de la reposición *in extremis* a las providencias simples que

3407. TS CABA, "GCBA s. Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Navalle, Pedro Ignacio vs. GCBA s./ Amparo", 9/8/2006, LL *online*.

causen o no gravamen irreparable. Es donde mayor cobertura ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al revertir providencias denegatorias del recurso de hecho por aplicación de la Acordada N°4/2007.[3408]

Cabe decir, finalmente, que la extensión se justifica en la medida de la justicia implícita, pero admite reservas y, sobre todo, mucha prudencia del juzgador.[3409]

3408. Chiacchiera y Calderón informan que, aunque la Corte ha señalado repetidamente que sus fallos son irrecurribles, hizo lugar al recurso de reposición y revocó la resolución que había dictado con anterioridad, desestimando el recurso de queja por no haber acompañado (además de la copia del recurso extraordinario federal) la carátula prevista por el art. 2, por considerar que había incurrido en un exceso de rigor formal con dicha exigencia (CSJN, "Adrover, Stella Maris y otros c/ Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires s/ (materia civil) daños y perjuicios" 30/9/2008). Esta última decisión ratifica la admisibilidad de la reposición *in extremis* como vía impugnativa de la denegación del recurso de queja, bien que extraordinaria y sometida a una apreciación sumamente restrictiva, lo que ya había sido aceptado con anterioridad por el Alto Cuerpo (Chiacchiera Castro, Paulina y Calderón, Maximiliano Rafael, "La acordada 4/2007 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La Ley*, 29/5/2009, p. 1).

3409. "En función de lo expresado y con la meta de poner límites al empleo de tan peligrosa herramienta, cual es la reposición *in extremis*, en manos torpes o maliciosas es que acuñamos la siguiente descripción: "Recordamos que es un recurso de procedencia excepcional y subsidiario cuya sustanciación y recaudos se corresponde, en principio, con los parámetros legalmente previstos para los recursos de revocatoria codificados. Con su auxilio se puede intentar subsanar errores materiales –y también excepcionalmente yerros de los denominados "esenciales"– groseros y evidentes, deslizados en un pronunciamiento de mérito –dictado en primera o ulteriores instancias– que no puedan corregirse a través de aclaratorias y que generan un agravio trascendente para una parte o varias partes. Se entiende por "error esencial" a aquel que, sin ser un yerro material, es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último. Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o que, de serlo, las mismas son de muy difícil acceso *o cuya procedencia sea notoriamente incierta*, y que no se alegue la necesidad de suplir una equivocación jurídica o un déficit de actividad de las partes en materia de recolección de material probatorio. Se advierte una tendencia jurisprudencial inclinada a favor de distribuir en el orden causado las costas suscitadas por la sustanciación de una reposición *in extremis*. Precisamente, la preocupación por asignarle límites mejor delineados a la reposición *in extremis* determina que nos parezca conveniente modificar la anterior descripción reemplazando la parte que reza "o cuya procedencia sea notoriamente incierta" por otra concebida del siguiente modo: "o que su sustanciación involucre una flagrante violación de la economía procesal, porque indudablemente su suerte tiene un pronóstico favorable" (Peyrano, Jorge Walter, "La reposición in extremis", *LL*, 2007-D-649).

642. La reposición contra las decisiones de instancias superiores

Las resoluciones dictadas en segunda instancia no son, en principio, susceptibles de reposición, salvo si se trata de enmendar un error o se recurre una providencia de mero trámite dispuesta por el presidente del tribunal; o generadas como disposiciones internas del trámite, y siempre que no haya tenido sustanciación previa. En líneas generales, las providencias que se dictan en la alzada después de la sustanciación no pueden atacarse por vía de revocatoria, pues sólo se puede otorgar esta vía a la revisión de providencias de mero trámite y contra autos interlocutorios simples que no deciden un punto apelado.

Por eso, corresponde desestimar el recurso de revocatoria planteado contra una sentencia interlocutoria dictada por el tribunal de alzada –en el caso, en cuanto impuso las costas al vencido–, toda vez que estas no son, en principio, susceptibles de revocación por contrario imperio, dado que el agotamiento de la jurisdicción tiene carácter definitivo y no se dan en el caso circunstancias especiales tales como errores manifiestos, que aconsejen soslayar dicho criterio.[3410]

Con mayor severidad se afirma que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no son susceptibles de reposición, excepto cuando se trata de situaciones serias e inequívocas que demuestren con nitidez manifiesta el error que se pretende subsanar. La longevidad de este poder de reversión data de 1922 cuando el cimero tribunal admitió el error de haber denegado un recurso en sede penal,[3411] pero la senda jurisprudencial es restrictiva y las excepciones se encuentran más en el rumbo de la "reposición *in extremis*". Por ejemplo, si se resolvió la cuestión atendiendo a uno de los fundamentos de la decisión apelada, sin tener en cuenta que se apoyaba también en otras razones suficientes para zanjar la controversia, que no fueron objeto de agravio en el remedio federal.[3412]

3410. CNCom., Sala B, "Finber Cía. Financiera S. A. s/ concurso", 30/4/2001, *LL*, 2001-D-837 (43.362-S).

3411. CSJN, Fallos: 136:244.

3412. CSJN, Fallos: 318:2329, "Difoto S. A. y otro c./ Capitán buque Mendoza". No obstante, si en el pronunciamiento de la Corte se ha incurrido en un error material al efectuar el cómputo del plazo que contempla el art. 285 del Código Procesal, por ejemplo,

643. Interposición y trámite del recurso

La reposición se solicita por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la resolución adoptada en cualquiera de las instancias;[3413] si es trámite sumarísimo el plazo coincide en el orden federal, pero debe tenerse en cuenta que en algunos ordenamientos de provincia (*v. gr.* Buenos Aires) el plazo se reduce a dos (2) días. Cuando la providencia a cuestionar se dispone en una audiencia es en ese momento cuando se la debe articular y fundar verbalmente.

A diferencia de otros recursos ordinarios, como el de apelación, por ejemplo, en el que la interposición y la fundamentación esta diferida en el tiempo, el recurso de revocatoria por su propia simplicidad requiere que junto con la interposición se argumente sobre su procedencia, esto es, que se fundamente.

De suyo, se deduce ante la misma autoridad que dispone la medida impugnada, formalismo que reproduce una curiosidad cuando se debe alegar en el curso de una audiencia, cuando el juez no está presente en el acto, pero es él quien decide o el que resulta delegado al efecto. En estos casos, es probable que la fundamentación oral se tenga que volcar en un acta que testimonie la audiencia y se agregue por el mismo sistema la contestación que haga el adversario. Ocurre, en consecuencia, la postergación de la decisión final (art. 34, inc. 3, ap. a, Cód. Proc.) por considerar que no se trata de una providencia que deba de ser resuelta en la audiencia, salvo claro está, que con la reposición que se promueva quede afectado el desarrollo o la continuación de ese trámite.[3414]

---

se ha dicho que corresponde hacer excepción a la regla según la cual el recurso de reposición no procede de ordinario contra las sentencias definitivas del mencionado tribunal, y dejar sin efecto aquella decisión (Fallos, 303:335, "Lomagro de Solanilla, Catalina c./ Solanilla, Paulino D."). Asimismo, tampoco procede cuando se interpone contra una medida para mejor proveer dispuesta por el tribunal, ya que la implementación de esta es una facultad privativa de los jueces (CNSeg.Social, Sala I, 12/3/1996, "Ramírez, Juan E. c./ Caja Nac. de Prev. para la Ind. Com. y Act. Civiles", *DT*, 1996-B-1881, con nota de María Alejandra Guillot).

3413. CSJN, Fallos: 312:888, "Sichel, Gerardo c/ Massuh SA".

3414. Por eso se ha dicho que corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación contra una resolución interlocutoria dictada en el transcurso de una audiencia (conf. art. 239, Cód. Proc.) relativa a la exclusión de un acreedor, toda vez que debió deducirse en dicho acto, resultando improcedente su posterior deducción y concesión (CNCom., Sala C, "Hang Sung Ku", 20/5/1996, *LL*. 1998-B-880 [40.218-S]).

Bien dice Rivas:

> No es necesario que la reposición se interponga en términos sacramentales designando expresamente el recurso que se deduce, ya que "todo pedido de que se reconsidere, deje sin efecto o revoque una providencia judicial debe considerarse como reposición". Sin embargo, es preciso que la presentación importa un cambio o anulación de lo resuelto y no una mera expresión de disconformidad o crítica.[3415]

En caso de interponer el recurso en el curso de una audiencia, consideramos que la fundamentación verbal no necesita volcarse en actas cuando el juez está presente en el acto y la reunión no versa sobre pruebas (que es la única audiencia que debe quedar documentada según indica el art. 125, inc. 6, del Cód. Proc.). En caso contrario, o bien, si la providencia admitiera apelación en subsidio, deben transcribirse los fundamentos con el fin de permitir a la Cámara de Apelaciones tomar conocimiento de ellos y dar decisión oportuna.

643.1 Rechazo *in limine*

Cuando la pretensión deducida aparece manifiestamente infundada, el juez o tribunal, en su caso, podrá rechazarla de inmediato. En este caso, de haberse planteado con apelación en subsidio, cabe remitir a la alzada el recurso a los fines de su estimación, toda vez que de este modo se garantiza el derecho a la audiencia y la doble instancia.

Es una situación similar a la que ocurre cuando la revocatoria se presenta fuera de término, que no motiva la deserción de la segunda instancia. Sostiene Peyrano que es este un criterio correcto porque se ajusta al sistema de nuestro Código Procesal que no hace depender, en modo alguno, la suerte de la apelación subsidiaria de un previo intento de obtener la cancelación de la resolución respectiva a través de una revocatoria.[3416]

Para Abraham Vargas:

> Corresponde la denegatoria si se lo interpone sin los requisitos comunes (es decir, si no se trata de una resolución recurrible por ese medio), si no se satisfacen las exigencias de lugar, tiempo y forma –que incluye

3415. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*,T. I, p. 187.

3416. Peyrano, Jorge Walter, "Recurso de Reposición", en *Recursos Judiciales*, *op. cit.*, p. 79.

> la fundamentación y por eso el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe habla de "notoriamente infundado" o el nacional, con mayor propiedad, de "manifiestamente inadmisible"–, el juez, al efectuar el juicio de admisibilidad, lo rechaza sin más trámite.[3417]

Si bien no hay reglas para expulsar la revocatoria, se puede compartir cierta lógica en ellas: a) ante la duda, se debe estar por la admisión y sustanciación; b) la falta de declaración de inadmisibilidad no obsta a su declaración posterior; c) constituyen causas válidas de este: extemporaneidad, carencia de legitimación y falta de fundamentación.[3418]

643.2 Apelación en subsidio

Cuando el Código Procesal trata los recursos de reposición y apelación en subsidio, el vocablo "subsidiario" no viene dado en el sentido de accesoriedad, por lo que no debe interpretarse que la reposición –un recurso horizontal– juega el rol de remedio principal al que accede y se subordina la apelación –un recurso vertical–, de modo tal que la inadmisibilidad del primero arrastre la suerte del segundo, sino que dicho vocablo es empleado para adjetivar la modalidad con que la apelación se acumula a la reposición, en una clara e inequívoca actuación del principio procesal de eventualidad que, a su vez, enraíza en el principio de preclusión. Por ello, cuando así se interpone, lo apelable en subsidio no es la eventual decisión desestimatoria de la reposición, sino la primitiva resolución antes que el auto denegatorio.

La posibilidad que el Código Procesal ofrece (no es igual en todo el país, desde que ciertos sistemas dividen los recursos y remedios; y otros admiten la reposición y contra su decisión toleran la apelación inmediata) significa precluir al recurrente que usa sólo de la revocatoria la posibi-

3417. Vargas, Abraham Luis, "Recurso de reposición, revocatoria o reconsideración (Tipicidad y atipicidad)", *Revista de Derecho Procesal*, Nº 3 (Medios de Impugnación II), Rubinzal Culzoni, 1999, p. 56.

3418. Peyrano, Jorge Walter, "Recurso de Reposición", en *Recursos Judiciales*, p. 73. Para Rivas "... los motivos de la inadmisión no están explicitados. Es claro que podrán fincar en la extemporaneidad de la presentación, en no ser providencia simple la que se intenta recurrir, o en que el recurso carece de fundamentos, o bien si se tratare de caso de irrecurribilidad establecida en la norma, o si de la fundamentación no resultare ningún agravio, o si el recurrente no estuviese legitimado al efecto o mediaren defectos de personería" (*Tratado de los recursos ordinarios*, *op.cit.*, T. I, pp. 188-189).

lidad de articular una apelación posterior, en razón de quedar atrapado por el principio de preclusión y de quedar consumada la impugnación.

En este sentido, la formalidad exige ser claros al tiempo de postular la revocación, porque en caso de que sea denegada, la omisión de señalar la reserva de admisión de la queja como apelación, hace perder la misma, quedando firme la resolución cuestionada.[3419]

Resta analizar una situación posible cuando la reposición ingresa tardíamente, pero en el plazo del recurso de apelación ¿qué solución corresponde?

Para nosotros depende de la providencia que se ataca, porque si ella admite apelación, el remedio inoportuno se rechaza y abre el tiempo para atender el agravio fundado; en cambio, si el despacho no tolera la doble instancia, deberá quedar firme la denegatoria por extemporánea.

Rivas explica:

> Partiendo del principio de autonomía de los medios en cuestión, parece claro que descartada la viabilidad del primero, la apelación puede ser conjugada, si se tratase, obviamente de providencia simple capaz de causar gravamen para definitiva. [...] Ubicados en la tesitura contraria también parece evidente que si no puede considerarse el recurso cabeza de la impugnación, no podrá serlo tampoco el que le accede.[3420]

643.3 Procedimiento de admisión

El trámite de la reposición es diferente según quién haya pedido la reconsideración. En efecto, hay que distinguir dos etapas en el remedio: a) la que se cumple para *admitirlo*, que sigue los principios generales de la teoría de la impugnación, en orden al estudio previo de legitimación e interés del proponente; lugar, tiempo y forma de la interposición; y fundamentación suficiente, que se resuelve de inmediato, antes de proceder a la siguiente etapa; y b) la de *sustanciación* eventual que depende de otras circunstancias, desarrolladas a continuación.

3419. 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, "Carro de Marín, María E. c./ Medicus Sistema Privado de Medicina Asistencial S. A.", 16/4/1996, *LL*, 1996-D-33; *DJ*, 1996-2-826).

3420. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. I, p. 201.

b.1. Si la providencia que se recurre fue dictada de oficio, la reposición se debe resolver sin dar traslado a la otra parte (sin sustanciación). 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 Código Procesal, debiendo en consecuencia el juzgador correr traslado del escrito a la contraparte a fin de que esta pueda contestar los agravios del apelante.

En la práctica significa que el auto que deniega la reposición debe conceder –cuando corresponde– el recurso de apelación, y en esa providencia dar traslado a la parte de los fundamentos que se aportaron al deducir el remedio.

b.2. Si la providencia recurrida se dictó a pedido de la misma parte, esta podrá deducir revocatoria dentro del plazo de tres (3) días que se notifican *ministerio legis* (art. 133, Cód. Proc.) y el juez decidirá, en definitiva, sin dar intervención a la parte contraria. Igual que en el caso anterior, el rechazo supone admitir la apelación en subsidio y correr traslado a la otra parte.

b.3. 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 (5) 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. Por eso, en estos casos el remedio se debe sustanciar sin resolver de oficio.

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, párr. final, Cód. Proc.).

643.4 Trámite incidental

Si el recurso de reposición se articula sobre hechos que motivan una controversia entre partes, se ha de formar incidente (art. 177, Cód. Proc.) separado, sin suspensión de 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.

644. Resolución

Sostiene el artículo 241 del Código Procesal:

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que:
1. El recurso de reposición hubiere sido acompañado del de apelación subsidiaria y la providencia impugnada reuniere las condiciones establecidas en el artículo siguiente para que sea apelable.
2. Hiciere lugar a la revocatoria, en cuyo caso podrá apelar la parte contraria, si correspondiere.

Tornar ejecutoria una resolución supone que contra ella no se admiten nuevas impugnaciones. Ahora, si la revocatoria se interpone con apelación en subsidio, se admite excepcionalmente 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.[3421]

3421. 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 no hacerlo así la decisión que recaiga en la revocatoria causará ejecutoria y el tiempo de apelar se habrá consumido. Aprehender 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

En los hechos, existe cierta armonía que juega en torno del principio dispositivo; de este modo el recurrente puede articular:

a. *recurso de reposición*, 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 reposición 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.[3422]

Corresponde aclarar que la reposición contra providencias simples que causen o no gravamen irreparable, dispuestas en segunda instancia o ante los Tribunales Superiores de provincia, o en su caso, contra resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no admiten recursos en subsidio debiendo considerarse en la vía del remedio *in extremis* al que antes nos referimos.

Obviamente, la denegatoria de la revocatoria no es sentencia definitiva, por vía de principio, de manera que no tolera recursos extraordinarios.[3423]

---

la eventualidad (del voto de la mayoría, fundamentos del doctor Roncoroni) (C1ª Civ. y Com. La Plata, Sala I, "Banco Crédito Provincial", 14/4/1998, *LLBA*, 1999-1157).

3422. CNCiv., Sala F, "Giani, Héctor D. c./ Noriega de Giani, Florentina", 27/8/1991, *LL*, 1983-B-751 (36.314-S).

3423. Las decisiones de la Corte no son, como principio, susceptibles de ser modificadas por el recurso de reposición ni por recursos o incidentes de nulidad, conclusión que, además de las normas procesales, se asienta en el carácter final de sus decisiones (CSJN, "Mellicovsky, Lidia Beatriz c./ Estado Nacional", 13/11/2007, LL *online*). Los pronunciamientos definitivos e interlocutorios no son susceptibles de ser modificados por vía del recurso de reposición, sin que se den en el caso circunstancias estrictamente excepcionales que permitan apartarse de tal principio (CSJN, "Yoma, José T. c./ Cámara

645. Recursos contra la revocatoria

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.

La posibilidad es excepcional y se da únicamente respecto de dichas resoluciones habidas sin sustanciación, que se revocan a pedido de la parte que la obtuvo, naciendo en ese momento el agravio de la

---

de Diputados de la Provincia de La Rioja", 22/3/2005, *DJ*, 2005-2-571). No tiene carácter definitivo a los fines del recurso extraordinario la sentencia del Superior Tribunal de provincia que rechazó un recurso de reposición por el cual el recurrente cuestionó la acumulación de procesos, dado que no resuelve el fondo de la cuestión debatida ni impide la tramitación normal de la causa porque los procesos acumulados continuarán su trámite y serán fallados en su momento, oportunidad en que las partes podrán plantear las cuestiones federales que se susciten (del dictamen del Procurador Fiscal subrogante que la Corte hace suyo) (Fallos, 329:2620, "Lacustre del Sud S.A. c./ Consejo Agrario Provincial - Provincia de Santa Cruz"). Sin embargo, desde una perspectiva diferente se afirma que, a efectos de la procedencia del recurso extraordinario, resulta equiparable a definitiva la sentencia que no hizo lugar a la revocatoria deducida contra la paralización del trámite del recurso de casación dispuesta hasta tanto se reanudaran otras actuaciones desde que el pronunciamiento recurrido produce una demora injustificada en la decisión del derecho con los alcances propios de una denegación de justicia. Si bien las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida no son, en principio, impugnables por la vía extraordinaria, debe hacerse excepción a esa regla cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible reparación ulterior, lo cual permite que la resolución sea equiparable a definitiva (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CSJN, "T., R. A.", 7/11/2006, *LL*, 2007-A- 276, con nota de Augusto Morello). O cuando se sostiene que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no son susceptibles de reposición ni de articulaciones de nulidad, excepto cuando se presentan circunstancias serias e inequívocas que demuestren con nitidez manifiesta el error que se pretende subsanar (CSJN, "Steifel, Juan C. c./ Provincia de Santa Fe", 19/8/2004, LL *online*). Criterio que siguen tribunales inferiores cuando responden que corresponde rechazar *in limine* el recurso de reposición incoado contra una sentencia de segunda instancia ya que ella, en razón de su carácter definitivo, no es susceptible de recurso alguno, excepto cuando por vía de aclaratoria se trata de enmendar un error material o bien cuando por vía de reposición se recurre contra providencias suscriptas por el presidente de la Sala respectiva (CNCiv., Sala E, "Vergara, Francisco Enrique y otro c./ Salandari, Valeria Pilar y Otro s/ejecución hipotecaria", 19/12/2007, *DJ*, 2008-II-507).

contraparte que podrá apelar por el gravamen causado, sin poder llevar la impugnación por la senda de la revocatoria de la reposición.

646. Casos específicos previstos en el Código Procesal

La variedad de providencias simples que tiene cualquier procedimiento es innumerable, sin embargo, el Código Procesal menciona especialmente a la reposición como remedio contra las siguientes actuaciones:

a. en el caso del artículo 153 cuando se trata de habilitar días y horas para el cumplimiento de actos procesales y la resolución fuese denegatoria;
b. en el párrafo final del artículo 198 que refiere a "la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa";[3424]

3424. Para Kielmanovich, Jorge, "no se discute pues que, en tanto una medida pudiese ser conceptuada como *cautelar*, esta –además de que podría ser dispuesta por un juez que careciera inicialmente de competencia (art. 196, Cód. Proc.) y de que su proveimiento con tal alcance excluiría la noción de toda idea de prejuzgamiento– podría ser objeto del recurso de apelación, el cual, si se la hubiese admitido, correspondería que lo fuese en relación y con efectos devolutivos, aunque dicha nota, vale la pena destacar, no es una cualidad necesaria sino contingente de este tipo de resoluciones, como lo prueba el hecho de que existen leyes que le acuerdan en tal contexto efectos suspensivos, así, por ejemplo, la Ley N° 25587 (art. 4) o la Ley N° 16986 de amparo (art. 15). Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla cuando se repara, a la luz de lo que establece el citado artículo 198, que contra la providencia que acuerda una medida cautelar también procede, como se ha dicho antes, el *recurso de reposición* –con o sin apelación en subsidio–, supuesto en el cual podría darse la paradoja de que la resolución cautelar tuviese que cumplirse si se hubiese interpuesto contra la misma recurso de apelación y hasta tanto se pronunciase la Alzada; o ya, contrariamente, que se viese suspendida en la hipótesis de que el afectado hubiese deducido contra aquella el recurso de reposición que, como regla, es siempre suspensivo, pues la ley no le acuerda efectos devolutivos ni existen normas como la del artículo 198 o la del artículo 243 del Código Procesal. Así entonces, si el juez hubiese dispuesto, *v. gr.* la exclusión del cónyuge violento del hogar conyugal, parecería que dicha orden tendría fuerza ejecutoria si se la hubiese apelado (por el efecto devolutivo que consagra el art. 198 del Código Procesal) [...] pero quedaría en suspenso si se la hubiese impugnado... a través del recurso de reposición, con o sin apelación en subsidio. Afirma entonces el profesor titular de la Universidad de Buenos Aires que "*... con sujeción al sistema recursivo que establece el Código*, la medida cautelar no sería ejecutable si se hubiese deducido contra ella el recurso de reposición dado que el mismo 'per se' tendría

c. cuando se decreta la caducidad de la segunda instancia siempre que se hubiera dictado de oficio (art. 317);
d. cuando el juez fija el anticipo de gastos del perito (art. 463) que puede atacarse por reposición.

efectos 'suspensivos'~~,~~ pero que debería ejecutarse provisionalmente la resolución cautelar a partir del cardinal principio contenido en el artículo 198 del Código Procesal, que establece que "ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento", pues la expresión "incidente" que emplea el dispositivo legal no se acota ni se refiere al rígido molde del incidente "genérico" contemplado por los artículos 175 a 187 del Código Procesal, sino que aprehende el amplio concepto al que hace referencia Carnelutti, cuando enseña que son incidentes "todas las cuestiones que caen (*incidunt*) entre la demanda y la decisión, en el sentido de que deben ser resueltas antes de que se decida la litis", y que se "definen mediante la contraposición a las otras cuestiones que se llaman de fondo... cuestiones concernientes al proceso, y las segundas referentes a la litis", conclusión que se robustece a poco que se repare que el vocablo "ningún" incidente que contiene la norma citada sería sino superfluo, al igual que la expresión de que ninguno "podrá detener su cumplimiento", pues, a estar a los términos del artículo 176 del Código Procesal, los incidentes *stricto sensu* no son como regla suspensivos". En resumidas cuentas, entendemos que cuando el artículo 198 del Código Procesal dispone que ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento, aprehende dentro del concepto de "incidente" al recurso de reposición, tesis que se ajusta, a mayor abundamiento, a la "ratio" que conduce a la exclusión de todo tipo de "incidentes" en la etapa de cumplimiento de las medidas cautelares, ello con el propósito de evitar las dilaciones en el dictado de aquellas y que responde, por tanto, a un criterio ordenatorio del proceso (Kielmanovich, Jorge, "El recurso de reposición y el cumplimiento de las medidas cautelares", *LL*, 2009-A-669).

Capítulo LXXXIV
Recurso de apelación

647. Concepto y características

Se llama *recurso de apelación* al acto procesal de impugnación por el cual la parte que se considera afectada por una decisión judicial plantea ante un órgano jerárquicamente superior y competente la revisión de ese fallo, solicitando que lo revoque o modifique, total o parcialmente.

Es la herramienta procesal por antonomasia, y la llave que permite abrir las puertas de la segunda instancia que, en función de la garantía que supone el "derecho al recurso", no debiera sufrir limitaciones cuando se trata de revisar una sentencia condenatoria. Por eso hemos dicho que significa una suerte de demanda que, si bien no se trata propiamente de un nuevo juicio, admite otro examen de la causa asentado sobre los agravios que las partes presentan. No es una renovación total de lo sentenciado, desde que el recurso se rige por el brocárdico *tantum devolutum quantum apellatum*, que obliga al tribunal a ajustar la vía a dos principios centrales: el *dispositivo* (el recurso sólo procede a petición de parte) y el de *congruencia* (el recurso se debe fallar sobre los agravios propuestos).

Sus límites son de orden formal y sustancial. En el primer aspecto se consideran las cuestiones técnicas del recurso, que se estudian como *requisitos de admisibilidad*; en el segundo, el análisis es sobre los fundamentos y se vincula con los *requisitos de pertinencia*.

Prácticamente, el recurso de apelación procede contra decisiones que contengan errores de juzgamiento; mientras que los problemas de orden formal se encarrilan por el recurso de nulidad que trata los errores de procedimiento. No obstante, el artículo 253 del Código Procesal, indica que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, de modo tal que no juega a este respecto el principio de incanjeabilidad, según el cual, quien plantea por error un recurso por otro, pierde ambos.

Precisamente por la extensión que obtiene, los motivos que generan el recurso de apelación son errores de juzgamiento (vicios *in indicando*) y de procedimiento que provoquen eventuales nulidades (vicios *in procedendo*). Por lo tanto, muchas veces, el límite reglado con los principios básicos de la impugnación puede superarse estableciendo la ley y, en ocasiones, la jurisprudencia requisitos de admisibilidad distintos destinados a impedir el uso de esta vía (*v. gr.* limitaciones por el monto; por la naturaleza de la resolución; por las personas, entre otras).

648. Antecedentes, historia y sistemas

El recurso de apelación definió en sus orígenes un problema político. En Roma, para concentrar en el "Emperador" el poder de revisión de los fallos de magistrados; en el derecho romano-canónico, para que los Pontífices pudieran controlar el ejercicio de la función jurisdiccional; en la Edad Media, para que el Rey pudiera paliar los excesos de los señores feudales. Fueron también motivaciones políticas las que en la etapa prerrevolucionaria de Francia plantearon la supresión del modelo.[3425]

Es cierto que el derecho romano, a partir del período extraordinario de sus procedimientos, generó la *appellatio* como recurso del litigante vencido para buscar en una autoridad judicial superior la reforma de la condena, cuyo modelo era similar al actual (salvo que se confería solamente contra las sentencias definitivas, o sea, 1as que ponen fin al proceso, más no contra las interlocutorias ni aquellas dictadas en rebeldía); pero el trasfondo de la cuestión era que el concepto de "jurisdicción" (decir el derecho) no podía quedar en manos de un súbdito, de ahí que la apelación ante el emperador tomara la forma de "suplica". Dicho esto no con rigor conceptual, sino para comprender mejor la evolución del recurso de apelación como tal, es decir, como figura propia de un sistema de equilibrios entre poderes, a tono con la necesidad de seguridad jurídica y de realizar con la sentencia la justicia del caso.

Cuando se obliga a los jueces a motivar por escrito los fundamentos de sus pronunciamientos, la apelación se vuelca hacia una renovación

3425. Pereira Anabalón, Hugo, "La prueba en el recurso de apelación civil", en "Estudios en honor de Niceto Alcalá Zamora y Castillo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1975, p. 888.

del proceso, lo que llevó a ciertas legislaciones (como el Código Sardo de 1865) a contar con el *ius novarum* que hacía de la segunda instancia, antes que una vía de examen por agravios, una revisión completa del proceso.

Por eso, hay que tener cuidado cuando se cita a Chiovenda, quien, al referirse a la naturaleza jurídica de la apelación, sostiene:

> Todo juicio, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley, debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales y este doble grado, en la intención del legislador, representa una garantía de los ciudadanos en tres aspectos*: a)* En cuanto que un juicio reiterado hace, ya por sí, posible la corrección de errores; *b)* en cuanto que los dos juicios se confían a jueces distintos, y *c)* en cuanto que el segundo aparece con más *autoridad* que el primero (el pretor respecto del conciliador; el Tribunal respecto del pretor; el Tribunal de apelación, respecto del Tribunal de primera instancia). En virtud de la apelación, la causa fallada por el juez inferior es traída al juez superior. Este tiene el mismo conocimiento pleno del negocio del primer juez; esto es, examina la causa desde todos los aspectos que pudieron ser objeto de examen por parte del primero. El conocimiento del segundo juez tiene por objeto, aparente e inmediatamente, la sentencia de primer grado que deberá ser declarada justa o injusta en hecho y en derecho, pero en realidad tiene por objeto la relación decidida, sobre la cual el segundo juez ha de resolver *ex novo*, basándose en el material reunido ahora y antes.[3426]

No se trata de señalar algún error del creador de la ciencia, sino de apuntar que la explicación sobre la naturaleza del recurso tiene en cuenta el vínculo que hace entre sentencia y cosa juzgada, el cual analizado desde el principio de revisión total que tenía el citado Código Sardo (al que Chiovenda se refiere) es posible, pero en el actual sistema nacional, la única vinculación se da con el replanteo de prueba ante la alzada, sin que tenga esta el carácter de una instancia nueva formadora de un proceso diferente, sino de la continuación del principio de unidad del proceso hasta que se alcance sentencia definitiva.

Por eso, el modelo tiene más semejanzas con el alemán, del que dice Schönke (historiando las reformas de 1924 y 1933):

> La apelación no es un recurso que proporcione un nuevo examen total del material de hecho, sino que persigue fundamentalmente un nuevo examen

3426. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. III (edición Cárdenas), pp. 405-406.

> de la sentencia del tribunal de primera instancia en cuanto a los hechos y en el aspecto jurídico, sólo en base al material aportado al tribunal *a quo*.[3427]

Justamente aclara Podetti que la advertencia estaba indicada por Prieto Castro refiriéndose a la restricción del *ius novarum*:

> En cuanto a la segunda instancia, se halla organizada en nuestra ley a la manera como después la concibió la ZPO austríaca y recientemente el código italiano de 1940, es decir, se desenvuelve toda ella en torno a la sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar el acierto en su base fáctica y la corrección de los fundamentos jurídicos, de modo que esa primera instancia es preclusiva respecto de la apelación en el sentido de que el negocio no se reproduce con todos sus medios de ataque y defensa, y ni siquiera permite, en principio, la aportación de los nuevos materiales conocidos o sobrevenidos.[3428]

En consecuencia, la polémica entre plantear si el "juicio de apelación" es una renovación del proceso primitivo (*novum iudicium*) o una revisión de este (*revisio prioris instancia*)[3429] sólo tiene importancia para reconocer el material sobre el que trabajará la instancia, antes que sostener que exista un nuevo proceso. Al decir Guasp que de ambas concepciones es preferible la segunda, es decir, la revisora sobre la meramente renovadora, está significando que la renovación del proceso no justifica la apelación. Ello sin embargo, sí hace la revisión, y esto se observa especialmente en materia de prueba: para la idea de la apelación como renovación del proceso, la prueba en segunda instancia debe ser admitida casi sin limitaciones, por lo mismo que se admite en el primer grado; para la idea de la apelación como revisión, la prueba en segunda instancia no es admisible, salvo excepciones, pues no se trata de modificar los datos de la primera instancia, sino de vigilar el acierto o el equívoco con que hayan podido ser enjuiciados.[3430]

En el sistema argentino se ha terminado por dar preferencia al régimen restrictivo de la prueba en segunda instancia, en el que el margen de actuación del tribunal de alzada queda acotado a lo que

3427. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 305. Ver Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 115.

3428. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, pp. 115-116.

3429. Planteo así presentado por Guasp, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 730.

3430. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 732. Ver Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, T. I, 2009, p. 71.

es materia de agravios; vale decir: no hay renovación del proceso sino revisión de lo resuelto en la primera instancia en tres niveles: 1) la crítica concreta a las partes del fallo que se consideran equivocadas (*análisis formal*); 2) el examen del razonamiento aplicado (*análisis sustancial*) y 3) el pronunciamiento sobre cuestiones omitidas en la sentencia que el tribunal de apelaciones puede fallar si fue solicitado en la expresión de agravios (art. 278, Cód. Proc.).[3431]

649. Objeto del recurso

Con el recurso de apelación se cumplen al mismo tiempo dos objetivos en orden a los intereses a tutelar. El *Estado* consigue asegurar

3431. En general han existido dos formas de concebir al recurso de apelación: a) el *sistema amplio* considera a la apelación como un "*nuevo juicio*" (*novum iudicium*), en cuanto se permite en el procedimiento del recurso la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones, así como la reiteración de las pruebas producidas en primera instancia o la producción de nuevas prueba; b) en cambio, el *sistema restringido* no permite que en el procedimiento del recurso se aporten nuevas pretensiones ni se produzcan pruebas, sino que considera a la apelación como la "revisión" de la sentencia de primera instancia. Debe tenerse en cuenta que "revisar", según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "someter algo a un nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo". Por lo tanto, el tribunal de apelación debe limitarse a revisar la solución dada por el juez de primera instancia, basándose en el mismo material de conocimiento con que contaba este último. En este sistema restringido, es decir, de revisión de la sentencia de primera instancia, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho, ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia, sino que el tribunal de alzada solamente habrá de considerar la apelación con el material de primera instancia. c) Podría también distinguirse un tercer sistema, de carácter *ecléctico* o intermedio, que es el que adopta el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la generalidad de los ordenamientos argentinos que, como principio, siguen el sistema restringido, aunque con algunas concesiones al sistema amplio; es decir, este sistema considera al recurso de apelación como una *revisión* de la sentencia de primera instancia a la luz del material aportado en ella, pero excepcionalmente permite la alegación de hechos nuevos y la producción de ciertas pruebas. La admisión de uno u otro sistema depende de la finalidad que pretenda atribuirse al recurso de apelación: si a través de él se persigue reparar los errores u omisiones cometidos en la instancia anterior, debe adoptarse el sistema amplio (*novum iudicium*). En cambio, si se concibe al recurso de apelación como un medio de enmendar los posibles errores que pudiera haber cometido la decisión de primera instancia, debe seguirse el sistema restringido. En general la doctrina, no obstante los intentos legislativos en sentido distinto, ha señalado la superioridad del sistema restringido de revisión de la decisión anterior, y ser el que justifica la apelación (Loutayf Ranea, Roberto, "Los hechos en el recurso de apelación", en Morello, Augusto (dir.), *Los hechos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 185).

con la revisión jerárquica la disminución del error (principio de la seguridad jurídica que afinca en la doble instancia); y el *particular*, que se repase el juicio adoptado en cuanto supone equivocado por razones de hecho o de derecho.

La nueva decisión ha de ser positiva y conlleva el deber de pronunciarse sobre los aspectos apelados (*iudicium rescissorium*) resolviendo sobre ellos; en esto se distancia de los llamados recursos negativos, en los que el tribunal que revisa anula la sentencia (*iudicium rescindens*) y reenvía o devuelve a la instancia apelada que le corresponde para que dicte un fallo corrector, evitando los errores advertidos.

Roberto Loutayf Ranea afirma:

> Por la apelación, el tribunal de segunda instancia se encuentra circunscripto por lo que ha sido objeto de apelación y de agravios; y para el conocimiento de aquello a que está habilitado por la apelación, el tribunal *ad quem* está limitado por lo que ha sido sometido a decisión del juez de primera instancia. No puede conocer de las cuestiones definitivamente juzgadas, es decir, que han quedado firmes al haber precluido la posibilidad de impugnación. Pero están sometidos implícitamente a su consideración las defensas y argumentos planteados oportunamente por el apelado en la instancia de grado, que han sido rechazados o no considerados por el *a quo*, y de los que no pudo apelar el interesado por haberle resultado en definitiva favorable la resolución impugnada.[3432]

Estos, que pueden ser objetivos generales, van enfocando las cuestiones a resolver en dos niveles diferentes de atención: los *errores de procedimiento*, suelen asentar en motivos de anulación y nulidad que confunden el recurso específico con la apelación (art. 253, Cód. Proc.); y los *errores de juzgamiento* que hilvanan varios centros de agravios como la lectura deficiente de la causa, la interpretación confusa o equivocada, el apartamiento manifiesto de las constancias probatorias, etcétera.

De algún modo, la división separa también el modelo de sentencia a dictar, porque si la apelación versa sobre el *error* propiamente dicho, este se corrige o enmienda a partir del acto procesal que se advierte nulo, de modo tal que puede ocurrir que, a veces, la revisión obligue a devolver las actuaciones para una nueva sustanciación y trámite sin

3432. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 89.

que la alzada dicte sentencia sobre el fondo (*v. gr.* cuando se dispone la nulidad de actuaciones que vuelven atrás el procedimiento para continuar desde allí el trámite ahora saneado). En cambio, si los agravios se relacionan con *vicios* de construcción ideológica o de razonamiento, la revisión permite resolver de inmediato. Estas modalidades se vinculan con los efectos siguientes a la decisión del recurso.

Los vicios y errores son el gran objetivo de la revisión. Cuando el juez incurre en alguno de ellos, el recurso de apelación trabaja para señalarlos, dado que cualquiera de los agravios puede demostrar que se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse. Se llama tradicionalmente *error in procedendo*. El segundo error o desviación no afecta a los medios de hacer el proceso, sino a su contenido. No se trata ya de la forma, sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en usarla mal o interpretarla arbitrariamente (*error in iudicando*).

La injusticia de una resolución puede consistir en una inexacta apreciación de la validez del procedimiento sobre el cual descansa, o bien en un injusto juicio sobre el asunto que es su objeto. En el primer caso hay un error en cuanto al procedimiento, en el segundo, error en cuanto al objeto de la decisión. Estos *errores in iudicando* se producen en el acto de juzgar, o sea, en la sentencia; el *in procedendo* se origina normalmente en el curso del proceso, en el *iter* procesal, pero pueden excepcionalmente ocurrir en el propio fallo. Los errores *in iudicando* quebrantan únicamente la sentencia; los errores *in procedendo* invalidan, además, un sector del proceso.

En esta dimensión, pero con una finalidad diferente (aunque asociada), el error de juzgamiento no invalida la formalidad de la sentencia, pero ella es una construcción injusta, de ahí surge el vicio intrínseco o incorrecto en la interpretación de Rosenberg.[3433] A su vez, el pronunciamiento defectuoso por equivocación en las formas (*v. gr.* fundamentación de la sentencia en el veredicto) impacta como nulidad formal, pero trasciende al impedir que el decisorio cumpla los efectos normales a los que está destinado.

3433. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 167.

650. Presupuestos del recurso

El recurso de apelación ensambla tres cuestiones sucesivas que comienzan con el derecho a la impugnación, las formas como se debe llevar a cabo y el procedimiento en sí mismo. El primero se refiere a los presupuestos de *legitimación para recurrir* y los efectos que tiene la actuación del recurso para quienes son partes, terceros o simples interesados (*v. gr.* los auxiliares de la justicia que esperan por las regulaciones de honorarios). Lo siguiente se relaciona con las formas del recurso (lugar, tiempo y fundamentación) y el tercero anida el trámite propiamente dicho afinando con los resultados las dos cuestiones precedentes (admisibilidad y pertinencia del recurso).

En líneas generales, conviene recordar que el recurso "ordinario" de apelación se dirige contra: a) sentencias definitivas; b) sentencias interlocutorias y c) providencias simples que causen un gravamen irreparable.

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. 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, CPCCN).

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.

Providencias simples son las de mero trámite, y toleran de acuerdo con su contenido o modalidades el recurso de apelación cuando en la sentencia de primera instancia no se han resuelto suficientemente. Por ejemplo, una providencia es susceptible de provocar un gravamen irreparable en los términos del artículo 242, inciso 3, cuando una vez consentida sus efectos no pueden ser subsanados o enmendados en el curso ulterior del procedimiento, como sucedería en el supuesto de impedir o

tener por extinguido el ejercicio de una facultad o derecho procesal, e imponer el cumplimiento de un deber o aplicar una sanción.[3434]

650.1 Legitimación e interés para recurrir

La función teórica de la legitimación fue analizada con anterioridad. Corresponde ahora ver cómo funciona en la segunda instancia, para relevar si ella es una continuación de la personalidad habida en el proceso o, en su caso, si el recurso de apelación exige acreditar como legitimación una calidad diferente a la prevista como presupuesto de la acción.

La cuestión trasciende el espacio teórico porque tiene notorias implicancias prácticas que se advierten en las corrientes que debaten los efectos y extensiones que siguen a la persona del recurrente. Una de ellas se basa en un principio particular que surge en esta instancia: "el principio de la personalidad de la apelación". Significa que el recurso aprovecha únicamente a la persona que ha recurrido; y se opone al "principio de comunidad", que toma al recurso en beneficio de todos quienes se encuentran en la calidad de parte o terceros; sin perjuicio de una tercera opción llamada "adhesión a la apelación", por la cual quien no apela puede acompañar a la parte u otro litisconsorte en los fundamentos que aporta.

Volveremos sobre estas teorías, pero en la antesala aparece un problema de *legitimación* para obrar que difiere del concepto general antes visto. Recordemos que la legitimación puede considerarse como una cuestión constitucional vinculada o formando parte del acceso a la justicia, de modo que, por vía de principio, no debiera sufrir restricciones.

En segunda instancia, la libertad para entrar no es tan simple, porque en lugar de legitimación propiamente dicha, el presupuesto natural del recurso de apelación es el *gravamen* y el *interés* en llevar a revisión la sentencia que lo produce. *Gravamen* en el sentido de que la ausencia de él supone la inexistencia de una revisión del pronunciamiento favorable o que no aflige el interés de quien pretendiera postular el reexamen. El *interés* es analizado desde el principio dispositivo (el recurso no procede de oficio sino a petición de parte) y de motivos que permitan considerar al recurrente como afectado por el pronunciamiento.

3434. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Abrego y Goncalves S. A.", 24/9/1999, *LL*, 2000-B-564; *DJ*, 2000-2-471.

Por otra parte, tampoco se persigue entrar al proceso, sino acceder a una instancia de reinspección sobre el foco litigioso que el mismo recurrente propone, de manera que el *prius* del ingreso depende del resultado habido en primera instancia.

Sin embargo, aclara Rivas:

> Frente al principio general que excluye la posibilidad de la posibilidad de apelar al vencedor, pues no sufre agravio y por ende no tiene interés para hacerlo (salvo que impugne, frente a un triunfo parcial, por los aspectos en los que no prosperó su postura), corresponde admitir excepciones en los casos en que la sentencia, no obstante conceder la victoria a una de las partes, coloca la cuestión en punto tal que deja abierta la posibilidad de que la perdedora frustre *a posteriori*, utilizando la ley, el logro del objeto de la pretensión.[3435]

Podetti ejemplifica el caso con el juicio de desalojo con causales y la sentencia que toma sólo en cuenta la falta de pago, durante la vigencia de leyes que permitían continuar en la locación una vez satisfecha la deuda.[3436]

Ahora bien, si el presupuesto es el gravamen que llega desde la sentencia, esta resuelve condenaciones principales para las partes y accesorias que vinculan a ellas y también a terceros (*v. gr.* honorarios). Además, los terceros alcanzados por el pronunciamiento (art. 96, Cód. Proc.) tienen un derecho propio al recurso, como lo consiguen, también, aquellos que se agravian contra otras providencias, simples o interlocutorias, que refieren a la participación que tuvieran en el proceso.

De ahí provienen legitimaciones diferentes, pero en realidad, antes que una "legitimación para obrar" propia referida a la situación jurídica que sostienen en el proceso, la que se relaciona con el derecho al recurso llega directamente del *interés afectado* que, por ser jurídicamente relevante le otorga derecho a la apelación.

3435. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. I, p. 242. Por ejemplo, se afirma que es admisible el recurso de apelación interpuesto por el demandado que resultó vencedor en el juicio si la declaración de derecho contenida en la sentencia, en lo que respecta a la excepción de falta de legitimación pasiva por él opuesta, difirió de la reclamada al momento de oponerla, por lo cual podría resultar eventualmente frustratoria de su interés (CNCom., Sala D, "Molina, Adriana M. c./ Banco Hipotecario S.A.", 14/8/2007, *LL*, 2007-F-26).

3436. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 126.

a. En este orden de ideas, el principio general es que "las partes" son quienes tienen el principal interés en la revisión de toda sentencia que les resulte desfavorable. La condición de parte comprende no sólo a los que participan en el proceso, sino también a aquellos que, sin haber comparecido a pesar de estar debidamente notificados, hubieran podido hacerlo (*v. gr.* rebelde; tercero citado, etc.).[3437]

No obstante, la claridad del caso no impide encontrar dificultades en la etapa recursiva, porque quien es parte en primera instancia puede perder esa calidad ante una defensa perentoria sobre el derecho de acción o vinculado con la personería que ejerce, en cuyo caso, la condición de parte se torna ambigua. Por ejemplo, la Corte Nacional sostiene que corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia que, al confirmar parcialmente el pronunciamiento de grado, declaró la falta de legitimación de la parte actora para promover la demanda de nulidad de dos resoluciones del Banco Central de la República Argentina que dispusieron el retiro de la autorización para funcionar de tres entidades de su propiedad, así como la quiebra de dos de ellas, y se le abonen los daños y perjuicios, ya que el reclamante no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo* y nada manifiesta con relación a las circunstancias tenidas en cuenta para circunscribir el objeto de la demanda a la nulidad referida.[3438]

También, se afirma que los acreedores hipotecarios, con relación a los cuales se dispuso poner en conocimiento la sentencia que ordenó la escrituración de un inmueble de la fallida, no son parte en el incidente de revisión, por lo que carecen de facultades para recurrir la decisión que allí se dicte.[3439] Lo mismo sucede cuando se rechaza el recurso y se lo declara mal concedido,

3437. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, op. cit.*, T. I, p. 232.

3438. CSJN, Fallos: 332:752, "Defranco Fantín, Reynaldo Luis c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y otros".

3439. CNCrim. y Correc. Federal, Sala I, "Fayt, Carlos y otros", 25/3/2009, *LL*, 2009-B-67, con nota de Emiliano Bardelli; *Sup. Penal*, 5/2009, 59, *LL*, 2009-C-460.

si el apoderado de la sociedad anónima querellante se agravia contra el auto que desestimó la denuncia por inexistencia de delito, pues, si bien el poder general para asuntos judiciales otorgado a favor de aquel alcanza para formular la denuncia penal, no es suficiente para el ejercicio de la vía recursiva contra el pronunciamiento desestimatorio de la denuncia.[3440]

Otras veces, atendiendo el "carácter" de la relación jurídica se dispone, en atención al criterio general fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que corresponde concluir que los cuotapartistas de un fondo común de inversión carecen de legitimación para demandar de modo particular solicitando la disponibilidad inmediata de las sumas correspondientes y para alterar la composición del patrimonio común, pues afectan los derechos del resto de los integrantes de dicho fondo, en virtud de la indivisión del patrimonio, y además porque su administración se encuentra en cabeza de la sociedad gerente.[3441]

b. En los casos de *litisconsorcio* el recurso interpuesto por cualquiera de quienes lo integran favorece, eventualmente, a los demás a condición de que la resolución cuestionada verse sobre temas comunes, porque si refiere a una petición estrictamente personal de uno de los litisconsortes, es obvio que el consentimiento de este no puede suplirse a través del recurso de otro. Tal es el caso del litisconsorcio *necesario*, donde el problema surge con los efectos del recurso respecto a los integrantes de la parte que guardan silencio o a quienes se les declara desierta la impugnación. Frente a ello cabe considerar la naturaleza del agravio: si versa sobre aspectos o cuestiones particulares que hacen exclusivamente a su relación personal, el fallo queda firme respecto de quienes no ejercieron en tiempo y forma el derecho de recurrir. No obstante si, contrariamente, la materia objeto de agravio comprende cuestiones de carácter general o común, consideradas y resueltas con relación a todos los litisconsortes, la sentencia no queda firme para quienes omitieron recurrir o

3440. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, "Carlino, Susana B. y otro c./ Poder Ejecutivo Nacional", 6/3/2008, *IMP*, 2008-15 agosto, p. 1357.

3441. CN Penal Económico, Sala B, "Vago, Gustavo Ángel y otros contribuyente Skanska S.A.", 18/2/2008, LL *online*.

fueron deficientes con ella, toda vez que el pronunciamiento que en definitiva recaiga es único.

El principio de igualdad colabora para dar eficacia a la sentencia, porque ya que se trata de un proceso acumulativo con variedad de sujetos en una u otra posición de parte, pero bajo una misma relación jurídica, las soluciones no podrían ser incompatibles por el riesgo de la contradicción interna y la imposibilidad de ejecución. Por ejemplo, la acción de escriturar tiene naturaleza indivisible y para su adecuado planteo y resolución es necesario constituir un litisconsorcio necesario entre los deudores de dicha obligación de hacer; donde la actividad de uno beneficiará a todos o los perjudicará si los demás guardan inactividad y el recurso no prospera conforme los intereses planteados.[3442]

La revocación de la sentencia condenatoria como consecuencia del recurso exitoso del demandado beneficia a su aseguradora que, por no expresar agravios, pierde la apelación que le fuera concedida, ya en el litisconsorcio pasivo necesario los actos que aprovechan a uno de ellos benefician al otro.[3443]

En cambio, si el litisconsorcio es *facultativo*, cada uno de sus integrantestiene autonomía procesal, de manera que los recursos interpuestos sólo benefician a quienes los opusieron, salvo que se relacionen con el tenor de las defensas introducidas en los agravios. Por eso, si estas contienen fundamentos de carácter general o común, porque atañen a la esencia de la relación jurídica, la expansión del beneficio surge como un efecto natural de la revocatoria, donde la actividad exitosa de uno repercute en los demás aunque hayan permanecido inactivos.

650.2 La personalidad de la apelación

La situación del litisconsorcio es un buen punto de partida para comprender las teorías que razonan el principio de "personalidad de la apelación". En efecto, en el caso de que una sentencia alcance a diversos

3442. CNCiv., Sala G, "Carbonero, Isidoro Antonio c./ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro", 18/6/2008, LL *online*.

3443. CNCiv., Sala E, "Ariosto, Roberto C. y otro c./ Toscano, Pablo G. ", 15/9/2006, LL *online*.

litisconsortes donde no apelan todos sino algunos, la regla de convalidación de los actos, de preclusión de ellos, del deber de expresar la intención de apelar, y esencialmente, de la eficacia de la cosa juzgada impacta en la cuestión de la personalidad del recurso, según el cual, sólo se beneficia quien apela y en la medida del interés jurídico que procura tutelar.

Esta regla constituye justamente la contracara de la figura también de cuño procesal denominada *extensión subjetiva de los recursos*, que se refiere al conjunto de personas a quienes alcanza la cosa juzgada.

Un voto meditado y profundo de Hitters[3444] sostiene lo siguiente:

> La doctrina se ha ocupado de esta problemática generalmente en el ámbito de la apelación pero la respuesta es válida para todos los recursos. En el antiguo derecho romano imperaba el principio del *beneficie comune remedii*, en el sentido que el alzamiento de un colitigante producía efectos para todos los litisconsortes. En el ámbito comparado e inclusive en el campo autoral se aprecian dos corrientes sobre el particular, ya que un sector –el mayoritario– está por el *principio de la personalidad* del recurso, considerando que la interposición de dicho sendero sólo aprovecha a quien lo ha propuesto; en cambio otros –por el contrario– propugnan la *extensión subjetiva* de este medio, en determinadas circunstancias, partiendo de la base que el ataque de uno vale para todos los participantes. Por ejemplo el artículo 509 del *Código de Processo Civil* del Brasil participa de esta última postura al receptar que el recurso interpuesto por uno de los litigantes aprovecha a todos salvo que sus intereses sean distintos o contrapuestos. Habiendo solidaridad pasiva el recurso incoado por un deudor beneficia a los otros cuando las defensas opuestas al acreedor les fueren comunes.
>
> En esos casos –dice el jurista brasileño Barbosa Moreira– la puesta en marcha de este remedio se extiende a todos, inclusive a aquellos que desistieron de la impugnación.[3445] En cambio la jurisprudencia francesa, tomando la opinión de Merlín, se apartó del esquema romano y también canónico, regenteando el principio opuesto –que hoy ha ganado adhesión mayoritaria– permitiendo que la apelación tenga un efecto

3444. SC Buenos Aires, "Quintana, Carlos contra EMESEC S.A. y otros. Daños y perjuicios", 13/8/2008, Acuerdo N° 2078.

3445. Barbosa Moreira, José Carlos, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, Forense, 7ª edición, 1998, p. 373.

personal;[3446] criterio adoptado luego por la jurisprudencia italiana, no sin algunos cabildeos.[3447]

Como es por demás sabido, nuestro Código del rito no resuelve expresamente esta cuestión, aunque los doctrinantes argentinos casi unánimemente se han pronunciado por la personalidad de las impugnaciones. Empero, y como resulta obvio, si se trata de una sentencia que condena a prestaciones solidarias o indivisibles, la respuesta varía, pues si el superior modifica el pronunciamiento atacado, ello perjudica o beneficia a todos los litisconsortes, y esto también acontece, en situaciones donde están en juego las denominadas obligaciones *in solidum* [...]

La regla es entonces la de la personalidad de los meandros impugnatorios, pero ello es así en la medida que cada una de las prestaciones que dispone la condena tenga cierta independencia; mas cuando el contenido del decisorio es indivisible o solidario, y si todos los legitimados pasivos deben saldar un crédito común, la cuestión varía y aquí renace como el Ave Fénix el criterio romano canónico del *beneficie comuni remedii*, esto es el de la extensión subjetiva de los recursos.[3448]

Principiando el análisis de la cuestión desde la vertiente dikelógica, ¿es justo que en el caso aquí juzgado, un litisconsorte, deba cumplir la condena en tanto que el otro sea absuelto de ella cuando se trata de un mismo hecho litigioso con idénticas consecuencias jurídicas? Qué pasaría, para ir a un ejemplo más drástico, si varios legitimados pasivos son condenados a abonar una obligación solidaria o indivisible, y unos apelan y otros no, y luego el *ad quem* anula el pronunciamiento en beneficio de los impugnantes, o hace lugar a una eventual reconvención, y alguno de los deudores, antes perdidosos, finalmente pasan a ser acreedores. ¿Puede suceder que por aplicarse el principio procesal de personalidad de la apelación; en un único tema en disputa, por una causa idéntica, unos coaccionados resulten acreedores y otros deudores, cuando todos responden a una idéntica situación jurígena? ¿Es justo que en un accidente de tránsito, por ejemplo el dueño del vehículo que es traído al pleito por responsabilidad refleja, tenga que saldar las reparaciones, y el conductor culpable del evento, no sólo no abone, sino que cobre en la hipótesis de que triunfe ante el *ad quem* en una eventual reconvención? La respuesta

3446. Costa, Agustín, *El Recurso de Apelación en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Asociación de Abogados, 1950, p. 58.

3447. Mattirolo, Luis, *Tratado de Derecho Procesal*, vol. IV, p. 337.

3448. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, T. I, p. 94.

desde la vertiente de la mera lógica y por la justicia del caso parece obvia, estaríamos en presencia de un verdadero escándalo jurídico y también lógico, algo así como que una cosa sea y no sea a la vez; o que el justo vaya al infierno y el pecador al cielo.

El recordado maestro latinoamericano Eduardo Couture se apontoca en el principio de la personalidad de los recursos, pero con la aclaración de que ello es así en la medida que no opere la excepción a aquella regla; y esta se configura justamente en los casos de solidaridad o de indivisibilidad de la prestación.[3449] Aunque aclara que tal solución no se da para evitar sentencias contradictorias, lo que para él no disminuye el prestigio de la solución, sino por razones sistemáticas. En esto último me permito disentir con el insigne jurista montevideano, pues por lo menos desde el cuadrante de nuestra legislación sustancial, fácil es advertir que ella busca evitar el estrépito de pronunciamientos judiciales contrapuestos, por ejemplo en la hipótesis que un fallo civil pueda contradecir a una sentencia penal (arts. 1101 a 1103 del Código Civil). Y ello con más razón si el contrapunto surge de una misma sentencia.

Se ha expresado que el principio dispositivo no le permite al *ad quem* conocer puntos no planteados por el recurrente, pues ello afecta el postulado de la congruencia; y si un litigante no ataca la decisión, esta –para él– pasa en autoridad de cosa juzgada. Esa es la regla, pero tanto en las condenas *solidarias*, como en las *indivisibles*, o en las *in solidum*, juega la excepción. Y este no es el único caso que modifica la pauta antes apuntada, pues cuando opera el instituto de adhesión a la apelación, obviamente el vencedor no puede recurrir, sin embargo si tiene éxito el embate de su contrario, el superior debe tratar sus agravios, aún –obviamente– sin la apertura recursiva del que antes había sido triunfador. Este es solo un ejemplo.

Quiero reiterar, que la regla –aunque no pétrea– es la de personalidad de las vías de ataque, pero como una goma, puede estirarse o contraerse según lo aconsejen las circunstancias.

Es cierto que algunos autores y parte de la jurisprudencia han admitido la dicotomía entre las obligaciones solidarias y las *in solidum*. Se ha dicho que la teoría de la solidaridad tuvo nacimiento en el derecho romano, conocida con el nombre de *correalidad*. Para algunos autores existen dos clases de solidaridad: la *perfecta* o *correalidad* y la *imperfecta* o *in solidum*. No obstante, como dice Salvat, tal bifurcación no fue aceptada por todos

3449. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 370.

> y hasta había sido discutida por los sabios romanistas.[3450] Lo cierto es que muchos publicistas, como De Gasperi, admiten la existencia de una solidaridad imperfecta que caracteriza a las obligaciones *in solidum*. [...] No obstante lo expresado y aun reconociendo la existencia de ciertos rasgos distintivos entre las solidarias y las *in solidum* –como por ejemplo la diversidad en materia de prescripción– lo cierto es que en mi parecer, a los fines aquí en juego, tales diferencias no son de esencia, ni suficientes para desglosarlas de las pautas de la solidaridad (art. 701 del Código Civil), por lo que es necesario aplicar a ambas el mismo régimen sustancial y adjetivo, y por ende aparece la excepción al principio procesal de la personalidad de los recursos, retornando el postulado del *benefici comuni remedii*.

Ahora bien, esta expansión que se conoce también como "comunidad del recurso", admite extensiones en los efectos del recurso interpuesto por uno de los litigantes a quienes se encuentran ocupando la situación de parte adversa; es decir, no ya al beneficio eventual del litisconsorte sino a quien es contraparte. En tal supuesto, apelando la actora, su recurso aprovecha también a la demandada, y consecuentemente, el tribunal de apelación puede modificar la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante.[3451]

Esta posición es mucho más amplia y permite decir a parte de la doctrina que sería un deber del tribunal que realiza la revisión considerar aun de oficio, todas las partes del fallo que se consideren equivocadas, aun las no denunciadas en el recurso, toda vez que su tarea es hacer justicia y no dar crédito o renegar de la versión acomodada a las pretensiones. Por ello se fustiga el principio de la *reformatio in pejus* y se propugne el abandono del principio de la personalidad del recurso.[3452]

No es lugar para más desarrollos dado que sólo es una visión de los problemas teóricos que presenta el recurso de apelación; pero es conveniente advertir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha defendido la personalidad del recurso, señalando que los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que le acuerdan los recursos concedidos para ante ellos, que determinan el ámbito de su competencia

3450. Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho* civil, Buenos Aires, La Ley, 1946, T. II, p. 59.

3451. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, op. cit.*, T. I, p. 94.

3452. Es la posición de Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Aguilar, 1966, p. 663.

decisoria. Y al prescindir de esa limitación y resolver la liberación del codemandado que había consentido la sentencia condenatoria, entendió que la Cámara había causado agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad (arts. 18 y 17 resp., CN) que habían sido expresamente invocadas por la recurrente.[3453]

650.3 Formas de la apelación

La presentación directa del afectado que es parte, en sentido procesal, se denomina "apelación principal". Ronda el principio dispositivo que concede al recurrente una facultad, antes que una carga. Es decir, el recurso es voluntario y no forzoso (por eso es discutible el deber de apelar toda sentencia que tienen los abogados del Estado).[3454]

El presupuesto es el agravio, de forma que si no se infiere lesión al derecho cuyo reconocimiento se gestiona, no existe "obligación" ni razón de apelar o manifestar disconformidad con las apreciaciones de derecho

3453. CSJN, Fallos: 319:3365.

3454. Aun con limitaciones como la del art. 193 de la Ley N° 11683 que establece: "La Dirección General Impositiva y la Dirección General de Aduanas, dependiente de la Administración Federal de Ingresos Públicos, deberán apelar las sentencias desfavorables, en tanto afecten al Fisco, e inmediatamente elevarán un informe fundado a la Subsecretaría de Política Tributaria -dependiente de la Secretaría de Hacienda- o el organismo que la reemplace, quien podrá decidir el desistimiento de la apelación interpuesta". La Corte Suprema de Justicia de la Nación recepta este criterio de abuso recursivo, y ha sostenido que, la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley N° 24463 se aviene con la necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional, respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales y que hoy tienen reconocimiento constitucional [...]. Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquellos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que este cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos [...]. La aplicación en el tiempo de los nuevos criterios –inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley N° 24463– ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (CSJN, "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", 29/3/2005, Fallos, 328:566).

que el sentenciador haga al pronunciar su fallo. El interés es la medida del derecho, y la apelación no procede sino por su lesión, que consiste en el perjuicio que recibe el apelante de la parte dispositiva de la sentencia. De manera que, si la resolución que favorece a una parte es apelada por otra, toda la cuestión materia del litigio pasa al superior en la misma extensión y con la misma plenitud con que fue sometida al inferior.

Se plantea así un supuesto de *apelación implícita*, es decir, cuando en la resolución del recurso se tiene en cuenta lo alegado oportunamente por quien no recurre por haber logrado una sentencia favorable. Tal doctrina tiene fundamento en elementales reglas de lógica formal, en conexión con los necesarios resguardos que conciernen a la garantía de raigambre constitucional de la defensa en juicio (art. 18, CN) porque de otro modo puede suceder que la alzada, admitiendo la razón del recurrente, en lo que es la materia de su agravio, dejara de considerar, en perjuicio de su contraparte, todo aquello que propusiera en su oportunidad. Ello no implica aceptar que el recurrente traiga implícito en su recurso los agravios que el fallo pudiera causar a su contraparte, sencillamente supone, que antes de considerarse sus razones, ha de verse si ellas podían confrontarse con éxito con las cuestiones no consideradas o desestimadas por el juez *a quo*.[3455]

3455. En un viejo fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (causa B 9858, sent. del 11-V-1912; "Acuerdos y Sentencias", Serie VII, T. V, p. 82) se decía que no infringiéndose lesión al derecho cuyo reconocimiento se gestiona no existe "obligación" (*rectius*: razón) de apelar o manifestar disconformidad con las apreciaciones de derecho que el sentenciador haga al pronunciar su fallo. Como lo sostienen los tratadistas, el interés es la medida del derecho y la apelación no procede sino por su lesión, que consiste en el perjuicio que al apelante cause la parte dispositiva de la sentencia. De manera que si la resolución que favorece a una parte es apelada por otra, toda la cuestión materia del litigio, de acuerdo con la regla que dejo establecida, pasa al superior en la misma extensión y con la misma plenitud con que fue sometida al inferior. Por la apelación, lo único que se hace es transportar el derecho de un tribunal a otro y por tal razón esta Corte ha consagrado el principio de que en las sentencias las cuestiones deben plantearse de conformidad con lo alegado y probado y de lo resuelto por el inferior. Esta regla como lo demuestro –concluía el voto del doctor Escobar– es legal y justa; porque se evita el desorden en la tramitación de los juicios, que se introduciría obligando aun a los favorecidos por una sentencia a apelar o manifestar en disconformidad con los fundamentos que no le favorecieren y además se evita que en su silencio, caso de apelar la contraparte, se resuelvan las cuestiones en una sola instancia. Esta doctrina ha sido repetida numerosas veces ("Acuerdos y Sentencias", Serie 19, T. III, p. 411; T. IV, p. 200; T. VI, p. 569; Serie 20, T. I, p. 512; T. III, p. 533; 1957-II-87) y tenía antecedentes en casos de mayor antigüedad (*v. gr.* serie 3ª, T. IX, p. 200).

Algunos señalan que es mejor denominar esta suerte de recurso indirecto o derivado como *apelación adhesiva*, pero nos parece incorrecto llamarlo así, porque la adhesión es una apelación tardía de la parte que resiste la condición de apelada en el recurso principal. Ello sucede cuando entre las partes hay comunidad de intereses y el agravio puede considerarse común, entonces, la apelación de uno de ellos admite la "adhesión" de los demás, realizada después de haberles vencido el plazo para interponer el recurso propio. Este supuesto de litisconsorcio es muy particular porque se elabora sobre la idea de actuaciones independientes del grupo que no tiene unificada la representación, donde la apelación de uno sólo beneficia a los demás (en este tiempo, se refiere a la interposición y no al efecto que se consiga de una sentencia favorable).

Sin embargo, la adhesión, aunque no necesita fórmulas expresas en tanto la voluntad resulte inequívoca, tampoco es tan informal para generar equívocos o soluciones imprevistas.

En la provincia de Córdoba, por ejemplo, la Ley N° 8465 regula en el artículo 372 la adhesión al recurso, pero no ha establecido la forma como debe ser articulada. El silencio de la ley, por una parte, y la evolución de los sistemas procesales, que han superado ya definitivamente las sacramentales formas del procedimiento formulario, por la otra, llevan a considerar que basta para tener por efectuada la adhesión al recurso la manifestación inequívoca de voluntad dirigida a obtener la modificación de la sentencia recurrida de contrario. Cualquier declaración que se haga en el escrito de contestación de agravios se tiene como adhesión al recurso, pero sólo cuando reúna ciertas condiciones mínimas. No puede ser de otro modo: la manifestación de voluntad debe ponderarse en el conjunto y este contener el motivo de reproche, la razón de la queja, del perjuicio que ocasiona el fallo en discusión.

Con relación al contenido de la expresión de agravios, se ha dicho que, por mandamiento legal, debe ser una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideran equivocadas, no bastando las simples generalizaciones ni las apreciaciones meramente subjetivas que demuestren un enfoque diferente del otorgado por el juzgador. Por eso, la adhesión no se cumple con las recordadas exigencias cuando el apelante manifiesta mera disconformidad con el fallo de primera instancia que considera injusto, sin suministrar argumentos jurídi-

cos que funden un punto de vista diferente, reiterando alegaciones ya efectuadas y examinadas por el *a quo*.[3456]

Las modalidades de la apelación no se detienen en la *principal* y la *adhesiva*; para Ugo Rocco debe distinguirse entre varios tipos de ellas: la *apelación principal*, la *apelación incidental*, la *apelación adherente* y la *apelación entre coapelados*. La *apelación principal* se da:

> … cuando una de las partes vencidas en el juicio de primer grado impugna la sentencia autónoma e independientemente de cualquier otra impugnación que pueda haber sido propuesta contra la misma sentencia. *La apelación incidental* opera […] "cuando la impugnación es presentada por aquel respecto del cual ha sido propuesta una apelación principal en la que figura él como apelado".
>
> La apelación incidental presupone que haya una sentencia en parte desfavorable a una de las partes y en parte desfavorable a la otra, esto es, un parcial vencimiento, de la una y de la otra parte a esta apelación, en analogía con lo que ocurre a consecuencia de la proposición de las excepciones reconvencionales, la doctrina suele llamarla "*apelación incidental reconvencional*", pero ello no es más que una semejanza, teniendo en cuenta que en las excepciones reconvencionales se extiende el tema del debate más allá de los límites de la demanda originaria del actor, mientras que en la apelación incidental, el tema del debate continúa siempre circunscripto en los límites de las providencias "*hic inde*" solicitadas en primera instancia por el apelado y que no ha tenido suerte en el juicio formulado por el órgano de primera instancia.
>
> La *apelación adherente* se propone también en la forma de apelación incidental, de manera que en la doctrina es denominada "*apelación incidental adherente*"; tiene la característica de poder ser propuesta por aquellos que habiendo quedado vencidos en el juicio de primer grado, cuando les sea notificada, en vía principal o en la vía accidental, apelación contra una sentencia en que también ellos han quedado vencidos, en vez de proponer una impugnación separada, se valen de la apelación propuesta por otros, adhiriéndose a ella; la característica de esta forma de apelación, consiste en el hecho de que el apelante por adhesión no propone motivos de apelación distintos de los ya propuestos en vía principal o en vía incidental, sino que se adhiere a los motivos de apelación propuestos por otros apelantes.
>
> Y refiriéndose a la apelación entre coapelados, dice Rocco que el nuevo Código de Procedimiento Civil declara en un apartado del art. 343, que

3456. Cámara 1ª Civil y Comercial, Córdoba, 21/10/2004, Sent. 190 *Eldial.com*.

> el interés para apelar puede surgir "de la impugnación propuesta por otra parte, que no sea el apelante en vía principal", esto es, que supone la hipótesis de una apelación incidental por parte de un apelado frente a otro sujeto también él apelado; esta apelación incidental entre coapelados puede referirse a aquellas partes de la sentencia que hayan sido excluidas por el apelante principal o por el apelante incidental, pero que en virtud de las apelaciones pueden constituir un perjuicio para el coapelado, proveniente de las apelaciones propuestas".[3457]

El fundado trabajo de Loutayf Ranea recuerda el debate habido en orden al cuadro de apelaciones principales o secundarias, trae a Jaime Guasp al ruedo y señala con él:

> … al lado de la apelación principal "existe otra que se produce cuando la parte que no ha promovido la impugnación la interpone, no obstante, en una segunda instancia ya provocada por una apelación principal que otro formuló. Se tiene así un recurso de apelación *secundario* o *derivado*, en cuanto que nace sólo porque está pendiente el proceso de impugnación abierto por otro y en tanto en cuanto este se mantiene". Suele llamarse a este tipo secundario o derivado de apelación, *apelación adhesiva*, siendo, no obstante, el nombre equívoco, porque puede dar a entender que la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia, sino en virtud de la iniciativa asumida por el contrario. El derecho positivo español –agrega– conoce estos tipos de apelación principal y de apelación secundaria o derivada, a la que llama *adhesión a la apelación*, si bien con el error que consiste en configurar esta segunda apelación, más que como una apelación dependiente de la primera, como una "apelación principal" que puede formularse tardíamente".[3458]

La *apelación adhesiva* en nuestro sistema procesal exige que haya un recurso articulado por la parte contraria que viene a constituir el soporte donde se apoya el adherente. La apelación principal abre la instancia.

3457. Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. III, Depalma-Temis, Buenos Aires/Bogotá, 1969, pp. 341 y ss. Tomado de Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, pp. 316-317.

3458. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. II, p. 774, citado por Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, pp. 316-317.

También es necesario que apelante principal y adhesivo tengan agravios, por generar la sentencia vencimientos mutuos y parciales, o sea que el adherente no está limitado por los alcances de la apelación principal, sino que puede impugnar puntos diversos de la misma sentencia, siempre que lo decidido al respecto le ocasione gravamen.

De suyo, la conformidad prestada por la parte a la sentencia impide una adhesión posterior, por ejemplo, el desistimiento de la apelación expresa; o la convalidación después de ser notificado, etcétera.

Sostiene Podetti, que la adhesión:

> ... no cubre la negligencia que importa la deserción del recurso por no haber presentado oportunamente o en la forma debida la expresión de agravios, ni el caso en que el recurso de apelación haya sido desestimado por inadmisibilidad formal, incluso por haberlo deducido fuera del plazo.[3459]

Sin embargo, aclara Loutayf Ranea, la interposición de un recurso principal fuera de plazo no debiera impedir la adhesión posterior. En realidad, frente a la preclusión de la etapa por vencimiento del plazo, poca importancia tiene el que la parte interponga luego la apelación principal o no como para negar la adhesión posterior en el primer caso y admitirla en el segundo. La preclusión de la etapa sin aprovecharla es común para ambos supuestos, y no se advierten motivos que justifiquen que justamente a quien ha mostrado su interés en la impugnación, interponiendo la apelación extemporánea, se lo castigue por tal circunstancia negándole la posibilidad de la adhesión posterior. Tampoco debería impedir la adhesión el hecho de que previamente se hubiera interpuesto una apelación principal por quien no justificó debidamente la personería; si este acto (la interposición de la apelación principal) no puede resultar en beneficio de la parte al no poder ser tenido como una apelación suya debido al defecto de representación, tampoco puede redundar en su perjuicio como para impedirle luego la adhesión a la apelación principal de la contraria.[3460]

En síntesis, la adhesión al recurso de la contraria es un caso muy particular que tiene dos visiones posibles. Por un lado, la de aquellos que afirman que se concede a quien la sentencia le ha sido parcialmente

3459. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 188.

3460. Loutayf Ranea, Roberto, "La apelación adhesiva", *Revista de Derecho Procesal*, Nº 3 –Medios de Impugnación. Recursos II–, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 138.

desfavorable, para que exprese sus agravios en la alzada, cuando no quiso apelar en forma originaria y principal, para no demorar el trámite de la causa y obtener la sentencia –con la correspondiente cosa juzgada– que ponga fin a la cuestión litigiosa. Por otro, la visión de los que opinan que la falta de apelación (en forma principal) del adherente no es vista como el deseo de este de no prolongar el pleito; por el contrario, considera que ha sido una actitud negligente de la parte en la defensa de su derecho. Por ello, los sostenedores de esta concepción no son partidarios del instituto de la adhesión a la apelación; o al menos consideran que la apelación adhesiva debe ser meramente accesoria o condicionada a la principal, en el sentido de que no puede el adherente gozar de las mismas ventajas y derechos que el apelante principal, porque ello sería premiar la negligencia del primero; además, de tal forma, se convertiría a la adhesión en una "censurable apelación principal tardía".[3461]

651. Apelación del tercero

La estructura de los procesos contradictorios se implementa entre sólo dos posiciones antagónicas distintas, la de quien es demandante y de quien resulta demandado. A su vez, cada parte puede agregar varios sujetos que coinciden en el interés jurídico que se ventila, generando la figura del litisconsorcio, activo o pasivo, según la unidad de criterio esté en el actor o en el accionado.

Quien tiene intereses diferentes, pero puede quedar alcanzado por la sentencia es un tercero, cuya participación como parte, en sentido procesal, es muy cuestionado en la doctrina; situación que impacta notablemente al tener que señalar la posibilidad de apelar el pronunciamiento que lo afecta directamente.

En estos casos, lo primero que se debe destacar es que en los procesos con pluralidad de sujetos no todos son partes, sino quienes son traídos a integrar esa calidad en forma *voluntaria* (litisconsorcio facultativo) u *obligados* (litisconsorcio necesario). En el primer caso, las partes mismas buscan la posibilidad procesal de que cuando exista una controversia homogénea, sea resuelta para todos, de una sola vez y por

3461. Loutayf Ranea, Roberto, *La apelación adhesiva, op. cit.*, p. 146.

esa razón (art. 88, Cód. Proc.); pero puede acontecer, y de hecho sucede, que no todos los sujetos que podrían haber dado nacimiento al litisconsorcio facultativo lo hicieran *espontáneamente* y, entonces, por la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes y su proyección en el campo procesal, la sentencia no será útil porque no estará en condiciones de ser pronunciada con relación a varias partes; en otros términos, si estas partes no intervienen en el proceso, aunque se llegara a pronunciar sentencia, esta será *inutiliter data*.[3462]

La necesidad de integrar el proceso con todos aquellos a quienes la sentencia puede comprender tiene varios fundamentos, entre los que se destaca la necesidad de evitar el dispendio procesal que origina el trámite de varios procesos por la misma causa. Podría darse, inclusive, el caso de sentencias contradictorias. La idea dominante es, por consiguiente, la conexidad por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez, de las acciones (o pretensiones) cuyos titulares se disponen a litigar.

Ahora bien, dice Colombo:

> El esbozo acerca de la función que cumple el litisconsorcio tiene por objeto delimitar, por contraste y dentro del ámbito de los procesos con pluralidad de partes, el área propia de la intervención de tercero. La necesidad de integrar la litis, puede surgir no sólo respecto de quienes son originariamente partes, sino también en cuanto a terceros que, por la naturaleza de la relación que los vincula con quien promovió el juicio y aquel contra quien fue deducido, son *potencialmente* partes o, como también podríamos decir, tienen vocación jurídica de parte. Debe distinguirse, por lo dicho, los conceptos de *tercero y* de extraño: este último no tiene absolutamente nada que ver con el proceso ni con quienes en él actúan. Los terceros en sentido procesal, en cambio, pueden estar colocados en algunas de estas situaciones: *a)* Ser afectados en su interés propio por la sentencia que se pronuncie en el juicio que se está sustanciando en otros. (art. 90, inc. 1º, intervención adhesiva simple). *b)* Tener legitimación (según las normas del derecho sustancial) para haber demandado o haber sido demandado en ese juicio que está tramitando entre otros (art. 90. inc. 2º, intervención adhesiva autónoma o litisconsorcial). Se comprende que, en estos supuestos, la ley otorgue a ese tercero la *facultad* de requerir al juez que se lo admita a intervenir en el juicio, es decir, que se lo convierta en parte, pasando a ocupar en ese

3462. Colombo, Carlos, "El proceso con pluralidad de partes y las figuras procesales que lo integran", *LL*, 1986-D-425.

> proceso que ya está tramitando una posición que bien define el art. 91: en la intervención adhesiva simple "*la actuación del interviniente será accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviere prohibido a esta*".
> La característica esencial de la intervención obligada consiste en que no está instituida para citar a cualquiera que pudiera tener un mero interés en el resultado del pleito que tramita entre las partes originarias, sino a aquel a cuyo respecto consideraren que la controversia es común.[3463]

Las aclaraciones que preceden confluyen para evidenciar que el tercero, aun teniendo un interés compatible pero diferente con el que acreditan quienes litigan, es también una *parte*, y como tal tiene derecho a apelar la sentencia que le resulta perjudicial. Vale decir: tiene legitimación procesal propia. El problema lo tienen quienes son afectados por el pronunciamiento y no tuvieron ocasión ni oportunidad para intervenir en el conflicto ¿pueden ellos apelar, sin haber sido partes?

Los antecedentes de nuestra legislación son españoles, pero en materia de intervención de terceros influye la legislación italiana. En orden a los primeros, hay que considerar la Ley 4, Título 23 de la Partida III que acuerda derecho a recurrir cualquier sentencia al afectado que no reviste calidad de parte; pero los segundos, asignan un derecho de queja fuera del proceso, conocido como "oposición del tercero".

El Código Procesal (art. 96) dice que la sentencia dictada en los autos principales afectará a los terceros como a quienes son partes originarias en el proceso; norma que provoca 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.

3463. Ídem.

Cuando se trata de citación directa, la notificación en los términos de los artículos 94 a 96 del Código Procesal supone convertir en una verdadera parte al tercero citado (por ejemplo, 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; sólo 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 de 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.[3464] 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.[3465]

Ahora bien, si nos guiamos 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; sólo se defiende. En consecuencia, la *litiscontestatio* supone el

3464. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Avellaneda Coop. de seguros Ltda. c./ Capitán y/o Arm. y/o Prop. Buque Prosperity", 16/12/1999, *LL*, 2000-C-901 [42.655-S]; *DJ*, 2000-2-222.

3465. 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* ("Balebona, Manuel c./ Storzi, Daniel", 4/3/1992, *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 debe ser admitido 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) (CSJN, "Barrio Juniors S. R. L. c./ Marich, Santiago", 20/8/1996, *LL*, 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 este puede constituir un antecedente favorable para la fundabilidad de la pretensión de regreso que el demandado pueda interponer frente al tercero (CNCom., Sala B, "Trans Cereal S. R. L. c./ Sogemet S. A. y otro", 13/9/1999, *LL*, 2000-E-601, con nota de Gregorini Clusellas, Eduardo; *DJ*, 2000-3-697).

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.

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, se 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.[3466]

El párrafo final del artículo 96 citado es un agregado de la Ley N° 25488. Por 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 no pudiera argumentar y obtener una sentencia exclusiva, pues le estaría vedado por la materia de debate y decisión donde interviene.

3466. Del voto del doctor Vázquez (CSJN, "Gandolfi de Vanetta, Mercedes c./ Dirección Nac. de Vialidad", 16/4/1988, LL, 1999-F-761 [42.101-S]; *ED*, 182-116).

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 intervención.[3467]

En conclusión, también el tercero alcanzado por los efectos de la sentencia puede apelar de ella dentro del plazo de cinco (5) días contados desde que toma conocimiento efectivo de esta, o se concreta la extensión de la cosa juzgada a su respecto.[3468]

3467. Falcón, Enrique Manuel, *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 88-9).

3468. Loutayf Ranea señala que la jurisprudencia ha permitido el derecho de apelación del tercero que no es parte. Así, se admitió la apelación deducida por el ocupante cuyo desalojo se persigue en la ejecución hipotecaria; o por el postor cuya subasta se trata de anular; o de quien es intimado a depositar una suma de dinero en un proceso donde no intervino.También, al que invocando posesión se opone a la ocupación de un bien denunciado como del concurso y mandado a ocupar por el juez; a la sociedad a quien se le ha corrido traslado de la pretensión del actor, lo que la transformó en parte dentro del incidente procesal; a quien subrogándose en todos los derechos del actor contra el demandado, dio en pago una suma de dinero para satisfacer la acreencia origen del pleito, aclarando que le debía ser devuelto el excedente o comprometiéndose a abonar el faltante de acuerdo con el resultado de la liquidación final. Además, al tercero que alega ser locatario directo del actor del juicio de desalojo y que manifiesta que el demandado sólo es un prestanombre de la resolución que le niega el carácter de inquilino; al comprador de una subasta pública respecto de la resolución que decreta la nulidad de tal subasta; al Banco, aun cuando no sea parte, toda vez que la resolución cuestionada sea susceptible de causarle gravamen por encontrarse relacionada con la procedencia de la aplicación de la legislación de emergencia a los depósitos judiciales; a la entidad privada que se le impone una multa por no contestar oportunamente un informe, respecto de esa multa (Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 241).

652. Apelación *per saltum*

Se denomina apelación *per saltum* al recurso que se utiliza para eludir el tránsito normal por las instancias y permitir que intervenga la Corte Suprema de Justicia de la Nación allí donde exista una causa de gravedad institucional. Precisamente, este es el fundamento (no la causa), antes que la celeridad o urgencia que determinen la necesidad de apresurar una respuesta del Superior Tribunal.

El esquema recursivo se aplica cuando la Corte Suprema, en casos de comprobada existencia de una "gravedad institucional", se introduce en el tratamiento de la cuestión, sin que se hayan pronunciado previamente todas las instancias judiciales, que habilitan el ejercicio de su jurisdicción apelada. De tal suerte, puede haber *per saltum* cuando no exista una sentencia definitiva, o bien cuando no se haya pronunciado aún el denominado "Tribunal Superior de la causa" y la Corte, obviando esa instancia, conozca del tema. A su vez, este conocimiento puede darse a petición de parte o bien de oficio, lo que suscita más controversias aún.

Para Néstor Sagüés, el *per saltum* sólo puede darse a instancia de parte, de lo contrario se estaría confiriendo a la Corte una suerte de poder de policía o de vigilancia sobre el obrar de los otros tribunales que no tiene, salvo cuando actúa por las vías recursivas. En otras palabras, cuando en un determinado proceso judicial existe un interés que excede el mero ámbito de las partes en él involucradas y se proyecta a la comunidad en su conjunto, el caso deja de ser individual: no sólo interesa a dos partes o a algunos, sino que afecta potencialmente a muchos o eventualmente a todos los que pueden ser alcanzados por esa decisión.[3469]

Ahora bien, la descripción no debe llevar a creer que "gravedad institucional" y *per saltum* se identifiquen plenamente. En otras palabras, no siempre que exista gravedad institucional, debe o puede la Corte actuar a través de este remedio excepcional. Indudablemente, para ello debe acreditarse que el recorrido de todas las instancias ordinarias sería causal de un *gravamen irreparable*. Ello es lo que, precisamente, permite a la Corte prescindir de los requisitos procesales que se exigen para su intervención y conocer por salto de instancia.

3469. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional-Recurso extraordinario*, *op. cit.*, T. 2, p. 134.

El problema de adoptarlo como una forma de apelación extraordinaria obedece a la misma jurisprudencia que desarrolló la tesis, partiendo de afirmar en los casos "Dromi" y "Alonso",[3470] que si bien la condición de Superior Tribunal de la causa que debe emitir la sentencia definitiva, susceptible de recurso extraordinario conforme el régimen impuesto por el artículo 6 de la Ley N° 4055, la cumplen las Cámaras de Apelaciones en el ámbito jurisdiccional federal y nacional en materia civil; ello no se puede convertir en ápices procesales frustratorios del control de constitucionalidad oportuno confiado a la Corte Suprema porque

> … sólo causas de la competencia federal, en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional –entendida esta en el sentido más fuerte que le han reconocido los antecedentes del tribunal– y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, autorizarán a prescindir del recaudo de Tribunal Superior, a los efectos que esta Corte habilite la instancia promovida mediante aquel recurso para revisar lo decidido en la sentencia apelada. (Considerando 10).

En el voto en disidencia del Doctor Carlos S. Fayt no se admitió ningún tipo de excepción a lo reglado por el artículo 6 de la Ley N° 4055,

3470. Causa "Dromi", 13/7/1990, CSJN, Fallos: 313-1:630 y "Alonso", 6/9/1990, CSJN, Fallos: 313-2:863, *LL*, 1990-E-97; *DJ*, 1990-2-778. Para Manili los antecedentes son anteriores, criterio que compartimos, pero la fundamentación de razones se dio en estas causas. Dice Manili: "… el primer antecedente en que encontramos que la Corte ejerció su competencia sin que se hayan agotado las instancias previas necesarias para ello fue la disidencia del Dr. Petracchi en el caso 'Margarita Belén' de 1987, en el cual se planteó un conflicto negativo de competencia. El voto mayoritario de la Corte resolvió simplemente la cuestión de competencia, estableciendo cuál era el tribunal que debía ocuparse de la causa. No obstante, el Dr. Petracchi en su disidencia resolvió adjudicar el conocimiento de la causa a la propia Corte, por entender que 'no obstante la situación procesal en que se encuentra la causa… la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar su intervención superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional' ya que 'debe ser desechada toda interpretación que, socolor del aparente respeto a las formas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano jurisdiccional al que aquellas deben servir'. Es decir, sin pedido de parte y sin que haya existido ninguna sentencia de un tribunal inferior, el Dr. Petracchi votó por el ejercicio de la competencia de la Corte con fundamento en la doctrina de la gravedad institucional, la cual se venía aplicando desde 1958 para obviar el cumplimiento de algunos de los requisitos del recurso extraordinario, en casos que excedían el mero interés de las partes, pero siempre dentro del marco del recurso extraordinario, y a pedido de parte" (Manili, Pablo, "Se desvanece el '*Per saltum*'", *LL*, 2003-B-254).

ni tampoco la figura del *per saltum*, por no estar consagrada legislativamente dentro del orden jurídico nacional. Realizó un prolijo detalle comparativo entre la Ley N° 4055 y su precedente del país del norte, la *Evart Act de 1891*, que sí contiene una disposición y fueluego la base de la llamada "*Judge's Bill*", en la que el Congreso de los Estados Unidos estableció normas específicas y límites concretos, respecto al instituto que permite la directa intervención de la *Supreme Court*, en los asuntos de "importancia pública imperativa" que debían ser resueltos "inmediatamente". En esa línea, el juez disidente dijo:

> … el perjuicio más hondo y perdurable emanaría de darle (al asunto) una importancia que no tiene, alterando a continuación el orden normal de las instituciones –con menoscabo de la confianza en el Poder Judicial en general y en la Corte Suprema en particular– que el régimen republicano exige preservar a todo evento. Y todo ello sin beneficio, a la postre, para los intereses del Estado Nacional, expuesto a la protección sólo aparente de una cobertura artificiosa.[3471]

La repetición del remedio se dio en la caso "BIBA" del 27 de noviembre de l990, que se trata de la causa caratulada "González, Antonio Erman y otros s/ presentación en autos Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/ medida cautelar",[3472] y desde allí numerosos precedentes advierten sobre el uso de la herramienta que, hay que aclarar, goza de cierto inquietante apoyo de la doctrina nacional.

Alberto Bianchi plantea:

> Existen dos caminos argumentales para determinar de dónde surgen –si es que existen– las facultades del tribunal para actuar prescindiendo de la intervención de algunas de las instancias previas a su pronunciamiento, los que no necesariamente deben ser alternativos o excluyentes. El primero es el de las *facultades implícitas*, el segundo el de los *poderes discrecionales*. Hasta el dictado de la reciente ley 23.774, que ha modificado la composición numérica de la Corte Suprema, carecía, expresamente, de poderes discrecionales para desestimar el recurso extraordinario. Si bien, de hecho, ejercía esta potestad, no había ley alguna que la autorizara expresamente. Con el dictado de esta ley, muy norteamericana en su concepción, se ha introducido en el derecho positivo el llamado *certiorari*

3471. Cfr. Palacio de Caeiro, Silvia, "El *Per Saltum* en el derecho Argentino. De 'Dromi' a 'Smith'", *LL*, 2002-B-934.

3472. CSJN, Fallos: 313-2:1242.

que permite al tribunal, "según su sana discreción", rechazar el recurso extraordinario. Fácil es advertir, de tal suerte como, el propio Congreso, que es quien constitucionalmente regula la competencia apelada de la Corte (art. 100, Constitución Nacional), le ha reconocido, al menos para el rechazo del recurso, poderes discrecionales, tal como lo hizo en 1925 su par de los Estados Unidos, cuando el *certiorari* fue instituido allí, tomándoselo de los tribunales ingleses. No es aventurado, entonces, decir que, por un principio de paralelismo de las competencias, quien tiene facultades para rechazar discrecionalmente, también posee iguales poderes para admitir de tal manera el recurso, despojado de los requisitos que procesalmente se exigen al efecto.

Si no parece suficiente esta argumentación, puede ensayarse la que procede de las competencias implícitas de la Corte. Puede entonces admitirse que el recurso *per saltum* está dentro de las facultades implícitas de la Corte Suprema, no reconocidas todavía por ley alguna. Pero ello exige hacer una reflexión acerca de la naturaleza de la Corte Suprema. Si bien se trata de un tribunal, su diferencia con los restantes no es meramente cuantitativa. Su diferencia es cualitativa. La Corte Suprema es a la vez un tribunal y un poder del Estado y como tal, a través de sus pronunciamientos, gobierna paralelamente a los restantes poderes. Una sociedad (y la norteamericana es un elocuente ejemplo de ello) puede ser modelada no sólo a través de las leyes del Congreso sino también por las sentencias de la Corte. Su rol institucional le exige, entonces, adoptar decisiones que pueden parecer extrañas en otros tribunales, pero que son propias de ella.

Es así que, la existencia de competencias implícitas, sumada a los poderes discrecionales y a la especial tarea de gobierno que le toca cumplir, nos da como resultado que la Corte, frente a un caso de gravedad institucional comprobada, está habilitada para obviar una instancia intermedia y resolver el caso. Ello puede parecer un agravio a la defensa en juicio, ya que impide al litigante acceder a todas las instancias previstas en el proceso, pero recordemos que, según jurisprudencia abundantísima de la Corte, el requisito de la doble instancia no es de rango constitucional. Sin perjuicio de ello no podemos olvidar que esto implica, en primer lugar, alterar una regla esencial cual es la de la soberanía del juez antes del pronunciamiento. En segundo lugar, supone el reconocimiento de poderes muy amplios y discrecionales, los cuales no son, en principio, ni buenos ni malos. Serán de una u otra manera según como se los emplee. Ello dependerá del grado de prudencia del tribunal, quien debe comprender que está en uso de una herramienta excepcionalísima, sólo reservada para ocasiones en que existe un caso susceptible de

comprometer no sólo un interés que trascienda a las partes involucradas sino, que comprometa a la Nación en su conjunto, cuya urgencia en la solución, requiera de la intervención directa del tribunal.[3473]

Para Silvia Palacio de Caeiro, el *per saltum* presenta las características que se detallan a continuación.

1. Una finalidad dirigida sólo a cuestionar medidas precautorias, que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales estatales.
   En ese aspecto, el recurso directo del artículo 195 *bis* del Código Procesal de la Nación se encuentra en relación directa con lo prescripto por el artículo 195 de ese cuerpo adjetivo, texto según la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley N° 25453, cuyo tercer párrafo dispone "Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias." Cabe indicar que esta norma ha sido declarada inconstitucional por algunos tribunales inferiores.
2. Un amplio ámbito de aplicación, extendido a aquellos casos en los que resulten involucrados intereses estatales nacionales, provinciales, locales de la Ciudad de Buenos Aires, municipales y a asuntos en lo que intervengan reparticiones centralizadas o descentralizadas, o entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal.
3. El recurso de apelación directo ante la Corte nacional, cuya presentación posee, *per se*, efecto suspensivo de la resolución atacada. El plazo para interponerlo puede interpretarse que es el que rige en los distintos procedimientos para cuestionar las medidas cautelares en general (arg. Resolución PTN N° 1/2002 citada); en el proceso civil nacional es de cinco (5) días.
   Aunque todavía no hay jurisprudencia al respecto, puede inferirse además que corresponde aplicar la ampliación del plazo en razón de la distancia, según lo indicado por el artículo 158 del

3473. Bianchi, Alberto, "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *LL*, 1991-C-141; *Derecho Constitucional* –Doctrinas Esenciales– T. II, p. 613.

Código Procesal, y resulta conveniente, por ende, observar las pautas admitidas por la Corte en relación al recurso de queja.

4. La interposición del recurso de apelación directo debe ser fundada, conforme a los requerimientos de fundamentación autónoma que surgen del artículo 15 de la Ley N° 48, por lo que el recurrente debe refutar los argumentos tenidos en cuenta por el *a quo*, demostrando tener un gravamen particular y autónomo que se advierta como un efectivo agravio. En caso contrario, la ausencia de fundamentos o la insuficiencia de ellos son causales de deserción del recurso.
5. Un procedimiento para la tramitación de dicho recurso de apelación directo, por el que se autoriza al tribunal cimero a solicitar la remisión del expediente principal, y una vez recibido este, a correr traslado por el plazo de cinco (5) días a la parte peticionante de la cautelar. El traslado es en calidad de autos, lo que significa que, respondido el mismo o vencido el plazo para ello, debe dictarse previa vista fiscal la resolución pertinente. La vista fiscal previa al Procurador General de la Nación es un trámite obligatorio.
6. La intervención y patrocinio del Procurador del Tesoro de la Nación y de los Subprocuradores es requisito obligatorio cuando actúe en el pleito la administración centralizada o entes estatales comprendidos en el artículo 6 de la Ley N° 25344 (Resolución PTN N° 1/002).

De ese modo, puede afirmarse –concluye Palacio de Caeiro– que el *per saltum* en la forma que ha sido admitido por la jurisprudencia y la legislación se dirige sólo al cuestionamiento de medidas precautorias, y es aquí donde resulta evidente que este es el perfil que debe tenerse muy en cuenta a la hora de resolver el recurso directo de apelación.[3474]

Para nosotros esta es una de las formas como se manifiesta el salto de instancia, pero la realidad evidencia que los casos en los que la Corte dejó de lado el procedimiento formal partieron de presentaciones de funcionarios públicos: Ministros del Poder Ejecutivo o Procuradores Fiscales; pero nunca hizo lugar a planteos en el mismo sentido

3474. Palacio de Caeiro, Silvia, "El *Per Saltum* en el derecho Argentino. De 'Dromi' a 'Smith'", *op. cit.*, *LL*, 2002-B-934.

formulados por particulares. A su vez, siempre se trató de causas de competencia federal, con la única salvedad del caso "UOM", que era materia laboral, pero donde existía gravedad institucional.

En los hechos analizados, la repercusión del gravamen económico es más fuerte que el objetivo de proteger "intereses superiores" del Estado. Así desde que se decidió acelerar el trámite de dos privatizaciones (aerolíneas y aeropuertos); o se pretendió asegurar el cumplimiento de una eventual condena penal por tráfico de estupefacientes (caso "Reiriz"); o la aplicación de un antiguo convenio colectivo (en lugar de uno posterior) a un conflicto colectivo de trabajo (caso "UOM"), en todos ellos se advierte una cuestión de tinte económico que ha postergado, como bien advierte Manili, el uso de la vía para la defensa de los derechos humanos fundamentales.[3475]

En suma, compartimos con este profesor que del análisis de los casos en que la Corte salteó instancias, en ninguno de ellos se interpuso, estrictamente, un recurso extraordinario, ya que las peticiones jamás cumplieron con alguno de los requisitos para ser así considerados. En determinadas oportunidades, esas presentaciones adoptaron la forma de una apelación *sui generis*, de un pedido de avocación, de una presentación directa a la Corte, etcétera. Por lo tanto, entendemos que no es una variante del recurso extraordinario, sino, agregamos nosotros, un tipo de apelación extraordinaria.

653. Admisión formal del recurso

El recurso de apelación tiene varias cuestiones previas que atender en la etapa de admisión. Son presupuestos formales de lugar, tiempo y forma que obligan al juez a resolver antes de derivar el expediente al superior para que se ocupe de la pertinencia. Es decir, todo recurso de apelación divide la procedencia en dos momentos: la etapa de *admisión formal* que se evalúa por el mismo juez o tribunal recurrido; y la etapa de *pertinencia* donde el *ad quem* decidirá el fondo del problema, sin perjuicio de reconsiderar si el recurso fue bien concedido.

La duda del recurrente puede estar en saber si tiene derecho al recurso porque los fundamentos aportados en los considerandos son

3475. Manili, Pablo, "Se desvanece el '*Per saltum*'", *op. cit.*

desatinados pese a la sentencia que lo favorece (total o parcialmente), o si el derecho al recurso proviene solamente del gravamen que lo afecta y, en sí mismo, radica en la parte dispositiva de la sentencia que es, en definitiva, donde anida la sentencia.

La cuestión no es baladí porque pueden existir decisiones que motiven el pronunciamiento con fórmulas intempestivas, incorrectas o provocando improperios, de los que el beneficiado pueda sentir agravio pese a resultar vencedor (*v. gr.* sentencia que argumenta falacias o interpreta acciones del ganancioso como abusivas o intolerantes, o bien, simplemente lo afecta en forma personal). Si la respuesta fuera que la parte dispositiva de la sentencia es la que provoca el gravamen y sólo la existencia de este permite la interposición del recurso, sería evidente la inutilidad de la vía.

Desde otra perspectiva, la sentencia es un documento que se integra con las fundamentaciones constituyendo con el decisorio una unidad. Por consiguiente, la ofensa particular que se infiere desde las motivaciones puede ser causa de resistencia, debiéndose resolver si lo es en el campo de los recursos para que revise un superior jerárquico o en vías de revisión independiente, con la interposición de una demanda autónoma contra el juez.

La doctrina señala que, si bien por vía de principio los fundamentos o considerandos del fallo no son apelables, tal regla de hermenéutica debe aplicarse de acuerdo con las particularidades de cada caso; porque se trata de una proposición que no es absoluta y admite excepciones. Así, se ha admitido la apelación de los considerandos de una sentencia cuando lo dispositivo se remite a ellos en forma expresa (situación que es obviamente razonable), o cuando integran implícitamente la parte dispositiva del pronunciamiento (como al decir que se condena en la forma y cantidades establecidas en tal considerando); o si constituyen un antecedente lógico absolutamente inseparable (cuestión prejudicial) de lo dispositivo, o influyen en la interpretación de la parte dispositiva, entre otros supuestos.[3476]

Para Loutayf Ranea, fuera de los supuestos señalados, cuando las decisiones resultan favorables a las pretensiones de la parte, ella no puede apelar de la sentencia, aunque existan fundamentos, motivos

3476. Loutayf Ranea, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 356.

o consideraciones que le resulten adversas; debe atenderse a las pretensiones deducidas y su satisfacción, y si la decisión es favorable a las pretensiones de la parte no hay interés que justifique el recurso.

> Pero si la parte contraria apela [...] quedan implícitamente sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la contraparte, todas aquellas cuestiones o fundamentos oportunamente planteados por el vencedor y que fueron rechazados o no considerados por la decisión de grado. En estos casos, si el tribunal de alzada considera procedentes los agravios del recurrente, no por ello debe acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia, sino que debe entrar a conocer también de esas cuestiones rechazadas o no consideradas por el juez de primera instancia. Es decir, no sólo los argumentos y defensas alegados por el vencedor que fueron rechazados por la sentencia de primera instancia pasan a conocimiento del tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto por el vencido, sino también aquellos que no han sido considerados por la sentencia en grado, sin que sea necesario devolver al juez de primera instancia para que se pronuncie sobre el punto.[3477]

Coincidimos con la conclusión en cuanto supone comprender lo ya expuesto respecto de la *apelación implícita*, pero el caso que planteamos no se refiere al agravio que carece quien es vencedor, sino el que recibe esa parte ganadora de los considerandos expuestos. Vale decir, no es un problema de gravamen sobre la pretensión (objeto) sino sobre la persona. Por ello, en estos casos, pensamos que la única vía posible es el proceso autónomo contra el juez ofensor; dado que la parte de la sentencia que se recurre es la dispositiva porque es la única que genera el gravamen al interés de la parte.

653.1 Apelación de las costas

El recurso de apelación se interpone contra la totalidad de la sentencia o bien contra una parte de ella, pero siempre referida a la parte dispositiva, por cuanto los considerandos no son la parte que pasa en autoridad de cosa juzgada. Esta regla se aplica a las condenaciones principales que constituyen el núcleo de la decisión.

Con relación a las accesorias cabe realizar algunas consideraciones singulares. En efecto, formalmente la sentencia se divide en tres

3477. Ibídem, pp. 359-360.

partes que se denominan *resultandos*, *considerandos* y *fallo*. La parte dispositiva, a su vez, pronuncia dos aspectos de la voluntad a cumplir: a) la principal, que clasifica los tipos de sentencia que se dictan, relacionada con el tema central de la pretensión y b) la accesoria, vinculada con otros puntos de la obligación que se resuelve. Estas accesorias de la sentencia se regulan normativamente en los incisos 7 y 8 del artículo 163 del Código Procesal.

En la parte central, el pronunciamiento *declara* (*v. gr.* despeja un estado de incertidumbre; inconstitucionalidad de una norma; cuestión abstracta; etc.), *condena* (*v. gr.* dar una cosa; hacer o cumplir con un acto jurídico; o no hacer o discontinuar algo que se venía realizando) o *constituye* (son sentencias constitutivas las que crean un derecho nuevo que altera o modifica la relación jurídica anterior; por ejemplo, la sentencia de divorcio constituye un nuevo estado civil).

En las sentencias condenatorias se *fija un plazo* de cumplimiento cuando no tiene la obligación un término establecido; generalmente el juez lo ordena a su arbitrio. No obstante, en ciertas ocasiones, la urgencia o la naturaleza del proceso llevan a la abreviación del plazo que jurisprudencialmente es común (diez días). La importancia de este término está en que otorga ejecutoriedad al pronunciamiento apenas vence o termina el tiempo para obedecer su mandato; período que opera independientemente del plazo para apelar, el cual una vez transcurrido, precluye la oportunidad para impugnar y demuestra el sometimiento a las conclusiones del fallo, aun cuando no se cumpla de inmediato.

El *pronunciamiento sobre costas y honorarios* satisface un interés secundario del proceso, disponiendo quién debe afrontar los gastos ocasionados en el trámite del juicio respectivo. Los honorarios de los profesionales intervinientes en los autos se regulan al finalizar la instancia, pero quedan sujetos muchas veces a que el litigio cuente con una liquidación firme y aprobada que otorgue bases firmes al juez para resolver la cuantía sobre la suma que resulte el monto del proceso.

La condena en costas, o distribución de ellas, como nos parece más correcto decir, se rige por el principio objetivo de la derrota y se pronuncia aun cuando las partes no lo pidan. De todos modos, conviene recordar que "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad" (art. 68, párr. 2).

La sentencia en costas incluye los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubieren realizado para evitarlo; también se agregan los importes dispuestos en concepto de honorarios. La condena sólo personaliza la obligación, es decir, indica quién debe pagar, pero no dice cuánto, porque esta etapa se deriva a lo que en otras legislaciones se denomina *tasación de costas*, y que en la nuestra, corresponde a la liquidación o ejecución de la sentencia.

También el fallo puede realizar una *declaración de temeridad y malicia*, que es consecuencia del análisis sobre la conducta procesal. Es una manera de reforzar la conducción del proceso a través de un lógico ejercicio del poder de policía, apartando la figura del juez pasivo y desinteresado que tolera aquellos actos de inmoralidad procesal.[3478]

Conviene agregar que esta declaración obra inmersa en los deberes del juez, de manera que este la dispone, por vía de principio, como una facultad propia. No obstante, puede resolverse a pedido de parte.

Finalmente, la *condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios* resulta una posibilidad de la sentencia cuando en la demanda el actor que victorioso, efectúa una estimación provisional de los daños, deja librada la fijación definitiva a lo que en más o en menos se estime por los jueces conforme lo acreditado en el litigio. La suma líquida puede obtenerse por inferencia de los términos del fallo, mediante una simple operación aritmética. Caso contrario, la sentencia debe fijar las bases de su determinación.

Ahora bien, toda la parte accesoria, como se aprecia, también extiende al condenado otras obligaciones, que pueden ejecutarse independientemente de lo principal, y aun de la misma condena en costas. Por eso, al provocar un gravamen propio pueden ser apeladas conjuntamente con el recurso contra la sentencia, o en forma independiente por la afectación sufrida.

3478. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, pp. 452 y ss. Principio que se resiste como tal para ubicarlo en el campo de los "deberes" del juez para controlar las reglas del debate dialéctico que el proceso supone, donde cada parte defiende sus posiciones con lealtad y probidad y con sus propias armas y estrategias, sin que la jurisdicción pueda ocuparse de la técnica aplicada para ejercer dicho derecho de defensa en juicio. Para esta corriente doctrinaria, el mentado "principio de moralidad" es una demostración del autoritarismo judicial (Cfr. Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso e ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 293 y ss.).

Esta autonomía ha difuminado la naturaleza jurídica que tiene la sentencia condenatoria en costas, dando origen a dos corrientes, básicamente posicionadas en un debate que hoy ha perdido actualidad. La primera, ya superada, analizaba la cuestión desde las normas sustanciales, y particularmente en las disposiciones del Código Civil y Comercial, tomando como regla que la condena en costas era una derivación de la responsabilidad por litigar.[3479]

La segunda, en cambio, mantenía tres posiciones diferentes que argumentaban sobre el tipo de sentencia que era la imposición de los gastos causídicos, vale decir, si era una sentencia *constitutiva* o meramente *declarativa*, o participaba de ambos sentidos.

Reimundín dijo:

> ... la naturaleza genuinamente procesal de la obligación de reembolso impuesta por la ley a la parte vencida (el vencido debe rembolsar las costas anticipadas por el vencedor), y cuyo carácter procesal habrá de reconocerse, no tanto porque esa obligación nace de la actividad procesal, cuanto porque tiende a la "justa composición del litigio": si las costas ocasionadas por el proceso a la parte victoriosa no le fuesen reembolsadas por el vencido, el litigio no quedaría justamente compuesto.[3480]

El carácter "procesal" de la condena fue contundentemente expuesto por Chiovenda,[3481] quien impuso la regla *"victus victori"*, despejando

3479. Mercader concitó una crítica estupenda cuando comentó el libro sobre "costas procesales" de López del Carril, marcando desde la unidad del orden jurídico, la imposibilidad de centrar una condena exclusivamente procesal y con esta naturaleza jurídica. Decía lo siguiente: "... La circunstancia de que el proceso necesite y tenga reglas separadas y el hecho de que ellas hayan podido servirlo con eficacia y sin conflicto a lo largo de su laboriosa historia, no bastan para que –tan así como así– se le considere desapartado de la teoría general del derecho. Todo el proceso está integrado por una serie de actos, o de hechos (actividades), cuya regulación es, desde luego, concéntrica, porque gira sobre el mismo eje de los negocios civiles o generales" (Chiovenda, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 480). Con anterioridad había expuesto: "Nótese que nadie ha disentido con el concepto de *condena* y que en este punto todos admiten, por lo tanto, que las costas equivalen a una *sanción* aplicable en cada caso. No obstante, si *sanción* –que aquí aparece más inequívocamente que nunca en su relación de reverso con la idea de premio– sólo significa pena, o castigo, habrá que admitir que en ninguna hipótesis ella podría aparecer desvinculada del hecho antecedente que la determine y justifique" (Chiovenda, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 479).

3480. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Zavalía, 1966, p. 54.

3481. Chiovenda, *La condena en costas*, *op. cit.*, pp. 381 y ss.

cualquier intento de aplicar normas del privado, en especial del Código Civil, como lo quería el derecho francés. Esta obligación, entonces, no se tomó como una consecuencia de la culpa, el dolo o la misma responsabilidad emergente de la actuación en el proceso, sino de la relación de causalidad entre vencer en las pretensiones y el deber de ser restituido en los gastos habidos para lograr ese reconocimiento.

Una vez que el criterio procesal de la condena en costas se auspició por mayoría indiscutible, aceptando la tesis de Chiovenda, hubo de encontrarse el tipo de sentencia que mejor respondía a esa característica.

Podetti señaló que un efecto constitutivo de todas las sentencias es el pronunciamiento sobre costas, cuando el pago de las ocasionadas a uno de los sujetos procesales se impone al otro, en forma total o parcial. Es un efecto constitutivo, porque nace de la sentencia, no preexiste ningún derecho a ellas y su aplicación se produce, para la mayoría de nuestros Códigos, por la actitud del litigante a quien se le imponen.[3482]

Por la misma época, Alsina sostuvo que nuestra legislación se había apartado de la tradición española, para consagrar el principio de que el vencimiento es el fundamento de la condena en costas, con prescindencia de la buena fe del vencido y del concepto de culpa. Sin embargo, a diferencia del sistema francés, no limita los casos de exoneración, sino que, como el italiano, autoriza al juez a apreciar las causas que lo justifiquen. La condenación en costas crea una relación de crédito en virtud de la cual, el vencedor es acreedor del vencido por los gastos efectuados en la tramitación del juicio, incluso los honorarios de su abogado y procurador, sin perjuicio de su obligación hacia ellos por el importe de estos.[3483]

La corriente predicada recibe beneplácito y se aclara que es *constitutiva* a partir del momento que la condena pasa en autoridad de cosa juzgada. En la jurisprudencia se admite esta tesis. La Corte nacional relaciona lo principal con lo accesorio estableciendo la naturaleza de la sentencia de acuerdo con las modalidades que establece.

Por eso afirma que no asiste razón al letrado cuando sostiene que su situación es ajena al régimen de consolidación, sobre la base de

3482. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil, op. cit.*, p. 219; Cfr. Loutayf Ranea, Roberto, *Condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 227.

3483. Alsina, Hugo, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. IV, pp. 535-6 y 562.

que la causa del crédito está constituida por la resolución que reguló sus honorarios y esta fue dictada con posterioridad a la Ley N° 1947, toda vez que su artículo 5 –sustancialmente análogo al artículo 3 de la Ley N° 23982– restringe en forma inequívoca el efecto del pronunciamiento a una mera condición declarativa. Tal condición, por un lado, excluye la alternativa invocada con relación a que la sentencia sea constitutiva del título al que alude el artículo 2 de la Ley y, por el otro, exige indagar el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación.[3484] El carácter *condenatorio* de la sentencia que dispone en materia de costas tiene implicancias que la doctrina aun no supera.

En efecto, si se acepta que las costas impuestas al vencido convierten a la decisión en una sentencia de condena, ineludiblemente habrá que admitir que se trata de una consecuencia objetiva tomada del vencimiento puro y simple de las pretensiones. Si el hecho objetivo de la derrota permite una condena al vencido, será porque se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse para pedir justicia.[3485]

El origen de esta tendencia es el anteproyecto de Código Procesal para Italia, de Chiovenda y la misma obra (*La condena en costas*, 1928) del autor italiano. Ello ocurre pese a que nuestra institución y ordenamiento tiene cuño en el derecho español, donde aparecen las Leyes de Partidas con un criterio distante de estas ideas. El principio de estas fue castigar al litigante temerario (Ley 8, Título 22, Partida 3ª), y en nuestra historia legislativa fue el cuño del Reglamento de Justicia de 1813 que en el artículo 8 dispuso: "los jueces castigarán irremisiblemente al litigante temerario en todas las costas causadas al vencedor del juicio, con los daños y perjuicios que se le hubiesen seguido, conforme a derecho".

Recién en 1878 se abandona esta posición (el primero que lo hace es el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires –art. 238–) dando lugar al principio del vencimiento objetivo.

3484. CSJN, "Provincia del Neuquén c./ Estado nacional", 27/10/1994, *LL*, 1995-C-504.
3485. Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil, op. cit.*, T. III, p. 367.

Reimundín afirmó esta lectura argumentando que la sentencia que impone costas tiene el carácter de condena y por lo tanto pertenece a la categoría de las sentencias de ese tipo.[3486]

Por su parte, Palacio niega el carácter constitutivo, que sólo se da –afirma– cuando el pronunciamiento judicial resulta irreemplazable para obtener un determinado efecto jurídico, lo que no ocurre en materia de costas, ya que las partes pueden, de común acuerdo, regular dicha cuestión.[3487]

Loutayf Ranea, en tercería, aclara:

> … la decisión sobre costas constituye también una sentencia de condena, no sólo cuando existe una imposición expresa a una de las partes al pago de aquellas, sino también en caso de exención, pues en este último supuesto existe igualmente una imposición a cada parte de abonar las costas que ha causado, y las comunes por mitades.[3488]

Cada uno tiene parte de razón, y quizás toda, pero subyace en el fondo de la cuestión un problema de congruencia y ensamble con las demás disposiciones del Código Procesal y con las garantías constitucionales que entronizan el derecho de defensa en juicio.

Sea declarativa o condenatoria la sentencia que determina el curso de las costas, lo cierto es que el pronunciamiento no depende únicamente de la conducta desenvuelta por las partes en el proceso, ni del resultado que se consigue en la demanda principal. Será uno u otro

3486. Reimundín, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 140.

3487. Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil, op. cit.*, T. I, pp. 430/2, T. III, p. 397; Cfr. Loutayf Ranea, Roberto, *op. cit.*, p. 231.

3488. Loutayf Ranea, Roberto, *op. cit.*, p. 232. Agrega el profesor salteño: "En síntesis, podemos afirmar que el pronunciamiento sobre costas conforma una sentencia de naturaleza *mixta*, en cuanto participa de los caracteres propios de las tres clases ya mencionadas: implica una *declaración* del derecho de las partes; *constituye* o crea la obligación de quien o quienes deben abonar las costas y, además, *condena* a el o los obligados a su pago, contra quienes puede ejecutarse judicialmente. Pero su naturaleza siempre se explica en el marco de la citada clasificación tripartita de las sentencias. No puede decirse que el pronunciamiento sobre costas conforma solamente una decisión declarativa, dado que ello significaría dejar de lado la creación de la nueva situación jurídica que hace la sentencia, a la vez que la posibilidad de su ejecución. Tampoco puede decirse que sea sólo una sentencia constitutiva, dado que implicaría dejar de lado su ejecutabilidad. Finalmente, tampoco puede considerarse que se trataría solamente de una sentencia de condena, ya que ello significaría cerrar los ojos a la realidad de la nueva situación jurídica creada por el pronunciamiento sobre costas".

según el juez aprecie aplicando la regla subjetiva o el principio objetivo de la derrota, respectivamente. En cualquiera de los supuestos, la cuestión asienta en la discrecionalidad del juez y en lo incontrolable de esos actos. Puede ser una dirección adecuada y prudente, claro está; pero también puede constituir una arbitrariedad o una sinrazón evidente que, en su caso, se remedia con el recurso de apelación.[3489]

653.2 Apelación de honorarios

La actividad profesional del abogado es onerosa y por lo tanto se la presume remunerada con la percepción de los honorarios; la gratuidad es una excepción. El importe de ellas se establece entre las condenaciones accesorias de la sentencia definitiva, pudiendo disponer el obligado al pago y postergar la determinación de los montos para cuando el proceso disponga de una liquidación firme y consentida por las partes.

Precisamente, estas son algunas de las cuestiones que originan el gravamen del profesional, que se desprende del resultado logrado por la parte que representa, al ser un derecho del cual es beneficiario.

El artículo 244 del Código Procesal regula el trámite relacionado con la apelación por honorarios, disponiendo, a diferencia de la apelación ordinaria contra la sentencia definitiva, que el profesional "pueda" (es facultativo) fundar en el mismo acto que deduce la impugnación. Tal disposición no prevé expresamente la sustanciación de ese recurso, sin que ello signifique que no se deba dar traslado de los fundamentos. Ello es así, pues nuestro sistema procesal, y en especial el régimen recursivo (arts. 246, 257, 261, 265, 280 y 292 del Cód. Proc.), se encuentra regido por el principio de bilateralidad o contradicción, el cual tiene su fundamento en la garantía del debido

3489. Magistralmente alegaba Mercader: "En este punto, a riesgo de que mi empresa se repute impía, no me resigno a postergar la denuncia que ahora formulo sobre la necesidad de que se revisen integralmente los puntos de partida del derecho procesal, sin excluir los más inconmoviblemente dogmatizados por los grandes adoctrinadores. Revisar sólo significa volver a ver; decidirse a un nuevo examen, al cabo de operaciones críticas mejor vigiladas. Por ese camino no es imposible que sobrevengan disconformidades –y aun censuras– respecto del *iter* especulativo de quienes investigan. Semejante probabilidad, aunque me turbe, no me detiene sin embargo. Por escasas que sean mis fuerzas para alzar pendones de desafío nada menos que contra el grupo magistral a cuyo frente está la figura de Chiovenda, juzgo que esa tarea es indispensable" ("Meditaciones sobre las costas", *JA*, 1959-V, pp. 16 y ss.).

proceso y derecho de defensa en juicio reconocido en la Constitución Nacional (art. 18). Por lo tanto, si el recurrente hace uso de la facultad indicada y funda su apelación, la omisión de conferir traslado de los fundamentos lesiona el derecho de defensa de su contraria, pues el tribunal estaría resolviendo sobre los planteos de una de las partes sin otorgar a la otra la posibilidad de responder a los argumentos en los que se sostienen. Esta solución ha sido propiciada por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que ante la fundamentación del recurso por honorarios cabe acudir, a falta de previsión del artículo 244 del Código Procesal sobre el trámite posterior, a la disposición del artículo 246, en cuanto establece el traslado del memorial de agravios, por ser el régimen más análogo.[3490]

El plazo para apelar es de cinco (5) días y, de no fundarse en el acto de interposición, podrá hacerse cuando se expresen agravios. Resulta inadmisible el recurso interpuesto por el profesional contra los honorarios que le fueran regulados, si lo hace en representación de su mandante y no por derecho propio; pues el representado carece de interés en la cuestión relacionada con honorarios a su cargo, toda vez que, impugnarlos por bajos y no por altos sólo daría lugar a dos decisiones: confirmarlos o elevarlos. En el primer caso, su desinterés es evidente; en el segundo es negativo, puesto que lo perjudicaría patrimonialmente contra la sentencia definitiva.

No rige para este supuesto la regla de inapelabilidad por el monto, que se confirma en el plenario en elque prevalece la regla del artículo 244, apartado 2, en cuanto dispone que "toda regulación de honorarios será apelable", sobre el límite pecuniario que establece el artículo 242, párrafo final.[3491]

3490. Fassi, Santiago y Yáñez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 289.

3491. CNCom., en pleno, "Alpargatas S. A. c./ Quilquillen S. A.", 13/12/1999, *LL*, 2000-A-160; *DJ*, 2000-2-131; *JA*, 2000-I-527; *ED*, 187. Criterio que comparte la Cámara Civil. En efecto, ella sostiene que la inapelabilidad por el monto establecido por el art. 242 del Código Procesal, modificado por la Ley N° 23850, no comprende los recursos deducidos contra las regulaciones de honorarios (CNCiv., en pleno, "Aguas Argentinas S. A. c./ Blanck, Jaime", *LL*, 2000-D-116; *DJ*, 2000-2-978; *ED*, 188-608).

653.3 Apelación de multas y sanciones procesales

El artículo 34, inciso 6, del Código Procesal establece entre los deberes judiciales: "declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes".

La sanción a la parte y/o al profesional es independiente de la sentencia, lo que demuestra la particularidad del agravio y la posibilidad de recurrir sin afectar el curso normal de las actuaciones. Ello significa que no es necesario apelar la sentencia definitiva para agraviarse contra las multas o sanciones procesales, resulta bastante influir en ellas y formar un incidente autónomo que tramitará como tal.

Cabe recordar que el derecho al recurso lo tienen los letrados sancionados en forma independiente o conjunta con sus clientes, y estos además, por los gravámenes que les provoque el fallo que se ataca. No obstante, como el Código contiene sanciones de tipo genérico que castigan la inconducta procesal del *improbus litigator* en los artículos 45, 551, 2ª parte y 594 del ordenamiento, también ellas pueden ser apeladas como sentencias interlocutorias.

No hay un orden ni clasificación de las conductas inesperadas; tan sólo se establece la posibilidad de que el juez al sentenciar califique la actuación de las partes e inclusive sancione la inconducta procesal genérica observada a través de la sustanciación del litigio, imponiendo una multa que obedece exclusivamente a la actitud temeraria y maliciosa asumida por el vencido, que consiste: a) en el conocimiento que tuvo o debió tener de la carencia de motivos para accionar o para resistir la acción, no obstante ello prefirió hacerla, abusando de la defensa y de la jurisdicción (temeridad) o b) en la utilización de facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión en violación a los deberes de lealtad, probidad o buena fe.

La norma del artículo 45 citado y sus concordancias se funda en el propósito de adecuar el proceso a la naturaleza de sus fines, evitando dilaciones arbitrarias o artificiales. La doctrina, desde hace tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad de moralizar el proceso; la incompatibilidad de la inconducta temeraria o maliciosa con el sistema procesal resulta también de razones técnicas vinculadas a la función del proceso: la obstrucción sistemática al curso de la justicia es un

contrasentido, en cuanto coloca el proceso en viceversa, en oposición a sus fines. Si el propósito ético, por un lado, y la misión del proceso, por otro, son los fundamentos de la posibilidad racional de sancionar la conducta, resulta evidente que, cuando un acto procesal o un conjunto de actos se realizan en concordancia con los principios de lealtad, probidad y buena fe, sería absurdo que se los reprimiera: faltarían los presupuestos de legitimidad de la sanción.

Es aquí donde se produce el encuentro de la potestad jurisdiccional con la inviolabilidad de la defensa en juicio. No debe ser coartado su ejercicio cuando la defensa se ejerce en el sentido querido por la constitución y por la ley. La aplicación de sanciones que autoriza el Código Procesal requiere una obstrucción del curso de la justicia manifiesta y sistemática, maniobras desleales o articulaciones de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico, en forma reiterada, que traduzcan una inconducta procesal genérica, adunándose que debe ser impuesta con suma cautela para no afectar legítimos derechos de defensa de las partes. O, lo que es lo mismo, para aplicar una multa por temeridad, la resistencia del demandado debe ser arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos; y no debe olvidarse que este tipo de sanciones tiene que graduarse muy cautelosamente, para no afectar el legítimo derecho de defensa, así como no todo desconocimiento del derecho de la contraparte ha de reputarse temerario. Una actuación judicial cuyo medular andamiaje obstaculiza de manera innecesaria el curso normal del proceso, en cuanto importa litigar sin razón valedera, no puede ser ajena a quien tiene la dirección letrada y se vuelve, por tanto, pasible de igual sanción, multa procesal, impuesta a la parte.

El problema siguiente asienta en resolver si el derecho de defensa queda abastecido con el recurso de apelación o si es necesario advertir a la parte y/o al letrado sobre la posibilidad de aplicarles sanciones antes de concretarlas.

El debate se ordena en dos posiciones: a) los que niegan que la potestad sancionatoria sea jurisdiccional porque interpretan que es corporativa; y b) los que, aceptando el principio de moralidad en el proceso bajo la órbita judicial, admiten que se debe garantizar el derecho de defensa.

En el primer grupo se alinea el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que sostiene que "las disposiciones de la Ley N° 23187 que confieren atribuciones disciplinarias al

Tribunal de Disciplina han derogado las que confieren a los jueces los ordenamientos procesales y el Decreto-Ley N° 1285/58". Básicamente fundan esta doctrina los argumentos siguientes.

a. El Código de Ética dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades en el que la Ley N° 23187 le asignó al Colegio de Abogados el análisis de la conducta del abogado, vedando al juez o tribunal la posibilidad de hacerlo.
b. Se resguarda el derecho de defensa del abogado que, de otra manera, se encuentra sorpresivamente sancionado sin posibilidad de defenderse contra la susceptibilidad judicial.
c. Nadie mejor que los pares para determinar si la conducta profesional afecta o contraviene los fines de la actividad, evitando así, el temor reverencial a la potestad sancionatoria, amplia y discrecional, de los jueces.
d. Un mismo hecho no puede –conforme a derecho– quedar sujeto a dos sanciones disciplinarias distintas, la del juez en uso de las facultades correctivas que establece el Código Procesal, y la del colegio, aplicando las normas de la ley y el Código de Ética.
e. El sistema de la Ley N° 23187 no sustrae al letrado de sus derechos y obligaciones sino que –ante una eventual inconducta que afecte la ética en todos sus componentes (moralidad, probidad, buena fe, etc.)– debe ser substraído del poder sancionatorio de la magistratura y remitido para su juzgamiento ético ante el Tribunal de Ética, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa, de la que se excluye la procesal, en la que pudiera eventualmente estar incluido dicho letrado.

La idea de la corporación sostiene que el Código de Ética es un régimen exclusivo y excluyente; por ello, los jueces pierden la potestad de sancionar dado que no pueden funcionar como fiscales del comportamiento procesal. De esta manera, el abogado evita tener que afrontar dos sistemas punitivos: el del Código Procesal y el colegial.

Sin embargo, esta lectura confunde dos valores diferentes. No es igual el resguardo de la *ética* respecto al mantenimiento del principio de *moralidad procesal*. El comportamiento ético es una fórmula común de captar y ponderar el ejercicio profesional. Si bien es cierto no existe una regla "estándar" que visualice en conjunto las modalidades de prestación, también lo es que bajo su manto se protegen principios

básicos y esenciales de la conducta. En este sentido, el concepto amplio de moralidad en la abogacía contrae obligaciones, derechos y deberes sobre la probidad, lealtad y honestidad de la actitud abogadil.

Va de suyo que el principio compromete también al profesional en el arte de ejercer su oficio, procurando consideraciones de estima y valor en la dignidad y decoro con que actúe; en la diligencia, corrección y desinterés de su tarea; en los principios de información y reserva, y en sus vínculos de asociación privada y corporativa.

Este "debe ser" de la abogacía estrecha filas con la ética, dándole, inclusive, cierto carácter costumbrista que tiende a pervivir por sobre la maleabilidad de las normas. De todos modos, no son las reglas éticas normas morales, aun cuando la tendencia sea considerarlas como tales. En realidad, aquellas son principios de conducta profesional, y por tanto, no son obligatorias, pero llevadas a la *praxis* subrayan su carácter moral al entrar en colisión con el modelo generalizado del "buen abogado".

El resguardo del principio moral es el primer objetivo que debe cumplir el comportamiento con lealtad y probidad en el proceso. Este es un fin genérico, omnicomprensivo, que resulta propio y naturalmente exigible a cualquier individuo que pone en marcha el aparato estatal en busca de una solucióna un conflicto de intereses.

El fundamento jurídico atañe a la finalidad del proceso civil. La jurisdicción protege los derechos subjetivos de los particulares, procura el mantenimiento del orden entre los coasociados y tiende a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales. De este modo, la justicia aparece como un servicio público que no puede ser vulnerado por el exceso de las partes a través del abuso procedimental. Ambos términos ponen de relieve el contacto entre el derecho y la moral. No obstante, estas coincidencias no surgen naturales; más bien aparecen exigidas por razones político-sociales. Sin embargo, es lógico que así sea, pues a todos interesa que los hombres tengan un proceder honesto en su vida y, frente al conflicto y la necesidad de su reparación judicial, que sea resuelto en el marco de una composición justa y equitativa.

De modo, entonces, que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "correcta". La lealtad y la probidad son propiciadas a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Cuando se incurren en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de su quiebra, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan. En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable, existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y experiencia. Y es lógico, también, que el sancionado por esa calificación tenga un derecho al recurso para evitar que se consagren arbitrariedades.

Por ello, advertidos que tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conducta disvaliosas que agreden el principio de moralidad en el proceso, es preciso definir si la sanción convierte el régimen procesal en punitivo sin derecho de defensa; o en su caso, si la penalidad debe resguardar el derecho de defensa, a cuyo fin vuelve al centro de la escena resolver si el recurso garantiza dicha contradicción.

La temeridad y la malicia son modalidades que el juez califica al tiempo de dictar sentencia (arts. 34, inc. 6, y 45, Cód. Proc.) y constituyen una actividad específica entre los deberes jurisdiccionales para considerar la conducta profesional genérica. No obstante, no es la única oportunidad, también existen ocasiones particulares que, vinculadas con la calificación de los comportamientos, admiten que el juez aplique sanciones en ejercicio de sus facultades disciplinarias (*v. gr.* arts. 29, 145, 374, 525 inc. 2, 551, 594, etc., del mismo ordenamiento).

Ahora bien, en la Capital Federal el Tribunal de Ética interpreta que el magistrado no pierde estas facultades. La diferencia está en que, advertido el comportamiento inusual, debe comunicarlo al organismo colegiado para que sea este quien establezca la gravedad de la falta. Por tanto, el proceso quedaría ausente de control específico y sujeto a una contingencia posible, absolutamente eventual, que privaría de sentido el rol director del juez en el proceso. Esta regla no es habitual y resulta preferible el control judicial de la conducta procesal de las partes y sus profesionales; sólo que para ello aparecen disposiciones que ponen dudas sobre la eficacia o razonabilidad de estas.

Por ejemplo, el artículo 39 de la Ley N° 23187 dice:

> Es de competencia del Tribunal de Disciplina: a) Sustanciar los sumarios por violación a las normas éticas sancionadas por la Asamblea de Delegados; b) Aplicar las sanciones para las que esté facultado; c) Dictaminar, opinar e informar, cuando ello le sea requerido; d) Llevar un registro de

> penalidades de los matriculados; e) Rendir a la Asamblea Ordinaria de Delegados, anualmente y por medio del Consejo Directivo, un informe detallado de las causas sustanciadas y sus resultados.

A veces, de los antecedentes del letrado condenado penalmente surgía la necesidad de calificar el aspecto ético de la actividad, y se debatía si la sanción del Colegio importaba afectar el principio *non bis in idem* que vedaba un segundo juzgamiento. Se llegó a la conclusión de que una cuestión es la ética y otra el régimen penal punitivo. La polémica dio lugar a la sanción de la Ley N° 24289, que en su artículo 18 dispone:

> Los tribunales colegiados y jueces podrán sancionar con prevención, apercibimiento, multa y arresto de hasta cinco (5) días, a los abogados, procuradores, litigantes y otras personas que obstruyeren el curso de la justicia o que cometieren faltas en las audiencias, escritos o comunicaciones de cualquier índole, contra su autoridad, dignidad o decoro. La multa será determinada en un porcentaje de la remuneración que por todo concepto perciba efectivamente el juez de primera instancia, hasta un máximo de 33% de la misma. El arresto será cumplido en una dependencia del propio tribunal o juzgado o en el domicilio del afectado.

Schwarzberg sostiene:

> Evidentemente dicha norma reformó la Ley N° 23187 en cuanto a que el poder disciplinario sobre los abogados correspondiera en forma "exclusiva" al Colegio Público de Abogados. Toda vez que la Ley N° 23187 –salvo la referida exclusividad de juzgamiento–, no fue modificada ni menos derogada, cabe concluir que el poder disciplinario sobre los letrados tanto puede ejercerlo el Tribunal de Disciplina cuanto los tribunales colegiados y jueces. Esta yuxtaposición de facultades, sin delimitación ni distinciones, puede generar dificultades si una de las autoridades impone una sanción y la otra reprimiera el mismo hecho. En tal supuesto sería de indudable aplicación el principio *non bis in idem* y por lo tanto sería viable el planteamiento de una excepción de cosa juzgada ante quien actuara en segundo término. Aun echando mano a tal recurso –cuya procedencia estimamos indiscutible– es evidente que se viola el principio del "juez natural" garantizado por el art. 18 de la Constitución pues su efectiva vigencia requiere que el juez sea sólo uno.[3492]

3492. Schwarzberg, Carlos, "El comportamiento en juicio de los abogados", *La Ley*, 30/4/2009, p. 1.

Por su parte, la Ley N° 26371, en el artículo 19, dispone:

> Las sanciones disciplinarias aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la Cámara Federal de Casación Penal, por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por las cámaras nacionales de apelaciones y por los tribunales orales sólo serán susceptibles de recursos de reconsideración. Las sanciones aplicadas por los demás jueces nacionales serán apelables por ante las cámaras de apelaciones respectivas. Los recursos deberán deducirse en el término de tres (3) días.

Esta norma, evidentemente aplicable a toda la Justicia Nacional, si bien ha limitado los recursos posibles frente a sanciones disciplinarias ha omitido, respecto de la apelación cuando es aceptada, aclarar si deberá fundarse al interponer el recurso o se seguirá el procedimiento previsto por los artículos 245 y 246 del Código Procesal Civil y Comercial. Dado lo breve del lapso establecido –menor al de cinco días previsto en general en el art. 246– cabe concluir que se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 245 por elementales razones de igualdad ante la ley garantizada por el artículo 16 de la Constitución Nacional, a pesar de que ya con la reducción del plazo establecido en el artículo 246 del Código Procesal se produce una discriminación violatoria de esa garantía.[3493]

Finalmente, la Acordada N° 26/2008 de la Corte Suprema encomendó a la Cámara Nacional de Casación Penal y las Cámaras Nacionales y Federales de Apelaciones una reglamentación a fin de ejercer las atribuciones disciplinarias que le atribuyen a los tribunales, en armonía con el respeto al debido proceso adjetivo, recordando que el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a ser oído, con las debidas garantías y en un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la imposición de una sanción disciplinaria, ya que ello implica determinación de sus derechos y obligaciones.[3494]

3493. Ídem.

3494. Dice Sánchez Maríncolo, refiriéndose a esta Acordada, que curiosamente la Corte omite considerar en el caso del recurso de apelación de qué manera deberán las Cámaras de Apelaciones reglamentar todo lo necesario para implementar la garantía del cumplimiento del debido proceso adjetivo garantizado por la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre derechos humanos. Solamente registra la posibilidad de que las sanciones aplicadas por los demás Jueces Nacionales sean apelables

Después se dictó la Acordada N° 1082 del 10 de marzo de 2009 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que incorporó al Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil (t.o. 1986) el siguiente texto:

> Sanciones disciplinarias aplicadas a litigantes, abogados, procuradores y demás profesionales auxiliares de la Justicia.
> Art. 273. Cuando la conducta desarrollada en un proceso por las partes, sus abogados, procuradores o cualquier otro profesional auxiliar de la Justicia pudiere hacer aplicables las sanciones que establece el art. 18 del decreto 1285/58 –ratificado por Ley N° 14.467– el juez o tribunal interviniente, previo a decidir oficiosamente sobre su imposición, deberá notificar por Secretaría al causante para que en un plazo perentorio formule el descargo pertinente. La resolución que imponga una sanción disciplinaria será recurrible por el afectado por las vías de impugnación que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Esta regla ha sido criticada por la doctrina, que considera que tal Acordada no da cumplimiento al requerimiento de la Corte Suprema. En primer lugar, porque insiste en considerar competente al juez o tribunal ante quien se cometió la falta en lugar de determinar un "juez o tribunal competente, independiente e imparcial" como indicara la Corte; y en segundo término, porque omite indicar el plazo para formular "descargo" (de un "cargo" no precisado).[3495]

---

para las Cámara de Apelaciones respectivas; y respecto de ello nos hemos pronunciado en sentido afirmativo a las prescripciones que la Corte da en su Acordada, para garantizar el debido proceso y la efectiva posibilidad de defensa recursoria, mediante la regulación de estos procesos. Así como se ha intentado garantizar la efectividad del recurso de apelación ante las Cámaras respectivas, por el contrario, la Corte omite considerar en este caso particular que se da la grave –y por qué no calificarla como inconstitucional– situación de que es el mismo magistrado o, en este caso, la misma Cámara o tribunal, en conjunto, que sienten que ha sido cuestionada como tal, o cuestionados, ofendidos, lesionados, desjerarquizados en su autoridad, dignidad o decoro algunos de los integrantes del tribunal, que mediante la apropiación de ese concepto, y de la verificación puramente subjetiva y de que se ha operado, tal posibilidad de la simple "reconsideración" por el mismo tribunal –juez y parte– implica una obstrucción al curso de la justicia. También una violación a la defensa en el proceso y, esencialmente, una violación por el desconocimiento de la garantía de la doble instancia, que produce una flagrante inconstitucionalidad en el sistema (Sánchez Maríncolo, Miguel, "Las facultades de Superintendencia de la Corte Suprema. Su delegación y las sanciones disciplinarias a abogados y otros en el proceso judicial", *LL*, 2008-F-1278).

3495. Schwarzberg, Carlos, "El comportamiento en juicio de los abogados", *op. cit.*, p. 1.

654. Providencias recurribles

El alcance del recurso de apelación es muy amplio pues quedan dentro de su esfera las cuestiones de procedimiento que importan errores o nulidades; y las de juzgamiento que permiten la revisión del fallo.

La clásica división de providencias recurribles entre: a) providencias simples y b) sentencias interlocutorias y definitivas, permite encontrar particularidades en cada una de ellas.

Cuando con la apelación se ataca una *providencia simple* que causa gravamen, se impugna un procedimiento teñido de irregularidad formal; esta es de tal gravedad que puede suscitar una nulidad del proceso y, en consecuencia, queda en el marco del artículo 253 CPCCN (recurso de nulidad), que se pondera también con la apelación. De otro modo, la queja se puede deducir con el recurso específico de nulidad y encuadrarlo con los presupuestos de la teoría general de los vicios de procedimiento procesal (arts. 169 a 174 del Cód. Proc.).

El recurso de apelación contra providencias simples no se dirige a corregir errores de interpretación legal ni de razonamiento o lógica deductiva; solamente afinca en cuestiones de procedimiento que provocan gravámenes en el derecho de defensa en juicio, los que se articulan en subsidio de la reposición (que en sí mismo es un remedio destinado a motivar una reflexión nueva en el juez) o por vía directa con la apelación o la nulidad.

La complejidad de la providencia simple puede llegar del requisito de admitir el recurso cuando el agravio sea irreparable, es decir, cuando supone la pérdida definitiva de una posibilidad o de un derecho. Si ello no ocurre, la reparación posterior provoca el desagravio. Esto ha generado un debate muy importante para definir la admisión del recurso de apelación, no sólo en ese tipo de decisiones, sino también, en las sentencias. Vale decir, algunos argumentan que no son los agravios los que dan lugar al recurso, sino el acto provocatorio que nace del *acto injusto*, donde basta que la parte lo considere tal para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia.[3496]

3496. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 249.

También Calamandrei afirma:

> El derecho de gravamen es el derecho (potestativo, existente por sí, e independiente de la existencia de un vicio de la sentencia) de determinar el nacimiento de la condición para pasar del examen anterior a un ulterior examen de la misma relación controvertida.[3497]

En cambio, algunos más sostienen que el alcance del recurso se torna posible cuando hay una lesión al *derecho de defensa* y sea de carácter definitivo (en más, irreparable); de ahí que si la providencia dictada no importa una denegatoria que prive al recurrente en forma definitiva del derecho que pretende, la queja es improcedente.

Privación del derecho en este contexto debe entenderse como *lesión procesal*, y por tanto la resolución es revisable por mayor juez solamente cuando el perjuicio que ocasiona importa la pérdida definitiva de una pretensión fundamental para el adecuado ejercicio de la defensa.[3498]

De atacarse una *sentencia interlocutoria*, la singularidad llega de la mano de los efectos que tiene el recurso, el que por vía de principio se concede con efecto *devolutivo*. Por ejemplo, la deducción de un incidente manifiestamente improcedente, se rechaza sin más trámite, pero la resolución es apelable en efecto devolutivo (art. 179, Cód. Proc.); lo mismo cuando no se concede el beneficio de litigar sin gastos (art. 81), se deniega la intervención de terceros (art. 96), se rechaza la citación de evicción (art. 105), o en el caso de que se hubiera opuesto la excepción de incompetencia por el carácter civil o comercial del asunto, que lleva a conceder el recurso con tal efecto si la excepción hubiese sido rechazada (art. 353); asimismo en el caso del juicio sumarísimo, sólo resultan apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, con efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable, en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo (art. 498). Lo mismo ocurre cuando se rechazan excepciones en la ejecución de sentencias (art. 509), o en el caso de que el ejecutante diere fianza de responder de lo que percibiere si la sentencia fuese revocada (art. 555). También, el recurso se concederá con efecto devolutivo cuando se deniegan alimentos (art. 647).

3497. Calamandrei, Piero, *Estudios sobre derecho procesal civil, op. cit.*, p. 440.

3498. Acosta, José Virgilio, *Agravio irreparable, op. cit.*, p. 101.

La facultad tanto de repeler cualquier pretensión infundada como ostensiblemente inútil es una potestad implícita en las facultades del juez como director del proceso. No obstante, la denegación debe estar fundamentada en alguna de las causales de admisión y procedencia que el auto debe mencionar. En el Código Procesal, son dos los supuestos que autorizan el rechazo *in limine* de los incidentes: uno es ante la manifiesta improcedencia; el restante está contemplado por el artículo 186 para el caso en que se promoviere con posterioridad, por causas que existían y ya eran conocidas por el interesado al deducir otro anterior y en trámite.

Como se advierte, el recurso de apelación contra interlocutorias se relaciona con la sustanciación habida y la prueba eventual de su producción. Por eso, en los rechazos de plano, que por lo manifiesto no necesita de bilateralidad, la reserva del derecho al recurso es una garantía; solamente que se posterga el análisis de revisión conforme el efecto que otorgue el auto de concesión.

Asimismo, como toda providencia que resuelve artículo tiene un régimen individual para la condenación en costas, pero este se aplica para los casos de sustanciación y resolución habida, después de confrontar posiciones; en cambio, no es igual cuando se desestima *in limine*, donde no corresponde imponer costas.

Con relación a las *sentencias definitivas,* el recurso de apelación es el medio habitual de gravamen, y se encuentran algunas particularidades diferentes cuando se rechaza la homologación de un acuerdo o no se aprueba un acto voluntario de las partes sometido a ratificación judicial. En estos casos, el recurso adquiere las mismas características que las que se deducen contra un pronunciamiento definitivo, debiéndose incoar la apelación primero y, concedido el recurso, fundar oportunamente la expresión de agravios, dado que corresponde otorgarlo libremente y con efecto suspensivo.

654.1 Limitaciones

El derecho al recurso, interpretado como la garantía de obtener la revisión de la sentencia condenatoria por un tribunal de grado superior, convierte a la apelación en una vía de tránsito frecuente y, a veces, ineludible. La amplitud con que se reglamenta esta facultad de las partes se orienta con este sentido, sin embargo, se restringe

notoriamente cuando se establecen limitaciones de distinto registro, tales como la necesidad de acreditar un *gravamen económico* que se pondera de acuerdo con el valor cuestionado en el litigio; o bien cuando el tipo de providencia se anuncia inapelable o irrecurrible.

Esta valla que obstaculiza el "derecho al recurso" no significa abortar todo camino de revisión, pues "inapelabilidad" no significa "irrecurribilidad", de manera que deja subsistentes 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 limitación serán aquellas que no alcancen el mínimo de la cuantía que mide el interés atendible por la jurisdicción.

El valor del proceso es un límite establecido no sólo 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.[3499]

El gravamen económico se toma de la cuantía económica controvertida en el recurso que motiva la intervención del tribunal y no del monto de la demanda, pues lo contrario implicaría admitir un recurso sobre una base pecuniaria no controvertida, afectando implícitamente la premisa del artículo 271 del Código Procesal.[3500] Esta

3499. 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, dado 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, "Levi, Diego y otros c./ Aerolíneas Argentinas S. E.", 12/4/1995, *LL*, 1995-E-371; *DJ*, 1995-2-1198).

3500. El momento al que hay que atenerse para computar el valor del gravamen (cuando no se experimentan oscilaciones) es el de la interposición del recurso, según tiene declarado la jurisprudencia; ulteriores modificaciones del valor del objeto no se han de tener en cuenta, excepto en el caso de que el apelante haya reducido espontáneamente

limitación 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.

Otra restricción proviene del *tipo de procesos* o *resoluciones*. Sin particularizar el caso, la decisión de obstruir la articulación de recursos para cierta categoría de procesos depende del conocimiento previsto para la intervención jurisdiccional, de modo que allí donde por la celeridad perseguida o merced a la simplificación de la estructura se acepta acotar la impugnación a los supuestos previstos.

Esto, en el Código Procesal, fue ordenado para los procesos sumarios hasta su derogación por la Ley N° 25488, que limitaron el recurso de apelación a las resoluciones que rechaza de oficio la demanda; la que declara la cuestión de puro derecho; la que decide excepciones previas; las providencias cautelares; las que ponen fin al proceso o impiden su continuación, y obviamente, contra la sentencia definitiva.

En la categoría de resoluciones que se establecen inapelables, la relación con el modelo de procesos es próxima, sólo que acentúa la imposibilidad de articular recursos para situaciones específicamente determinadas. Por ejemplo, la que resuelve la reposición de los actos ordenados por el Secretario (art. 38 ter, Cód. Proc.); la que decide la

sus peticiones de tal modo que el valor de estas ya no alcance la *summa gravaminis* (Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 308). El momento decisivo –dice Rosenberg– para calcular el valor y, por tanto, para la admisibilidad del recurso, es de la interposición del recurso. "El recurso es y se mantiene inadmisible cuando la cantidad mínima se dio en ese momento como superior al límite fijado para recurrir y descendió de él antes del cierre del debate oral; y es y se mantiene inadmisible cuando en aquel momento no alcanzaba cantidad mínima, aunque la haya alcanzado con posterioridad". Y agrega, esto rige, en primer lugar, cuando ha aumentado o disminuido después de la interposición del recurso el valor del objeto litigioso que se ha mantenido invariado; como, por ejemplo, el curso de las mercaderías o títulos que se negocian en la bolsa, el valor de un crédito sobre moneda extranjera, de una patente, etc. También rige cuando se modifica la situación de hecho después de interpuesto el recurso a causa de un caso fortuito o de un acto del demandado por el recurso o de un tercero y el recurrente disminuye su petición de modo correspondiente; por ejemplo, porque el demandado del recurso lo ha desgravado en parte mediante renuncia o pago parcial. No obstante, si el recurrente limita sin tales causas lo pedido, de manera que no alcance los límites mínimos del recurso, o en otra forma lo satisface, de manera que disminuye la petición del recurso, y este no alcanza ya los límites de la cantidad mínima, llega a ser inadmisible el recurso que fue admisible hasta entonces (Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, pp. 363-364; cfr. Loutayf Ranea, Rodolfo, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, op. cit.*, T. I, p. 386).

recusación del Secretario (art. 39), la que admite la intervención de terceros (art. 96), el auto que dispone la acumulación de procesos (art. 191), la resolución que admite el hecho nuevo (art. 366), las que versan sobre producción, denegación y sustanciación de pruebas (art. 379), las que se dicten durante el trámite de cumplimiento de la sentencia de remate (art. 560), las decisiones adoptadas en la denuncia de daño temido (art. 623 *bis*), las que ordenan la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 *ter*), entre otras.

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.

654.2 Renuncia anticipada al derecho de recurrir

En el parágrafo 620.4, con este título, adelantamos la posibilidad que tienen las partes de acordar contractualmente la renuncia a recurrir la sentencia de primera instancia ante una hipótesis eventual de conflicto que los lleve a tribunales. Resta observar qué sucede cuando, producido el proceso e incorporado a este el documento que acredita la declinación voluntaria, el juez se encuentra con un recurso de apelación interpuesto por quien acordó no hacerlo.

El tiempo para resolver está, justamente, cuando el *a quo* debe conceder o denegar la impugnación interpuesta; si lo concede, la contraparte podrá resistir en dos vías. O mediante reposición contra la providencia simple; o con el incidente de nulidad ante el error incurrido. La decisión de una u otra senda dependerá de cómo se concede el recurso. Si lo es en la forma habitual despojada de fundamentos y sin más aclaración del efecto que corresponde, pareciera apropiado el carril de la revocatoria. En cambio, si el juez tiene en cuenta el documento donde asienta la renuncia y lo deja de lado por los motivos que desenvuelva en la resolución, el incidente puede ser el camino correspondiente.

Recuérdese que la declinación se puede ver como una acción voluntaria que se pone en contradicción cuando se presenta un recurso; pero la doctrina ha señalado que, si bien se ha admitido la validez de la renuncia anticipada a interponer recurso de apelación, ello es así cuando la cláusula de marras afecta a ambos contendientes, porque si

una de ellas conservara esa facultad, resultaría quebrantado el principio de igualdad de raigambre constitucional.[3501]

Al disponer la procedencia de un recurso desistido convencionalmente antes de que ocurrieran los hechos que lo generan, el juez no hace más que aplicar su poder jurisdiccional como intérprete de la Constitución, en cuanto significa ordenar sobre derechos disponibles e indisponibles. De este modo, una declinación predicha puede ser una manifestación clara de abuso o una limitación al ejercicio de derechos cuya plenitud no se puede obstruir (como es el derecho de defensa en juicio).

En este sentido se ha dicho que la norma que impone la renuncia anticipada, de acuerdo con el artículo 31 de la Resolución General 65/97 (AFIP), a toda acción o recurso contra las disposiciones que se dictaren en el trámite del régimen de reintegro abreviado no alcanza a la revisión judicial del acto, más aun cuando la decisión administrativa cuestionada no formuló reparo alguno a los créditos en ese aspecto sino que, sin fundamento, los incluyó en igual situación que aquel que sí fue observado, y respecto del cual podrá invocarse la renuncia por sometimiento.[3502]

No obstante, la doctrina legal no es uniforme porque cuando se dio preferencia a los artículos 872 y 1881, inciso 3, del Código Civil –hoy derogados–, se toleró la renuncia como un derecho disponible,[3503] a diferencia de quienes lo consideran irrenunciable.[3504]

3501. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T.V, p. 32.

3502. CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, "Naturchem S. A. c./ AFIP-DGI", 13/4/199, LL *online*.

3503. Cabe hacer lugar a la renuncia anticipada al derecho de interponer recurso de apelación, procedencia fundada en los arts. 872 y 1881, inc. 3, del Código Civil, pues la renuncia constituye un derecho del individuo que no afecta al orden jurídico y, asimismo, la doble instancia no configura un requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio (CNCiv., Sala G, "The First National Bank of Boston c./ Lamanna, Juan C.", 18/9/1997, *LL*, 1998-B-242; *DJ*, 1998-1-648).

3504. La renuncia anticipada del derecho a apelar no posee "per se" influencia alguna sobre la facultad del perdidoso de impugnar judicialmente la resolución que le resulte adversa por vía de interposición del recurso de nulidad, en tanto este último es irrenunciable a tenor de lo normado por el art. 29 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Rosario, Sala II, "Pipino de Rovere, Romilda L. c./ Yosa, Oscar H.", 11/3/1997, *LL Litoral*, 1998-1-36, con nota de Alberto Maurino).

654.3 Abandono o deserción del recurso

Otra forma de limitar el conocimiento del juez *ad quem* sucede por la propia acción del recurrente, quien abandona el interés de seguir con la queja articulada, no cumple con los actos que debe realizar (básicamente, la presentación del memorial o la expresión de agravios) o, habiéndolos cumplido, declina continuar el trámite.

El abandono puede ser fruto del descuido o negligencia y no admite revertir el error por aplicación del principio de preclusión. También puede ocurrir por una decisión voluntaria de la parte que algunos asimilan al desistimiento.[3505]

Por su lado, el desistimiento puede ser expreso o tácito. El primero sucede cuando se dispone no continuar con el recurso articulado; el segundo, cuando la inactividad genera la deserción del acto que implica el desistimiento. En uno u otro, a diferencia de la declinación del proceso (art. 304, Cód. Proc.), no se requiere anuencia de la contraria; y puede suscitar más que un efecto procesal de renuncia, al impactar en el derecho material que se consolida con la sentencia de primera instancia. Inclusive, se advierte que cuando el desistimiento es del recurso contra una decisión que no es definitiva, puede llevar aparejado la pérdida de un derecho material; ello ocurriría, por ejemplo, cuando se ha denegado injustamente por el juez de primera instancia una prueba decisiva para la solución del pleito a favor del recurrente; si este desiste del recurso que interpusiera contra la denegatoria del juez, con tal desistimiento se estaría disponiendo prácticamente del derecho material.[3506]

También, el desistimiento es *tácito* cuando pese al recurso deducido se cumple con la sentencia. La jurisprudencia interpreta que, a falta de manifestación expresa, la intención de renunciar puede resultar de cualquier manifestación o actitud de los autos que sea incompatible con la pretensión jurídica. Ello podría conducir a entender que

3505. Loutayf Ranea dice: "... el desistimiento del recurso, entonces, es el abandono del recurso ya interpuesto que hace el recurrente, a través de una declaración de voluntad formulada ante el juez *a quo* o ante el tribunal *ad quem*, según el momento del desistimiento. Es decir, el 'desistimiento' de recurso presenta la particularidad de referirse a un recurso ya interpuesto, y de que la declaración de voluntad se formula ante el órgano jurisdiccional" (*El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 279).

3506. Ibidem, p. 280.

el desistimiento del recurso de apelación puede ser expreso o tácito, considerando que este último opera cuando no se funda o mantiene el remedio en el momento procesal oportuno –deserción–, o si el apelante cumplió la condena recurrida.[3507]

Se discute la posibilidad de renuncias parciales, lo que a nuestro entender es perfectamente posible cuando se expresa en el memorial o en la expresión de agravios que se declina de fundamentar una parte de la sentencia o resolución oportunamente cuestionada. En cambio, se piensa que como el acto de apelar es único lo divisible es la fundamentación, y es esta, en todo caso, la que admite el desistimiento parcial.

Finalmente queda la *deserción*, que supone tener por no presentado un recurso que carece de los requisitos mínimos de fundamentación. Esta referida a la carga de fundar la apelación como lógica consecuencia de la necesidad de proporcionar a la alzada la medida de su actuación.[3508]

El caso se regula en el artículo 266 del Código Procesal.

> Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciere en la forma prescripta en el artículo anterior, el tribunal declarará desierto el recurso, señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas. Declarada la deserción del recurso la sentencia quedará firme para el recurrente.

En líneas generales, la deserción opera como una penalidad para quien no cumple con la carga de fundamentación precisa que señala el artículo 265 del referido ordenamiento, que se detiene en el análisis del tiempo y forma; el primero estudia si fue presentado dentro del plazo concedido; la restante se vincula con la insuficiencia técnica.

Por eso, se sostiene que corresponde declarar la deserción del recurso de apelación si no se formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos que conducen a la conclusión de la controversia, toda vez que la argumentación ingresa en un campo meramente hipotético

3507. CNCiv., Sala A, 29/3/1996, *ED*, 169-81, *LL*, 1998-D-919. Loutayf Ranea destaca otros supuestos como el pedido de ejecución de la sentencia apelada por quien recurre, o el pedido de caducidad de instancia realizado por el apelante, o el acuerdo de partes que pone fin a la instancia, o el pedido del Fiscal de cámara de que se confirme el fallo apelado por el fiscal de primera instancia (*El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, T. I, p. 283).

3508. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 479.

y conjetural que no demuestra la existencia de error de apreciación de las pruebas aportadas al proceso o en la aplicación del derecho.[3509]

Cabe agregar que la deserción se declara sin sustanciación previa aun cuando hubiese mediado pedido de parte. Si los agravios no alcanzan a toda la temática de la resolución recurrida, no se declaran deserciones parciales sino que la alzada tendrá por no revisables los aspectos no impugnados.[3510]

La doctrina incluye en los casos de deserción el recurso que deja de fundarse una vez notificada la concesión. Como el artículo 155 del Código Procesal establece la perentoriedad de los plazos, el solo vencimiento de ellos produce la caducidad del derecho que se ha dejado de usar, sin que requiera petición de parte o declaración expresa en tal sentido. Para Loutayf Ranea "... si el recurso ha sido concedido libremente corresponde también declararlo desierto si el apelante no presenta el memorial dentro del plazo establecido por el artículo 266 del Código Procesal, que también es perentorio".[3511]

655. Recaudos formales del recurso de apelación

Cabe diferenciar la articulación del recurso de la pieza escrita que lo fundamenta. Ocasionalmente se reúnen en un mismo acto (*v. gr.* apelación por el monto de los honorarios regulados) y, en general, depende del efecto y la forma como se concede la impugnación.

Rivas sostiene:

> ... la forma es el tipo de curso que habrá de sujetar el intento impugnatorio, *tipo* o *modelo* preestablecido por la ley, utilizable en los casos y

3509. CNCom., Sala A, "Gili de Coun, Mónica M. c./ Alico Cía. de seguros", 31/8/1999, *LL*, 2000-A-609, *J. Agrup.*, caso 14736. Temperamento que se repite al señalar que debe declararse desierto el recurso de apelación interpuesto cuando el recurrente no ha efectuado una crítica concreta y fundada tendiente a demostrar puntualmente los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que le atribuye al pronunciamiento recurrido respecto de la selección, apreciación y valoración de las pruebas aportadas al proceso y la aplicación del derecho efectuadas por el juez de grado (CNCom., Sala A, "Grajales Dabala, Raúl A. c./ Soffer, Fabio M. y otros", 8/10/1999, *LL*, 2000-E-921, *J. Agrup.*, caso 15253).

3510. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 483.

3511. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 286.

> bajo las circunstancias que esta determina y que abarca tanto aspectos meramente procedimentales como de sustancia procesal, pues según el *prototipo* de apelación podrá proceder o no una etapa instructoria o la alegación de hechos nuevos, cosa que, naturalmente, estará marcando una diferente extensión del conocimiento del tribunal *ad quem*.[3512]

Para nosotros, el principio de legalidad de las formas impone dar cumplimiento a tres niveles de exigencia: a) el *lugar* donde se debe presentar el recurso, b) el *tiempo* que divide la interposición del escrito o la alegación en audiencia del mismo acto, respecto del que corresponde a la fundamentación, y c) la forma propiamente dicha que significa puntualizar la crítica concreta, razonada y autosuficiente contra las partes de la resolución que se consideren equivocadas.

655.1 Lugar de presentación. Competencia

El recurso de apelación se presenta ante el mismo juez que dicta la providencia que genera el gravamen. Si este ocurre en el curso de una audiencia, la deducción se realiza en forma verbal en dicho acto, debiendo el juez conceder o denegar allí mismo por aplicación del artículo 36, inciso 3, apartado a] del Código Procesal.

El artículo 245 del Código Procesal establece:

> El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente. En este último caso se hará constar por diligencia que el secretario o el oficial primero asentará en el expediente.
> El apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso y si esta regla fuere infringida se mandará devolver el escrito, previa anotación que el secretario o el oficial primero pondrá en el expediente, con indicación de la fecha de interposición del recurso y del domicilio que se hubiese constituido, en su caso.

De las dos formas previstas, la escrita es la más habitual y corriente; pero la verbal no se descarta por la amplitud como se presenta, toda vez que no se restringe a los actos dictados en el curso de una audiencia. Por eso, si la diligencia que instrumenta la interposición oral de los recursos no está suscripta por el Secretario o el Prosecretario

3512. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 439.

administrativo (que el Código por un resabio no reformulado sigue llamando *Oficial primero*), deviene nula.

Tampoco interesa, en el caso, la falta de reparos de la parte contraria ni que el *a quo* conceda el recurso sin advertir el error, habida cuenta de que la competencia de segundo grado emana exclusivamente de la ley, es de orden público y por ende puede resolverse *ex officio* la improcedencia formal de aquellos.

Puede suceder que el expediente se encuentre fuera del juzgado cuando se tiene que presentar el recurso, en tal caso la apelación sigue al juez y no al espacio físico donde está contenida la resolución, es decir, debe presentarse en el lugar de competencia funcional del órgano apelado en lugar de hacerlo en el expediente.

El error tiene consecuencias inevitables que la jurisprudencia ha restringido; por eso se afirma que si bien no procede tener en cuenta el escrito con el cargo presentado en un juzgado distinto al del lugar de radicación del juicio, tampoco corresponde establecer criterios rígidos en cuanto a su validez, cuando se encuentra acreditado que se trató de un error excusable, en razón de que ambos juzgados se encontraban ubicados en el mismo piso del edificio de tribunales y la dependencia en la cual se dejó el escrito no advirtió la incorrecta presentación.[3513] Este criterio tiene presente que los escritos judiciales deben ser presentados en la hora y lugar correspondientes, a los fines de su validez, y la equivocación sobre dichas circunstancias resulta un error inexcusable para el presentante, pero considera que corresponde evaluar la trascendencia de la presentación a fin de no incurrir en un rigorismo formal innecesario.

En esta línea se sostiene que es procedente la interposición de un recurso de apelación ante el tribunal de alzada y no ante el juez que dictó el acto recurrido, cuando el expediente se encuentra elevado por este a la alzada en virtud de los recursos interpuestos, pues de otro modo se privilegiaría un rigorismo extremo en detrimento del derecho de defensa.[3514]

3513. Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala III, "D'Angelo, Guillermo M. c./ El Comercio Cía. de Seguros a prima fija", 14/2/2006, *LL Patagonia*, 2006, p. 346.

3514. CNCiv., Sala K, "Sosa, Faustino c./ Interclínicas S.A., 28/5/2003, *LL*, 2003-E-208; *DJ*, 2003-2-918. Asimismo, la expresión por adelantado de los motivos del recurso no comporta, en definitiva, otra cosa que la renuncia a un beneficio –temporal– que la ley otorga (CNCiv., Sala F, "V., S. M. c./ D. de V., M.", 21/6/1996, *LL*, 1997-A-371; *J. Agrup.*, caso 11.222).

No obstante, cuando no hay causas justificables, se acentúa el concepto de error inexcusable, de modo que la presentación en primera instancia de la expresión de agravios de un recurso concedido libremente es equivocada.[3515] Inclusive, carecen de eficacia los cargos puestos en los escritos por una secretaría distinta de la actuante, debiendo tomarse como fecha de presentación de estos la de su recepción por la secretaría interviniente en la causa, quedando a cargo del presentante el riesgo de error en cuanto al lugar en donde se entrega el escrito.[3516]

En la presentación del recurso la regla general es la simple interposición, que obedece a la función asignada al juez de primera instancia, quien solamente debe conceder y asignar los efectos correspondientes al recurso. En realidad, el juez del recurso es quien concreta el análisis de la fundamentación.

Cuando la pieza se agrega debidamente motivada, se tiene que devolver el escrito al interesado debiéndose dejar nota en el expediente de haberse interpuesto la apelación, y notificando el auto que lo admite o concede. No obstante, si el juez *a quo* incurre en error formal y da curso a la apelación efectuada en violación a la norma, debe considerarse regular y fundada.[3517]

De todos modos, conviene tener presente que el principio de oportunidad procesal evita anticipar actos en etapas impertinentes, circunstancia que si bien se posterga por la vigencia de otro principio (*todas las nulidades del proceso son relativas*) no deja de tener plena aplicación cuando el juez dispone el desglose del escrito, aunque deje constancia de la fecha y hora de la interposición, a los fines de no violentar el derecho de defensa en juicio.

Finalmente, la competencia del tribunal de alzada (juez del recurso) permite revisar el juicio de admisión, dado que está facultado para examinar de oficio la admisibilidad del recurso, pues sobre ese punto no se encuentra ligado ni por la conformidad de las partes ni por la resolución del juez de primer grado, aun cuando esta última estuviese consentida.

3515. CNCiv., Sala G, "Domper, Manuel R. y otro c./ Coffinter, S. A.", 7/10/1983, *LL*, 1983-D-583.

3516. CN del Trabajo, Sala II, "Munga, Daniel R. y otro c./ Polarsa S. A.", 10/12/1990, *DT*, 1991-A-987; *DJ*, 1991-2-338.

3517. CNCiv., Sala F, "Deckers, María E. y otros c./ Medaura, Ricardo D.", 11/4/1995, *LL*, 1996-B-741 (38.646-S).

Esta facultad –sostiene Falcón– tiene razones muy sencillas:

> La resolución del juez de primera instancia no causa estado y tampoco precluye el tratamiento de la cuestión resuelta, porque la admisibilidad definitiva del recurso importa asignar competencia al Tribunal Superior para entender en la causa. Así se entiende fácilmente que el tribunal de primera instancia no puede dar competencia al de segunda para tratar el tema: a) porque la competencia es especialmente asignada por la ley, y es improrrogable en estos supuestos, b) porque la revisión de la declaración de competencia corresponde al mismo juez o tribunal, y en su caso la revisión siempre es hacia "arriba", es decir por el "superior" si la providencia fuese apelada. Pero en modo alguno corresponde al "inferior" prefijar dicha competencia.[3518]

655.2 Plazos

No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar es de cinco (5) días (art. 244, Cód. Proc.), conforme la tónica que establece el artículo 150 del mismo ordenamiento. El plazo se cuenta a partir del día siguiente de la notificación de la providencia, o desde que se toma conocimiento de esta y se notifica personalmente.

En algunas legislaciones especiales el plazo cambia, por ejemplo, en la ejecución prendaria es dos (2) días según lo establece la parte final del Decreto Ley N° 15348 ratificado por Ley N° 12962. Por su parte, el artículo 15 de la Ley N° 16986 establece que el recurso de apelación contra la sentencia definitiva debe ser deducido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de notificada la resolución impugnada, plazo que corre de hora en hora, es decir, en forma continua y sin regir el plazo de gracia.[3519]

3518. Falcón, Enrique Manuel, *El juez del recurso*, *LL*, 1987-D-492.

3519. Tratándose de un plazo en horas el que establece el art. 15 de la Ley N° 16986, en cuanto prevé que el recurso de apelación en la acción de amparo debe interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada, dicho término debe computarse hora a hora desde el momento en que se practica la notificación, operando su vencimiento al terminar la última de las horas señaladas (CNFed. Civil y Com., Sala I, "Szymkowicz, Margarita c./ IOMA", 21/5/2002, *DJ*, 2002-2-987).

655.3 La fundamentación del recurso: memorial y expresión de agravios

Una vez concedido el recurso, la forma como se otorga determina el tiempo para la fundamentación. Cuando se lo concede *en relación*, se debe presentar ante el juez *a quo* el llamado *memorial*, que es el escrito que contiene los motivos y argumentos que contra esa resolución deduce. En cambio, si la concesión es *libre* se posterga hasta que la Cámara de Apelaciones pone los autos a los fines de que las partes *expresen agravios*.

Los fundamentos 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, porque si este embate no se cumple o se lleva a cabo en forma deficitaria, el decisorio deviene firme. A continuación, se detallan los ítems en cuestión.

a. La firma: el escrito de *interposición del recurso* debe llevar la firma de la parte y su patrocinante, es un requisito esencial que no se puede suplir con la ratificación desde que se considera inexistente al acto.[3520]

3520. La jurisprudencia repite que se configura un acto jurídico inexistente y ajeno, como tal, a cualquier convalidación posterior, el escrito de interposición del recurso de queja que carece de la firma de su presentante –arts. 1012, Código Civil; 118, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 46 del Reglamento para la Justicia Nacional–, lo cual no puede ser suplido por el letrado que no invocó poder para representarlo ni razones de urgencia que hagan aplicable el art. 48 del Código citado (CSJN, "Topa, Antonio F. y otro c./ Serafini y Compañía S.A. y otros", 26/4/2005, LL *online*; "Cortés, Imer G c./ La Caja Compañía de Seguros", 5/4/2005, LL *online*). Asimismo se afirma que corresponde rechazar la petición de la demandada de considerar inexistentes ciertos actos procesales por carecer de la firma auténtica de la contraparte, pues los escritos judiciales revisten el carácter de instrumentos públicos y se realizan bajo la responsabilidad profesional de quien asiste jurídicamente al presentante, correspondiendo otorgarles por tal circunstancia preliminar autenticidad en tanto no se demuestre lo contrario con muy fundadas razones (CNCiv., Sala K, "De Leo, Julio C. c./ Martin, Dora R. y otros", 22/3/2002, *LL*, 2002-D-833). Corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora mediante un escrito fotocopiado, con firma también fotocopiada, pues, dicha firma es asimilable a la inexistente y de acuerdo al art. 118 del Código Procesal Civil y Comercial, los escritos deben estar firmados por los interesados y la falta de cumplimiento de dicha exigencia no es subsanable una vez vencido el plazo para formular la expresión de agravios (SC Buenos Aires, "Losada, Patricia M. c./ Provincia de Buenos Aires", 9/11/2005, *LLBA*, 7/2006 , 764). Los escritos judiciales deben contener la firma de sus presentantes ya que, como instrumento pri-

Cuando la firma que falta es la del letrado la situación es diferente porque, llevando la de la parte, se hace manifiesta la intención de recurrir y no se podría negar ese derecho por una exigencia ritual que no está prevista en el artículo 56 del Código Procesal, en el que se pide para todos aquellos escritos donde se *sustenten o controviertan derechos*.[3521] En todo caso, corresponderá citar al profesional para que la integre bajo apercibimiento.

Sin embargo, esta idea, que cuenta apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,[3522] no está plenamen-

vado que adquiere fecha cierta por el cargo, la ausencia de firma torna inexistente el acto procesal que se pretende instrumentar por carecer de uno de sus elementos esenciales para su configuración en el mundo jurídico (CNCiv., Sala A, "Djibilian, Javier P. c./ Esperon, Elsa y otros", 29/8/2007, *Exclusivo Doctrina Judicial online*). Constituye un acto jurídico inexistente el escrito de interposición de un recurso de apelación firmado únicamente por el letrado patrocinante del interesado, quien no invocó poder para representar al recurrente ni razones de urgencia que hagan aplicable lo previsto en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santiago del Estero ya que, la firma de las partes configura un elemento esencial para la existencia del acto (del voto en disidencia parcial del Dr. Santillán) (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Santiago del Estero, "Ayuch, Daniel c./ Abbondandolo, María Felisa y otro", 12/10/2007, *LL NOA*, 7/2007, p. 640). El escrito de interposición de demanda que carece de firma del accionante resulta un acto inexistente, en tanto está desprovisto de un requisito esencial (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 29, "Bustos, Yolanda Nenúfar c. Palacios, Alfredo", 21/9/2006, LL *online*).

3521. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op.cit.*, T. 2, pp. 50-51.

3522. El caso que lo origina es el de un procesado que se encontraba privado de su libertad y que fue notificado de la condena, revocó el poder otorgado a su abogado defensor e hizo entrega de un escrito titulado "recurso de casación" donde manifestaba su voluntad de recurrir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía extraordinaria federal. En ese marco, se designó asesor letrado quien manifestó la imposibilidad de ejercer una adecuada defensa por no contar con tiempo material. Admitidas las razones expuestas, el *a quo* declaró inadmisible el recurso del imputado por defectos formales, decisión contra la cual se interpuso queja. El Alto Tribunal hizo lugar a la presentación directa, sosteniendo los argumentos que se detallan a continuación. 1) La garantía de la defensa en juicio –en materia penal– no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende, según los casos, a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (del voto de los doctores Caballero y Belluscio); 2) Frente a la expresa manifestación del recluso de su intención de recurrir a la vía extraordinaria local y federal encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de no poder cumplir su cometido por no

te respaldada, si tenemos en cuenta que los escritos judiciales son, en esencia, actos jurídicos y si carecen de firma, deben considerarse inexistentes, debiendo el juez declararlo de oficio.[3523]
No hay discrepancias, en cambio, si la ausencia de firma corresponde al memorial en la expresión de agravios, sea de la parte o del letrado, porque estos son escritos de fundamentación que impiden al juez o tribunal proveerlos,[3524] pero no a anularlos ni tenerlos por inválidos.

---

contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y brindar la posibilidad real de apelación, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio (del voto de los doctores Caballero y Belluscio); 3) No basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor (CSJN, Fallos, 310:1934, "Gordillo, Raúl").

3523. El escrito judicial presentado sin firma de la parte ni del letrado, resulta un acto jurídicamente inexistente a la luz de la doctrina que informa la norma del art. 1012 del Código Civil y, por ende, no resulta susceptible de convalidación posterior (CNFed. Civil y Com., Sala II, "Boeing S.A. c./ Sutaf Ltda. Sociedad Uruguaya de Transporte a Flete", 30/3/1999, LL *online*). La falta de firma del apelante en el escrito de interposición del recurso de apelación torna inexistente el acto, aun cuando la copia llevara la firma de dicha parte (CNFed. Civil y Com., Sala II, "Riomar Conservas Ltda. c./ Noriega Homero C.", 20/10/1998, LL *online*; CNCiv., Sala, "E. V., E. E. c./ S., J. L. y otros", 27/12/1996, *LL*, 1997-E-1036; *DJ*, 1998-3-1011; CNCiv., Sala A, "Blanco, Alfonso c./ Consorcio de Propietarios Riobamba 212", 3/10/1994, *LL*, 1995-B-321; *DJ*, 1995-2-14). Tratándose de un escrito que no lleva firma, tal carencia hace que se trate de un acto jurídico inexistente, ajeno como tal a cualquier convalidación posterior (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala II, "Collazo, Diver I. y otro c./ Rullo, Héctor C. y/u otro", 20/11/1991; CNCiv., Sala H, "Chiano, Norberto E. c./ Santo, Atemor", 27/8/1990, *LL*, 1991-B-327; *DJ*, 1991-2-141).

3524. Si el escrito de interposición del recurso de hecho carece de un requisito esencial como es la firma, no puede producir los efectos procesales perseguidos, toda vez que constituye un acto jurídico inexistente e insusceptible de convalidación posterior (CSJN, "Sánchez, Elena A. B. c./ Municipalidad de Florencio Varela", 5/7/1994, LL *online*). No produce efectos procesales el escrito del recurso de queja que, si bien fue presentado en término, carece de un requisito esencial como es la firma de su presentante, insusceptible de ser suplida por la del letrado que no ejercía su representación, ni por la firma puesta por aquel tardíamente. Por tal razón, el acto debe reputarse como inexistente e insusceptible de convalidación posterior (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala II, "Cayo Vilte, Impera J. c./ Vega, Demetrio y otra", 11/3/1997, *LL*, 1998-D-863; *LL NOA*, 1998, p. 895). Si la expresión de agravios carece de firma, es inexistente el acto jurídico que se pretende instrumentar mediante dicho escrito (art. 1012, Código Civil), porque la firma es el elemento constitutivo e indispensable para la formación del acto aludido (CN Trabajo, Sala I, "Román, David V. c./ Daly y Cía. S.A.", 30/11/1987, *DT*, 1988-B-1272 – *DJ*, 1989-1-262).

La carencia de firma de la parte se puede subsanar dentro del plazo que se tiene para expresar agravios; vencido este, precluye la oportunidad y el recurso se vuelve inexistente debiendo desglosarse del expediente.

Hay casos donde el recurrente que interpone la apelación es un profesional que invoca la representación de una parte sin justificar la personería como se ordena en los artículos 46 y 47 del Código Procesal. En esta situación:

> … el juez debe exigir de oficio el cumplimiento de ese requisito, fijando plazo para ello, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado, solución que resulta justificada teniendo en cuenta que la caducidad de derechos debe interpretarse restrictivamente. Si accediendo a la intimación se acompaña debidamente el poder y se justifica la existencia de la representación al momento de interponer el recurso de apelación, corresponde tener por subsanada la omisión y continuarse con los procedimientos. En cambio, si no se acompaña el poder en el plazo otorgado en la intimación, resulta aplicable en tales supuestos la jurisprudencia que establece que debe declararse mal concedido el recurso de apelación si quien apela es un letrado en representación de la parte y sin tener mandato; lógicamente, queda a salvo el supuesto de que la parte ratifique el acto del profesional, lo que debe realizarse dentro del plazo perentorio que tenía para realizar el acto (apelar en el caso), dado que vencido dicho lazo la ratificación posterior resulta ineficaz.[3525]

Quizá el problema más gravoso sea el de las *firmas falsificadas* porque, comprobada la falsedad, el acto queda sin rúbrica y, como tal, es inexistente. Esta no lleva a la nulidad de todos los actos que siguen a la presentación de un escrito con firma falsa, porque las actuaciones emanadas del tribunal, como de cualquiera de las partes y que contengan los requisitos mínimos para su existencia, podrán verse afectados de nulidad procesal, pero nunca podría ponerse en duda su propia eficacia. De lo contrario en algunos casos podría arribarse a una conclusión por cierto errónea como sería la de negar la misma

3525. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. 2, pp. 52-53.

existencia de toda una causa judicial porque un escrito de una de las partes –tal vez intrascendente– careciera de firma.[3526]
Genéricamente no se duda de que los escrito cuyas firmas son inauténticas, deben considerarse no presentados, aunque el interesado las reconozca como suyas, porque al estar privados de eficacia jurídica impiden toda convalidación posterior. Esta es la tesitura de la Corte que la jurisprudencia ha seguido sin dobleces.
Sin embargo, advierte Falcón:

> … la cuestión plantea alguna incongruencia que es necesario solucionar. De acuerdo con el Código Procesal nacional, en el art. 170, la nulidad no puede ser declarada si el acto ha sido consentido aunque fuera tácitamente por la parte que tiene interés en la declaración, lo que sucede si no promueve el incidente dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto. Pero, por otro lado, los actos inexistentes no pueden ser subsanados. ¿Cómo se resuelve el problema?

Los actos inexistentes, dice Palacio,[3527] carecen de toda posibilidad de producir efectos jurídicos, no requieren una previa declaración judicial que los extinga y, si fuere el caso, aquella

3526. La carencia de firma del letrado apoderado en el escrito de expresión de agravios, por afectar un elemento esencial del acto, lo torna jurídicamente inexistente, y por lo tanto, no puede considerárselo procesalmente válido para cumplir la finalidad perseguida, en tanto una solución contraria violentaría el derecho de defensa en juicio de la otra parte (del voto en disidencia de doctora Zampini) (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "La Brianzola S. R.L. c./ Balinotti, Ricardo", 18/9/2008, *LLBA*, 10/2008,p. 1006). Corresponde rechazar *in limine* el planteo incidental que dice apócrifas las firmas atribuidas al accionante, pues, la cuestión no radica en si los escritos que contienen las firmas cuestionadas como falsificadas son o no inexistentes, sino en la oportunidad del planteo a la luz del artículo 170 del Código Procesal que es aplicable a la alegación de nulidad cuanto de inexistencia (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala II, "Iribarren, Sandra Ofelia Gabriela c./ Polvoroni, Carlos Pedro", 12/4/2007, LL *online*). Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado contra la sentencia que declaró inexistente el escrito de expresión de agravios por carecer de rúbrica del letrado actuante, ya que en virtud de la anómala situación acaecida a raíz de ponerse el cargo en la fotocopia del escrito y no en el escrito mismo, se puso seriamente en riesgo el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, al haberse dictado sentencia sin tener en cuenta los agravios (SC Buenos Aires, "Sandoval, Faustino c./ Quintana, Carlos C. y otros", 14/2/2007, LL *online*).

3527. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 154.

declaración puede tener lugar sin límite temporal alguno, aspecto sobre el que coincide la doctrina tradicional citada por el mismo autor (Alsina, Colombo, Costa, Zanzucchi). De manera que el planteo de inexistencia, que excede el de nulidad, no puede ser realizado por incidente de nulidad como ha dicho cierta doctrina, sino que debe hacerse por vía incidental directa, ya que el incidente de nulidad estaría fuera de tiempo.

Ahora bien, cuando hay un acto en el proceso al cual le falta un elemento esencial, como la firma de la parte (ya sea porque se omitió, ya sea porque ha sido falsificada, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en este último caso), el defecto puede ser saneado por la parte interesada antes del vencimiento del término a que el acto estaba sometido.

Si dentro del plazo para la realización del acto la parte interesada no lo subsana (en nuestro caso, lo ratifica o presenta un nuevo escrito), no puede hacerlo en el futuro y el acto será inexistente. La pregunta, entonces, es: ¿en todos los casos se podrá pedir la inexistencia del acto? (y hacer caer naturalmente todos los actos procesales posteriores que sean consecuencia de este). La respuesta debe ser negativa, porque todos los actos no tienen el mismo valor y la secuencia procedimental del sistema no se enerva por la inexistencia de determinados actos.

Así, solamente pueden ser atacados los actos que contengan un pedido de parte que haga a su interés jurídico, pero no aquellos del procedimiento cuya presentación es eventual para la parte, pero no necesaria ni contienen un interés jurídico particular. Al respecto el Código Procesal, es muy explícito cuando regula las facultades ordenatorias e instructorias del juez en el artículo 36, inciso 1:

"Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo las medidas necesarias". De tal modo que en los casos que el acto tiende al desarrollo del proceso, pudo ser realizado de oficio y no creó indefensión o perjuicio para la contraria, si bien el acto es inexistente, su existencia o inexistencia no tiene la continuidad del mismo importó tácitamente su voluntad jurisdiccional

constitutiva del acto faltante, dentro de sus facultades y por ello no puede argüirse su inexistencia para afectar el proceso.[3528]

b. Domicilio: el Código Procesal reglamenta en el artículo 249:

> Cuando el tribunal que haya de conocer del recurso tuviere su asiento en distinta localidad, y aquel procediere libremente, en el escrito o diligencia a que se refiere el art. 245 el apelante, y el apelado dentro del quinto día de concedido el recurso, deberán constituir domicilio en dicha localidad.
> Si el recurso procediere en relación, las partes deberán constituir domicilio en los escritos mencionados en el art. 246.
> En ambos casos, la parte que no hubiese cumplido el requisito impuesto por este artículo quedará notificada por ministerio de la ley.

Esta disposición solamente se puede aplicar a la justicia federal; por ello, cuando no se cumple con la carga de constituir domicilio dentro de la jurisdicción correspondiente al tribunal que deba resolver el recurso, se aplicarán las consecuencias del artículo 41, es decir, que todas las disposiciones que se dicten, a excepción de la sentencia definitiva, quedarán notificadas por ministerio de la ley.

La oportunidad está señalada: si el recurso se concede *libremente*, la constitución de domicilio debe hacerse dentro del quinto día de concesión del recurso. Y si fuera fundamentado en el acto de interposición, de modo tal que corresponda devolverlo, el Secretario o el oficial primero anotarán en el expediente la fecha de interposición del recurso y del domicilio que se hubiese constituido.

Cuando el recurso se concede en relación, la constitución del domicilio legal en el radio de jurisdicción del tribunal de alzada, se debe hacer dentro del quinto día de notificada la providencia que lo acuerde. Para la contraria, el plazo coincide con el de contestación de los agravios.

La omisión no impide que se haga posteriormente, porque el efecto que produce es que las notificaciones que deban hacerse en dicho domicilio procesal se concretan por ministerio de la ley.

3528. Falcón, Enrique Manuel, "Escrito con firma apócrifa", *LL*, 1191-C-436.

c. Copias: de la fundamentación del recurso corresponde acompañar tantas copias como partes existan. La omisión de ellas se rige por las reglas del artículo 120 del Código Procesal.
En los supuestos en que se omite acompañar tantas copias como partes intervienen en la litis, dada la gravedad de la sanción prevista, no corresponde atenerse a una interpretación literal que puede conducir a consecuencias no queridas por el legislador; el interesado debe pedir la suspensión del término pertinente hasta que sea provisto de las copias necesarias, por ser tal solución la que mejor se adecua a fin de asegurar el derecho de defensa; y dado que no habiéndose adoptado oportunamente las medidas dispuestas por dicha norma, no cabe hacerlo después sin dar oportunidad al presentante de suplir la omisión en que incurrió.[3529]
La falta de copias obliga a devolver el escrito que se presenta, a excepción de que se articule en el plazo de dos días (no de tres días, que es el plazo de la reposición para las providencias simples) contados desde la notificación automática (art. 133, Cód. Proc.) la reposición con el cumplimiento simultáneo de la medida. No obstante, si no se han adoptado oportunamente las medidas dispuestas, no cabe hacerlo con posterioridad sin dar oportunidad al presentante para suplir la omisión.
Cabe observar que la intimación prevista para el supuesto de omitir la presentación de copias de escritos se notifica por ministerio de la ley sólo cuando es dictada oportunamente, mientras que en caso de ser dictada posteriormente a la presentación en la que se omitió acompañar estas corresponde su notificación por cédula o personalmente. Por eso, la intimación para que se acompañe copia del escrito presentado debe notificarse personalmente o por cédula cuando se trata del primer auto posterior a la extracción de las actuaciones del legajo de paralizados respectivo.[3530]

3529. Por ello, para evitar perjuicios que se pueden impedir, resulta apropiado dar oportunidad al presentante de suplir dicha omisión (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Martínez, Elsa S. c./ C.N.A.S. y otro", 18/4/2000, *LL*, 2001-B-631; *DJ*, 2001-2-392).

3530. CNCiv., Sala A, "C., T. F. D. c./ M., L. M.", 1/8/1994, *ED*, 160-618.

La firma en 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. No obstante, cabe destacar que la exigencia de la firma de las copias que se alude es un requisito secundario.

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. La norma 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 (5) días estuviese consentido. Criterio que a veces no se comparte, aplicando la tesis acerca de que la omisión de acompañar las copias para un traslado sólo habilita a la contraparte a pedir la suspensión del plazo pertinente, a fin de contar con los elementos de juicio que le posibiliten el ejercicio del derecho de defensa en juicio, pero de modo alguno pueden dar basamento a una excepción.

d. Pago de impuestos: la falta de pago del impuesto o sellado de justicia no impedirá en ningún caso la concesión o trámite del recurso (art. 252, Cód. Proc.).

Esta disposición que tiene una finalidad justa y precisa, en la actualidad carece de sentido porque el recurso de apelación no está gravado como sí lo estuvo en el sistema del código de procedimientos. En esa oportunidad, la falta de pago del gravamen provocaba la demora en la remisión del expediente a la Cámara, y se utilizaba como manifiesta expresión de malicia procesal.

Por eso, no se puede utilizar este dispositivo legal para remediar situaciones donde el pago de impuestos de justicia o sellados de actuación se exigen como requisitos de admisibilidad del recurso (*v. gr.* depósito en el recurso de queja por denegación del extraordinario), porque en tal caso, se trata de dar cumplimiento con presupuestos establecidos a ese fin.

656. Concesión o denegación del recurso

La apelación interpuesta genera en el juez el deber de extender la jurisdicción (art. 166, inc. 6, Cód. Proc.) para decidir sobre la admisión del recurso, y en caso de acordar su procedencia, para resolver la eventual oposición al efecto dispuesto (art. 246, Cód. Proc.). La revisión que realiza asienta en los recaudos formales de procedencia, a cuyo fin la pauta principal se encuentra en 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*.

Los llamados "efectos de los recursos" se relacionan con el tiempo de fundamentación y con la oportunidad de intervención del tribunal que debe resolverlo. 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, 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. 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 Cámara de Apelaciones.

El recurso que se concede *en relación* procede contra toda providencia que no sea la sentencia definitiva, y como resulta para la concesión libre, puede llevar efectos *suspensivos* o *devolutivos*.

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 (5) días, art. 246) para presentar los agravios que tiene contra esa disposición, en la pieza que 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 sea 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.

656.1 Estudio previo a la admisión

Al interponerse el recurso de apelación el juez tiene que analizar los presupuestos antes vistos:

a. legitimación del recurrente;[3531]
b. posibilidad de impugnación que tiene la providencia cuestionada;[3532]
c. existencia de gravamen;[3533]

3531. La falta de legitimación procesal –en el caso, opuesta contra la demanda de nulidad de dos resoluciones del Banco Central de la República Argentina por medio de las cuales se dispuso el retiro de la autorización para funcionar de tres compañías financieras propiedad de los reclamantes, así como también la quiebra de dos de ellas–, puede ser resuelta de oficio por el juez, en tanto se trata de una de las condiciones de admisibilidad de la acción y presupuesto de una sentencia útil (CSJN, "Defranco Fantín, Reynaldo Luis c./ Estado Nacional - Ministerio de Economía y otros", 7/4/2009; *La Ley*, 4/0/2009, p. 11). Corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la decisión que desestimó la excepción de falta de personería opuesta como de previo y especial pronunciamiento, pues no se cumple con el requisito subjetivo de admisibilidad dispuesto por el artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que la decisión no le causa un agravio irreparable y cuando se rechazó la mencionada excepción, implícitamente, se admitió la posición del recurrente toda vez que se dispuso que la subsanación del mandato no debía ser aplicada retroactivamente (CNCom., Sala D, "Muelle del Plata SR.L. c. Lisam S.A.", 11/12/2008, *DJ*, 3/6/2009, p. 1520).

3532. Debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que declaró la admisibilidad de los créditos en los términos del art. 36 de la ley de concursos y quiebras, pues la resolución atacada se encuentra alcanzada por el principio de inapelabilidad que establece el art. 273, inc. 3, de la citada ley y no se aprecia configurada una situación extrema que suponga la apertura de la instancia recursiva (CNCom., Sala B, "Loustau Bidaut, Juan Carlos s/ conc. prev.", 25/3/2009, LL *online*).
A los fines de la admisibilidad del recurso de apelación en cuanto al monto, la totalidad del capital reclamado en la demanda sólo puede considerarse cuando ese capital sea, a su vez, íntegramente materia de apelación –confundiéndose con el valor cuestionado en aquella–, mas no cuando en la segunda instancia se controvierten aspectos parciales que, como tales, fueron objeto de demanda y con relación a los cuales se pretendió el cobro de montos determinados y determinables, supuestos estos en los que el valor cuestionado consistirá en esos montos debidamente actualizados (CNCiv., Sala E, "Gabriele, Guillermo Hugo c./ Ayala, Mario Alcides y otro", 30/9/2008, LL *online*).

3533. Es inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que dispuso que en cuanto a la prescripción adquisitiva cuya declaración se pretende y solicitud de verificación planteada en subsidio, deberá el interesado ocurrir por la vía y forma que correspondan, ya que no se presenta el requisito subjetivo de admisibilidad del recurso, en tanto la decisión recurrida no parece que pudiera ocasionar un agravio o perjuicio actual insusceptible de ulterior reparación en los términos que prescribe el art. 242 del Código Procesal (CNCom., Sala D, "González, Carlos Alberto Plácido", 26/6/2008, LL *online*).

d. oportunidad de interposición;
e. lugar donde se presenta[3534] y
f. la forma como se realiza.[3535]

La providencia que dispone admitir el recurso debe señalar el efecto acordado para el trámite; mientras que la denegación ha de fundarse para evitar el riesgo de arbitrariedad o discrecionalidad extrema que torne anulable el acto.

En uno u otro caso, la decisión toma cuerpo en una *providencia simple* que tiene que pronunciarse dentro del tercer día siguiente a la interposición del recurso (art. 34, inc. 3, Cód. Proc.). Si el juez denegare la apelación, dice el artículo 282 del ritual, la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la Cámara, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.

Tampoco cabe recurso contra el auto de admisión toda vez que allí termina la jurisdicción del *a quo*. En todo caso, quien interpreta que ha sido mal concedido debe manifestarlo en oportunidad de contestar la expresión de agravios o el memorial.

656.2 Apelación libre y en relación. Oposición

El recurso que se concede en forma libre es propio de las impugnaciones contra la sentencia definitiva. Significa que el recurrente tiene libertad para exponer ante el tribunal de apelaciones la suma de gravámenes que considera le produce la resolución que ataca, y que

3534. El error en que incurrió el recurrente no resulta excusable si el escrito de interposición del recurso fue dejado en otro juzgado distinto al que tramita la causa (en el caso, el empleado del estudio no reparó, al dejar el escrito de apelación, que los juzgados tenían las mesas de entrada en forma conjunta y sin cartelera claramente identificatoria) (CNCiv., Sala C, "O., M. L. c./ R., P. R.", 19/6/1997, LL *online*).

3535. Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la queja por denegación del recurso de casación con sustento en que el recurso incoado por la defensa particular del imputado contra la sentencia condenatoria no contaba con fundamentación suficiente –en el caso, la abogada interpuso un recurso de apelación en un breve escrito–, ya que el proceder de dicha profesional no alcanzó a cubrir las exigencias mínimas del auténtico patrocinio letrado que requiere la garantía de la defensa en juicio, pues, no sólo omitió fundar la voluntad recursiva de su cliente sino que demostró un cabal desconocimiento de las características elementales de la vía procesal idónea para hacerlo (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CSJN, "Palacios, Lorenzo Walter", 11/11/2008, LL *online*).

por vía de principio, se reúnen en dos niveles de crítica: errores de juzgamiento y errores de procedimiento.

Además, la amplitud de la vía no es sólo de conocimiento sino de posibilidades para la revisión, dado que se puede replantear prueba, invocar hechos nuevos, acompañar documentación, entre otras facilidades con las que no cuenta el recurso que se concede en relación.

Precisamente dice Palacio:

> En lo fundamental, la diferencia que separa a ambos modos de concesión del recurso reside en la mayor o menor amplitud instructoria y en la consecuente complejidad o sencillez de las dimensiones formales y temporales del respectivo procedimiento, todo lo cual encuentra fundamento en la trascendencia y efectos de las resoluciones impugnables, de conformidad con una u otra de las modalidades analizadas.[3536]

Como estructura de procedimiento, el recurso que se concede *en relación* restringe el conocimiento a la providencia interlocutoria que causa gravamen, debiendo el apelante fundar la impugnación solamente en ella.

Una diferencia menor gira en torno al tiempo de fundamentar el recurso. Cuando se concede libremente, se debe esperar que el tribunal ponga los autos en condiciones de recibir las expresiones de agravio y sus contestaciones; mientras que la concesión en relación obliga a motivar una memoria dentro del plazo de cinco (5) días contados desde que se notifica *ministerio legis* el auto que concede la impugnación.

La admisión del recurso que se concede libremente produce un efecto suspensivo de la ejecutividad de la sentencia apelada y otro devolutivo, en virtud del cual el órgano judicial que conoce la apelación decide de nuevo sobre la controversia. La nueva sentencia puede ser coincidente con la del órgano judicial inferior o distinta, sustituyendo en cualquier caso la decisión anterior.[3537]

Si cualquiera de las partes pretendiese que el recurso ha debido otorgarse libremente, podrá solicitar, dentro de los tres (3) días, que el juez rectifique el error. Igual pedido podrán formular las partes si

3536. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 99.

3537. Fernández Barreiro, Javier, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 15.

pretendiesen que el recurso concedido libremente ha debido otorgarse en relación (art. 246, Cód. Proc.).

Este derecho de oposición a la forma como el recurso se concede pone dudas sobre el plazo para argüirla, porque la mención reglamentada de tres (3) días podría interpretarse como siguientes al de la fecha de concesión, pero de acuerdo con la regla de las notificaciones, dicha resolución quedará notificada el día martes o viernes siguiente al día de la providencia. El desacuerdo se puede replantear ante la Cámara de Apelaciones al tiempo de expresar agravios o de presentar el memorial, en su caso. E inclusive, el artículo 276 del Código Procesal le otorga al *ad quem* la facultad revisora.

En efecto, dice la norma:

> Si la apelación se hubiese concedido libremente, debiendo serlo en relación, el tribunal de oficio o a petición de parte hecha dentro del tercer día, así lo declarará, mandando poner el expediente en secretaría para la presentación de memoriales en los términos del art. 246.
> Si el recurso se hubiese concedido en relación, debiendo serlo libremente, la Cámara dispondrá el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 260.

La revisión a pedido de parte o de oficio del recurso concedido libremente, debiendo ser en relación, en la práctica sólo tiene influencia para enmarcar los agravios que podrán las partes deducir con los límites que supone esta forma de concesión.

En el caso contrario, presupone que el recurrente ha expresado agravios en la oportunidad prevista por el artículo 246. Por lo tanto, se prescribe que la Cámara debe disponer el cumplimiento del artículo 260 y no del 259, es decir, se subsana el error confiriendo al apelante la oportunidad de ejercer las facultades que hasta entonces le estaban vedadas en orden a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 275 del código adjetivo.

656.3 Efecto suspensivo

El efecto suspensivo genera la inejecución de la sentencia o del acto impugnado hasta que se resuelva el recurso que contra ella se interpone. Deriva de la aplicación del principio romano según el cual *appellatione pendente nihil innovarum*, y según de Couture:

> Esta consecuencia fluye directamente de la esencia misma de la segunda instancia. Si este es un procedimiento de revisión sobre los vicios posi-

bles 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.[3538]

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. En el primer caso, el proceso queda interrumpido sin posibilidad de regresar a primera instancia mientras esté pendiente de resolución el recurso; en el segundo, produce la paralización de los efectos siguientes o vinculados con la providencia atacada (*v. gr.* regulación de honorarios que no se pueden ejecutar) sin afectar las demás actuaciones del proceso.[3539]

La regla es que todo recurso procede siempre con "efecto suspensivo" y sólo excepcionalmente, cuando el ordenamiento así lo dispone, es "devolutivo"; pero en la práctica no se conocen recursos libres con efecto devolutivo. En cambio, la norma del artículo 15 de la Ley N° 16986 constituye la negación de la garantía constitucional que implica la protección sumaria de los derechos mediante la acción de amparo, pues como corolario de esa norma –que dispone que los recursos interpuestos contra resoluciones cautelares deben concederse con efecto suspensivo– puede sobrevenir el daño que se intenta evitar o tornarse en ilusorio el reconocimiento que persigue quien interpone dicha acción. Asimismo, aquella norma contraviene el orden imperante en materia de medidas cautelares, cuyas apelaciones se otorgan con efecto devolutivo para evitar gravámenes irreparables.

De la concesión libre surgen extensiones que impactan en el derecho de las partes y en las potestades del *a quo.* Para el recurrente, la

3538. Ibídem, p. 370.

3539. "Si la apelación ha sido contra la sentencia definitiva, el cese de la jurisdicción es absoluto y abarca toda la causa, con las excepciones señaladas (las del art. 166); si se trata de una interlocutoria que resuelva una cuestión incidental, la finalización de funciones puede ser absoluta, si lo resuelto pasa sobre el tratamiento de la pretensión principal (por ejemplo, las excepciones de previo y especial pronunciamiento) o el curso básico del proceso (por ejemplo, resolución que declara la cuestión de puro derecho); pero también puede ser relativa si lo decidido no tiene esa condición de principalidad (por ejemplo, lo referente a una medida cautelar), en cuyo caso seguirán las concernientes al curso citado. Igual fenómeno se produce con relación a providencias simples, en el caso de ser apelables según afecten o no la marcha del proceso principal" (Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios, op. cit.*, T. II, pp. 612-613).

habilitación de la segunda instancia comienza desde la notificación que pone los autos para que exprese agravios; mientras está en tránsito hacia este acto, puede declinar el recurso, solicitar medidas cautelares, pedir la expedición de testimonios, requerir inscripciones posibles (por ejemplo, si el proceso es de divorcio y la apelación resiste la causal dispuesta, se puede anotar en el registro la disolución del vínculo que ha quedado firme), deducir aclaratoria en tiempo y forma y, eventualmente, ejecutar la parte de la sentencia que ha quedado consentida.

Para el sentenciante, la concesión del recurso lo pone a cargo de instruir las providencias necesarias para que el expediente marche a segunda instancia, debiendo resolver cuanto se le pida en orden a la jurisdicción que conserva (art. 166, Cód. Proc.).

Ordenada la suspensión, los efectos sólo se pueden atacar por la oposición prevista en el artículo 246 antes referido; pero en la legislación surgen dos cuestiones que ponen en duda a esta regla: el recurso de atentado, y cuánto significa conceder el recurso en ambos efectos.

a. Recurso de atentado

Ordinariamente, la apelación de los pronunciamientos judiciales produce la "suspensión" de la actividad procesal que cumple el jurisdicente hasta tanto el órgano superior jerárquico de la magistratura revise y decida la providencia atacada. Excepcionalmente, la ley permite que el recurso se conceda con solo efecto "devolutivo", ejecutándose la sentencia mientras no sea revocada por la alzada.

En razón de ello, el efecto suspensivo es una consecuencia normal de la "devolución" de la jurisdicción; basado en este principio la Ley 26, Título 23, Partida 3, decía:

> Tenemos por bien et mandamos que mientras que el pleyto andobiere ante el juzgador de alzada, que el otro juez de quien se alzaron, non faga ninguna cosa de nuevo en el pleyto ni en aquello sobre que fue dado el juizio.

De modo tal que toda actividad del juez inferior que contrariaba esta regla daba lugar al recurso de atentado.[3540] Del precepto

3540. Díaz de Guijarro, Enrique, "El recurso de atentado contra el cumplimiento de sentencias y autos no consentidos, ni ejecutoriados", en Castro, Máximo (ed.), *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, p. 217. También en *JA*, 1946-II, pp. 44/51.

appellatione pendente nihil innovandum nace la calificación del instituto, también llamado "de innovación".[3541]

El recurso tiene por objeto evitar que mientras esté pendiente un recurso no se produzcan efectos ni actividades que puedan afectar la suspensión dispuesta.

Es un mecanismo que tuvo la provincia de Tucumán hasta la última reforma procesal, pero que tiene antecedentes en el Código Procesal de Entre Ríos de 1876, que establecía un mecanismo de "atentado" en particulares supuestos de actuación jurisdiccional del apelado encontrándose pendiente el recurso (*v. gr.* actividad posterior decisoria a pesar de ser recusado; providencias de trámite o resolución estando pendiente una cuestión de competencia). El juez que excedía el marco de su atribución podía ser condenado al pago de daños y perjuicios o a multas determinadas que se agregaban a las costas devengadas por el recurso. Restaba al perjudicado el recurso de súplica.

Tucumán lo reguló como "un medio para detener la actividad jurisdiccional", separándolo de los recursos contra las decisiones judiciales. El objeto se expresa en el nombre: constituye atentado los procedimientos destinados a innovar en el pleito después de concedido el recurso.

La causa que atiende su instauración deviene al vulnerarse el efecto suspensivo que produce toda decisión atacada por el recurso de apelación; la actividad ulterior a la queja deducida determina un "exceso de poder" que se corrige por este procedimiento llamado de "innovación" o "atentado".

El presupuesto de admisión se encuentra en el error de trámite (*in procedendo*) advertido en la prolongación de la actividad jurisdiccional, que –por principio– se encuentra suspendida a la espera de la "devolución" del cuerpo de justicia mayor.

Recuerda Díaz de Guijarro:

> El espíritu de los arts. 47, 48, 58, 230, 231 y 535 del Código de Procedimientos, que acuerdan el recurso de apelación y que exigen que la providencia esté consentida o ejecutoriada para que sea viable su ejecución, consagran *a contrario sensu* el recurso de atentado, porque no puede desconocerse que aun en ausencia de un recurso así denominado expresamente la imposibilidad

3541. Martínez Alvarez, Eduardo Mario, "El recurso de o por atentado o innovación. (Su alcance y naturaleza jurídica en nuestro derecho y jurisprudencia)", *ED*, 69-845.

> jurídica de ejecutar sentencia y autos interlocutorios sin que se encuentren consentidos o ejecutoriados constituye un principio esencial y básico de nuestro régimen procesal, cuyo mantenimiento y plenitud no se concibe subordinado a la existencia de un determinado medio de impugnación, desde que está por sobre todas las vías procesales, en razón de su decisiva trascendencia para el equilibrio de los derechos de los litigantes.[3542]

A pesar del encumbramiento que este destacado jurista le reconoce, parece razonable su inclusión entre los medios de impugnación de las resoluciones judiciales, y dentro de esta categoría como una vía dirigida a corregir *errores in procedendo*. Hay que atender también que el recurso por atentado se vincula al orden procedimental de los juicios –a los procedimientos de los jueces– y no guarda relación con los fallos (que son los que provocan el gravamen recurrible por la apelación, la nulidad, la revocatoria, etc.). El presupuesto es una cuestión pendiente de decisión que se posterga por una actividad no prevista, de manera que esta "ultraactividad" genera un medio de impugnación específica, que necesita de una rápida reparación para evitar que se consagren errores procedimentales, exacerbados por la demora de la justicia y de sus fatigosos pronunciamientos.

Si el *a quo*, después de haber habilitado la apelación, procede *ad ulteriora* dictando providencias en las actuaciones que se encuentran pendientes de resolución por la alzada, está actuando sin competencia y, de suyo, comete un verdadero "atentado" que el apelante puede encarrilar por el recurso de "innovación". Este medio de impugnación debe interponerse dentro del tercer día de notificada la providencia que lo motivó; deducido que fuere, el superior ordena que no se innove, resolviendo inmediatamente en la queja. Si lo declara procedente podrá imponer sanciones disciplinarias al juez que dio origen al conflicto, y se torna facultativo exigirle las costas del recurso.

Cabe observar que el atentado (*attentatum lite pendente*) que hace una parte contra su adversario o el juez contra una de las partes se particulariza según sus elementos, sus consecuencias legales y los medios de impugnación. En primer término, cuando se lo utiliza como un acto de parte frente a su contradictor, origina un incidente que

3542. Díaz de Guijarro, Enrique, "El recurso de atentado contra el cumplimiento de sentencias y autos no consentidos, ni ejecutoriados", *op. cit.*, p. 47.

tiende a obtener: a) la reposición de las cosas a su anterior estado, y b) la indemnización de los daños causados; las medidas preventivas correspondientes, etcétera.

Cuando el atentado proviene del juez contra una de las partes, se persigue la anulación de la providencia, la imposición de sanciones disciplinarias y las costas.

En suma, el recurso por atentado o innovación tiene por objeto resguardar el efecto suspensivo de la apelación, y concreta con su mecanismo una forma rápida y expedita de paralizar una actuación improcedente, o excesiva, que al estar viciada por "falta de jurisdicción" no necesita que se declare su nulidad mediante el fatigoso recorrido de los recursos ordinarios, facilitando su celeridad –la del recurso–, la eficacia y seguridad del servicio jurídico.

b. Concesión en ambos efectos

La concesión en ambos efectos puede significar una contradicción si se interpreta que toda apelación supone suspender la continuidad del proceso hasta que se resuelva el recurso, a diferencia del efecto devolutivo que significa no suspenderlo. Vale decir, conceder en ambos efectos supondría, erróneamente, pensar en un proceso cuya suspensión no está claramente dispuesta.

En realidad el efecto suspensivo implica apelación concedida, de forma tal que señala la consecuencia del cese junto a la asunción por la alzada de la competencia revisora, priorizando la imposibilidad de cumplir o ejecutar lo decidido por el juez, en tanto no se produzca un pronunciamiento del superior.[3543]

Es decir, cuando el recurso se admite, el primer efecto es la suspensión de las actuaciones y el segundo la interrupción de la jurisdicción del *a quo* para dar paso a la del *ad quem* que debe devolverla una vez resuelta la apelación.

Guasp, aludiendo a los efectos de la interposición, dice que por vía de principio:

> … esos son dos efectos diferentes: uno constante, por el cual se transmite el conocimiento del asunto al tribunal *ad quem*, *efecto devolutivo* según el nombre que se conserva por razones históricas y no dogmáticas, y que

3543. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 618.

> es de esencia en todo proceso de apelación pues este siempre se define como la impugnación de una resolución judicial ante el superior inmediato jerárquico del que la dictó; y otro, eventual, que puede darse o no darse en la apelación, y que consiste en la paralización del cumplimiento o ejecución de la resolución que se impugna, efecto que, dada la índole objetiva de la quietud que impone el proceso de primera instancia, debería configurarse como un caso de detención procesal, pero es llamado por la ley de acuerdo con su terminología indiferenciada, suspensión del proceso, y en consecuencia, *efecto suspensivo*.[3544]

Para nosotros, la concesión en ambos efectos obliga a suspender la ejecución de la resolución apelada (art. 243, Cód. Proc.) y derivar de inmediato al superior para que lo resuelva. Es que la concesión sin efecto suspensivo es excepcional y la mención de ser devolutivo o no devolutivo es una práctica errónea de calificar el tiempo de atención del recurso que, en la práctica, se reduce a dos opciones: de atención inmediata o de efecto diferido. Por eso, cuando se indica que se concede el recurso con efecto devolutivo, significa que no se suspende la ejecución (*v. gr.* cumplimiento de las medidas cautelares conforme el art. 198, Cód. Proc.) y que el tratamiento por la alzada observará las reglas del artículo 250 del ordenamiento referido.

656.4 Efecto 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 en que se derivaba 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.

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*, que recién

3544. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. II, p. 747; Cfr. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. II, p. 90.

observamos. Va de suyo que no tienen efecto devolutivo los recursos que son resueltos por el mismo juez ante quien se presenta la impugnación.

El efecto devolutivo muestra singularidades que lo particularizan, tales como:

a. La remisión de la jurisdicción al órgano superior, privando al *a quo* de la potestad de juzgar o seguir interviniendo en la causa;
b. 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 posibilidad de confirmar íntegramente el fallo, de ratificarlo en una parte y revocarlo en otra, y de invalidarlo totalmente;
c. 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. Cuando la apelación se plantea contra una sentencia definitiva, el artículo 250, inciso 1, del Código Procesal 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, y 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 estime 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 apellatum*.

En tal sentido, el recurso de apelación no solamente confiere al tribunal la facultad, sino que lo obliga a considerar en toda su extensión las defensas alegadas por quien, al resultar vencedor, no pudo protestar el fallo, porque el órgano decisor le acordó cuanto pedía. De no ser así, se violaría el principio de igualdad y, en definitiva, la garantía de defensa en juicio. El efecto devolutivo del recurso de apelación

importa la sumisión integral del proceso al tribunal de alzada y permite a este conocer *ex novo* en todas las cuestiones controvertidas, con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a la del juez apelado. En suma, el efecto devolutivo determina que toda la actuación que resulta del grado inferior tiene carácter provisional, esto es, subordinada al éxito del juicio de apelación pendiente.

a. Trámite

El efecto devolutivo debiera explicarse *como recurso sin efectos suspensivos*[3545], que es la modalidad característica del recurso concedido con dichos efectos. La ley procesal lo establece en distintos casos: a) cuando se recurre la concesión del beneficio de litigar sin gastos (art. 81); b) cuando se deniega la intervención de terceros (art. 96); c) cuando se rechaza la citación de evicción (art. 105); d) cuando se recurre contra una medida cautelar acordada (art. 198); e) cuando se desestima la excepción de incompetencia (art. 353, párr. final); f) al rechazar la oposición a la ejecución de sentencia, si se afianza (art. 509); g) cuando se recurre la sentencia de trance y remate (art. 555); h) al apelar la concesión de alimentos y litisexpensas (arts. 647, 651); i) cuando se dicta sentencia en procesos sumarísimos (art. 498, inc. 6).

Para su trámite formal se establecen diferencias según se trate de la sentencia definitiva o de providencias interlocutorias, aunque en ambos casos, se unifica la sanción por la falta de cumplimiento con la carga procesal impuesta respecto a las copias a presentar.

El efecto devolutivo acordado en recursos contra *sentencias definitivas* es excepcional, ya sea porque habitualmente el recurso se concede libremente y con efecto suspensivo, o porque llevando el efecto devolutivo la sentencia se puede ejecutar sin restricciones (*v. gr.* fijación de la cuota alimentaria –art. 647–). En tal caso, se deben acompañar las copias de las partes del expediente indicadas en la providencia que concede el recurso. No obstante, si ella no indica cuáles son las copias necesarias para formar el incidente que prevé el artículo 250, no corresponde hacer efectivo el apercibimiento contenido en dicha norma.

En cambio, si el recurso se dirige contra *sentencias interlocutorias*, las copias que se han de acompañar son discrecionalmente elegidas

3545. Benabentos, Omar Abel, *Recursos de apelación y nulidad*, Rosario, Juris, 2000, p. 171.

por ambas partes; si el recurrente selecciona algunas, la contraparte puede optar por otras o consentir las agregadas.

b. Copias

Hay que tener en cuenta que el procedimiento sucede en secuencias. Primero: se deduce el recurso, luego se concede y se indican las piezas que han de copiarse o que las partes vayan a determinar tras la providencia ordenatoria. Segundo, en consecuencia, acompañadas las copias, el expediente copiado se remitirá a la Cámara. Si es el apelado quien no acompaña copias, se prescinde de ellas; si es el impugnante, el recurso se tiene por desierto. El juez puede resolver que el expediente original sea enviado a la Cámara y conservar las copias, si ello fuere más expeditivo para la prosecución del trámite.

La exigencia de acompañar copias de las piezas pertinentes del expediente contribuye a conformar la reunión de los extremos para la admisibilidad del recurso de apelación, por lo que su falta o insuficiencia determina el déficit crítico que sanciona el artículo 266 del Código Procesal. Es decir, la carga formal de acompañar copias se interpreta en el ámbito de las cuestiones formales que integran la impugnación, y su falta determina la deserción del medio de gravamen.

Ello así por cuanto la carga procesal de fundar debidamente el recurso debe comprender, también, cuando se lo concede al solo efecto devolutivo, el aditamento de las copias necesarias para no frustrar el propósito de no detener la ejecución de la resolución recurrida. La aludida carga, en atención a que el extremo hace a la fundamentación del recurso, pesa sobre el apelante.

Finalmente, sostiene el artículo 251 del Código Procesal:

> En los casos de los arts. 245 y 250, el expediente o las actuaciones se remitirán a la cámara dentro de quinto día de concedido el recurso o deformada la pieza separada, en su caso, mediante constancia y bajo la responsabilidad del oficial primero. En el caso del art. 246 dicho plazo se contará desde la contestación del traslado, o desde que venció el plazo para hacerlo.
> Si la cámara tuviese su asiento en distinta localidad, la remisión se efectuará por correo y dentro de mismo plazo, contado desde la presentación del apelado constituyendo domicilio o contestando el traslado, o desde que venció el plazo para cumplir tales actos.
> La remisión por correo se hará a costa del recurrente.

La remisión del expediente al tribunal *ad quem* se reglamenta para todos los supuestos del recurso de apelación, quedando a cargo del Prosecretario administrativo (*Oficial primero* según la norma) la responsabilidad de hacerlo, aunque no encuentre estos deberes entre los indicados por el nuevo artículo 38 *bis*.

Ello no significa que esto sea deber de impulsar el procedimiento, pues la demora en elevar el expediente a la Cámara no obsta a que se decrete la caducidad de la segunda instancia, ya que es obligación de las partes instar el procedimiento, principio que no se altera por el eventual incumplimiento del Prosecretario administrativo del deber que le impone el artículo 251 del Código Procesal, por cuanto no constituye un supuesto de excepción previsto en el artículo 313, inciso 3, de ese cuerpo legal.[3546]

De todos modos, como recuerda Fenochietto, la jurisprudencia ha concluido por liberar de responsabilidad al Oficial primero, cuando este no estuvo en condiciones de elevar inmediatamente los autos a la Cámara, en razón de algún trámite del expediente que lo sacó del curso de la apelación de modo momentáneo, porque de lo contrario se impondría a este funcionario la obligación de revisar todos los expedientes, y ese deber no surge expresa ni implícitamente del artículo 251.[3547]

656.5 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 agra-

3546. Así, en el caso, el plazo de caducidad de la segunda instancia comienza a correr desde que es concedido el recurso de apelación y desde entonces incumbe a las partes interesadas urgir la remisión del expediente a la alzada, con el consiguiente riesgo, en caso contrario, de que se opere la perención (CNCiv., Sala L, 15/7/1998, "Quiroga, Cirilo c./ Gómez, Carlos, L.", *LL*, 1999B-864, *J. Agrup.*, caso 13.779). También se afirma que, independientemente de la responsabilidad que el art. 251 atribuye al Prosecretario administrativo en relación a la elevación del expediente al Superior, ante la inminencia del vencimiento del plazo legal, el interesado debe activarla para evitar la caducidad de la segunda instancia (CNCiv., Sala K, "Manuel González Mogo e Hijos S. A. c./ Lin Yuh Lin", 13/8/1977, *LL*, 1999B-864, *J. Agrup.*, caso 13 783).

3547. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la la Nación, comentado anotado y concordado con los códigos provinciales,* Buenos Aires, Astrea, T. II, 1999, p. 44.

vios (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 oídas en sus alegaciones.[3548] En algunos casos, el efecto está dispuesto en la misma ley, como sucede con todas las apelaciones sobre imposición de costas y regulación de honorarios (art. 69, párrafo final, Código Procesal); cuando se rechaza un hecho nuevo (art. 366); la decisión adoptada en el trámite de preparación de la vía ejecutiva que reconoce la firma e impone la multa al que la desconoció con malicia (art. 528), el caso del artículo 557 del Código Procesal respecto de las decisiones dictadas en el juicio ejecutivo, con excepción de las que procedieren contra la sentencia de remate y la providencia que denegare la ejecución; o el supuesto del artículo 509 que ordena conceder con efecto diferido las apelaciones que fueren admisibles en las diligencias para la ejecución de la sentencia.

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, Cód. Proc.), 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, Cód. Proc.).

Cabe observar que la derogación del proceso sumario por la Ley N° 25488, no obstante, ha dejado subsistente esta modalidad de trámite para los juicios especiales considerados en el Libro Cuarto de este Código, por lo que corresponderá aplicar a ellos lo dispuesto en este artículo.

Ahora bien, si no se procede del modo descripto, corresponde el desglose del memorial presentado tardíamente, o en forma contraria

3548. Así lo entiende la jurisprudencia, al sostener que el fundamento de la apelación en efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que, en desmedro de la celeridad procesal, sufre el procedimiento de primera instancia sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas (CNCiv., Sala G, "Catapano, Cayetano y otro c./ Churko, Basilio y otros", 17/11/1981, *LL*, 1982-C-35).

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.

657. El conocimiento de la alzada

En la polémica abierta sobre el objeto de la apelación se pudo observar la diferencia entre admitir que se revise todo el proceso, de modo que la segunda instancia sea una repetición del caso, ahora considerado en sus aspectos intrínsecos de justicia y objetividad; frente a un tesis más sesgada que sostiene que el alcance de la apelación recae sobre la sentencia, sin que se amplíe el conocimiento habido, salvo supuestos excepcionales de replanteo probatorio o cuando el pronunciamiento omitió referirse a cuestiones esenciales oportunamente propuestas.

La influencia española en nuestro sistema procesal determinó el seguimiento a esta última tendencia, dejando de lado el modelo restante, aun cuando sea posible señalar algunas variantes conforme las ampliaciones al principio de congruencia que tuvimos oportunidad de explicar.

El Código Procesal no deja espacio para la duda cuando en el artículo 277 dice:

> El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.

Del precepto se desprende claramente que el conocimiento permitido asienta en los "capítulos propuestos" (entiéndase como *thema decidendum*) en los escritos de postulación procesal (*v. gr.* demanda, contestación, excepciones y reconvención); mientras que la segunda parte tiene algunas fugas de certidumbre frente a otro principio aplicable a los recursos: *tantum devolutum quantum apellatum.* Es decir, el tribunal de apelaciones debe devolver al juez *a quo* resuelta la causa sin haber innovado en ella.[3549]

3549. Solé Riera dice que el mentado brocárdico es una regla que expresa otro principio: *revisio prioris instantiae*, por cuanto sólo entra dentro del ámbito del efecto devolutivo aquello que en virtud del recurso es elevado al Tribunal Superior; sin perjuicio de

Además, existe otro límite proveniente del principio dispositivo, conforme al cual son únicamente las partes las que determinan los agravios contra los pasajes del fallo que se consideran equivocados, de forma tal que la alzada no podrá exceder el territorio marcado por las pretensiones y defensas aducidas ante el juez de primera instancia, y por las que enmarca el recurso de apelación, ambas, en definitiva, sostenidas en el principio de autonomía de la voluntad.

¿Es invulnerable esta regla? Seguramente apoyada en la seguridad jurídica, que supone previsibilidad y razonamiento, la respuesta debiera ser afirmativa. Sería irrebatible el estándar delineado por los principios, tornando nula por incongruente la sentencia de apelaciones que no se refiera a los capítulos propuestos en la expresión de agravios y su contestación. Sin embargo, tal respuesta significa cambiar la naturaleza jurídica del proceso, porque a tono con lo expuesto oportunamente, no es este un capricho de las partes en conflicto, sino un medio que garantiza un sistema de debate dirigido por la jurisdicción y con un objetivo concreto: esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

Por este camino se comprende por qué la jurisdicción de alzada tiene limitaciones regladas, pero ellas no son más que orientaciones a seguir, sin constituir una garantía procesal específica que, en definitiva, reposa solamente en conseguir la justicia del caso sobre la verdad y no sobre ficciones o representaciones.

Tan rotunda afirmación necesita corroborarse para no caer en una lectura equivocada. No estamos diciendo que el recurso de apelación permita repetir en segunda instancia lo realizado en la primera, ni que la sentencia del *a quo* se deje de lado para concretar un nuevo juicio. Este, en la práctica, tiene que seguir el camino de las pretensiones u oposiciones que fueron objeto de debate de la instancia que precede. Lo que admite extensiones es la justicia intrínseca del fallo, sin llevar sorpresa (arbitrariedad del pronunciamiento que resuelve

que este pueda no prescindir completamente de aquellos hechos nuevos que tengan lugar durante el *iter* del proceso. Esto toma en consideración el *ius novorum*, aunque con ciertas restricciones, respecto de aquellos hechos nuevos de influencia notoria en el pleito, lo que supone una ampliación del efecto devolutivo del recurso y la plena confirmación de que el modelo (se refiere al español) de apelación toma en consideración elementos del sistema de apelación plena (Solé Riera, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona, Bosch, 2° ed., 1998, p. 46).

sobre cuestiones que no fueron objeto de recurso) ni irrazonabilidad (capricho del juzgador para disponer sin apego a los hechos).

Inclusive, sostener a pie juntillas que está prohibido resolver fuera de los "capítulos" propuestos deja sin considerar que una cosa es la pretensión y otra los hechos sobre los que se funda. Alguien puede demandar el cumplimiento de una prestación que el otro resiste, y el juez decidir una solución justa sin tener que atenerse estrictamente al "todo o nada" pedido.

La doctrina se muestra atenta a estas flexibilizaciones de la congruencia; dice De los Santos que un ejemplo de ello surge con "la posibilidad de fallar *ultra petita*, que establece el artículo 56 de la Ley N° 18345 de procedimiento laboral. "Los tribunales podrán fallar ultra petita, supliendo la omisión del demandante", disposición que se funda en el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, que consagra el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo. Así, la férrea limitación que proviene del principio de congruencia puede colisionar, como señala Berizonce,[3550] con ciertos derechos legalmente irrenunciables, estatuidos por reglas imperativas de orden público (derechos sociales, en general), cuando por error o ignorancia o estado de necesidad no son reclamados en la demanda o son renunciados bajo presión de las circunstancias. Ante la colisión el régimen procesal laboral prevé expresamente la flexibilización"[3551]

Inclusive, la misma autora, en el trabajo señalado en nota, ejemplifica la dinámica de la flexibilización sin quiebre de garantía alguna. En este sentido advierte que los artículos 253 y 278 del Código Procesal

> … autorizan a que el tribunal de alzada se pronuncie originariamente sobre cuestiones involucradas en la demanda, que no fueron objeto de recurso ni de examen en primera instancia como consecuencia de haber prosperado una defensa del demandado (apelación: art. 278) o por haberse declarado la nulidad del fallo (art. 253) […]. Es doctrina pacífica que el vencedor (por completo) en primera instancia no se encuentra legitimado para apelar, por lo que se encuentra impedido de llevar a conocimiento del *ad quem* los argumentos que hiciera valer en la instancia de origen y que fueron rechazados o no considerados por el *a quo*. El tema cobra sin-

3550. Berizonce, Roberto Omar, *Derecho Procesal Civil Actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot –Librería Editora Platense, 1999, p. 378.

3551. De los Santos, Mabel Alicia, "Flexibilización de la congruencia", *LL*, 2007-F-1278.

> gular importancia cuando la alzada estima que debe revocar a sentencia apelada o cuando anula la sentencia, debiendo, entonces, volverse a fallar la causa. Se considera que media en tal hipótesis una "apelación implícita" que le permite al tribunal de alzada valorar los argumentos desestimados o preteridos por el *a quo* al confeccionar la sentencia a la postre revocada [...]. En un excelente voto el Ministro De Lázzari asumió que el camino esbozado no reflejaba la ortodoxia procesal. Pero destacó que los jueces deben juzgar las cuestiones meramente formales con criterio amplio a fin de no perjudicar un reclamo que se vincula con un beneficio de naturaleza alimentaria (Fallos, 280:75; 294: 94). Y agregó que "un estricto apego al principio de congruencia conduciría a la ya enunciada repulsa. Sin embargo, los conceptos procesales admiten flexibilización en supuestos excepcionales como el que nos ocupa. De allí que corresponda armonizar aquellas exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles", destacando así la función instrumental del proceso.[3552]

Podemos compartir en la senda trazada que la congruencia no constituye un principio procesal inamovible, ya que al ser principio implica orientación para el juez, no para las partes. Por lo tanto, no integra el cuadro de las *garantías* que forman el debido proceso.

En rigor –dice De los Santos–:

> Se advierte que un ajuste estricto y absoluto a la exigencia de congruencia –que enuncia en su articulado el Código Procesal– sólo resulta compatible con un sistema dispositivo intransigente. Sin embargo ningún sistema procesal vigente en el país es dispositivo de manera absoluta. Tal como enseña Palacio, el principio dispositivo es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces por el régimen procesal, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad con que corresponde tratar a las partes.[3553]

La jurisprudencia es remisa pero encuentra ajustes oportunos en la Corte Suprema (aunque todavía no es el temperamento corriente) cuando sostiene que el principio reconocido mediante el aforismo *tantum devolutum quantum apellatum*, que constituye el fundamento de la garantía

3552. Ídem.

3553. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 257. Ver: De los Santos, Mabel Alicia, "La flexibilización de la congruencia", Suplemento Especial La Ley, *Cuestiones Procesales Modernas*, 10/2005, p. 80.

que impide la *reformatio in pejus*, es inaplicable si, con motivo de haberse anulado la primera sentencia condenatoria, el tribunal que realiza el juicio de reenvío y dicta la nueva sentencia –en el caso, impuso penas mayores que las anteriores– no actúa como tribunal de alzada o Tribunal Superior con competencia devuelta, sino con plena jurisdicción.[3554]

Asimismo, no se considera violado el principio de *tantum devolutum quantum apellatum* que restringe la actuación de alzada a los únicos temas que hayan sido materia de agravio, por la circunstancia de tratar aspectos del decisorio apelado que no fueron incluidos en la memoria del recurrente, ya que aquellas defensas, argumentos o motivos alegados por el vencedor en primera instancia que fueron rechazados o no considerados por el *a quo* quedan –mediante el recurso concedido al vencido– implícitamente sometidas al conocimiento del tribunal de segundo grado.[3555]

Las limitaciones que afincan como garantías que evitan reformas o revisión en la alzada son las que anidan en el derecho de propiedad que proyecta la cosa juzgada, esto es, la prohibición de resolver con el recurso cuestiones que hayan quedado firmes o consentidas. También, cuando se involucran cuestiones que no hubieran sido materia de deliberación y prueba entre las partes porque una decisión en tal sentido violaría el derecho de defensa en juicio.

En síntesis, una cosa es el conocimiento que tiene el tribunal de apelaciones (principio de plenitud de la jurisdicción) y otra es la facultad y poder de resolver respetando el principio de congruencia. El conocimiento viene delimitado por los siguientes ítems.

a. *El escrito de fundamentación del recurso* que contiene los agravios contra las partes del fallo que se consideran equivocadas. Esto significa que el juez tiene que abordar la razón o el equívoco de los motivos que le señala la impugnación, donde básicamente resuelve en puntos y materias de hecho (errores de procedimiento) o de derecho (errores de juzgamiento).
b. *Las cuestiones oportunamente propuestas* en la demanda, contestación, excepciones y reconvención, es decir, que desde el

3554. Del dictamen del Procurador General que las doctoras Highton de Nolasco y Najurieta hacen suyo en su voto en disidencia (CSJN, Fallos, 329:1447, "Olmos, José Horacio; De Guernica, Guillermo Augusto").

3555. Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Ramírez, Carmen A. c./ Antifora, Mario y otra", 7/9/1999, *LL*, 2000-B-891; *LLBA*, 2000-50.

recurso de apelación no se puede cambiar ni transformar las pretensiones o resistencias deducidas oportunamente.

c. *La reformatio in pejus* que supone la prohibición de empeorar la situación que impugna el único recurrente. Esta es una limitación objetiva apoyada por el principio de autonomía de la voluntad de quien resuelve no apelar una sentencia y conformarse con ella, de forma tal que ante la alzada habrá solo un recurso que no podrá ser resuelto más allá de lo que se pide y sin reformar en perjuicio del recurrente.

Sin embargo, no se viola el principio de congruencia cuando:

a. La sentencia de segunda instancia decide cuestiones que fueron omitidas por el pronunciamiento apelado, siempre que ellas hubieran sido materia de agravios.
b. La sentencia es anulatoria (casatoria) y se dicta una nueva respetando las pretensiones y defensas sostenidas ante el juez *a quo.*

Como una consecuencia de la "plenitud de la jurisdicción", y tal como ocurre en la primera instancia con los hechos nuevos y el *ius superviniens*, el superior puede:

a. Considerar las cuestiones referentes a intereses, daños y perjuicios y otras resultantes de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia;
b. Adecuar las condenaciones en costas y regulaciones de honorarios de la primera instancia al resultado de su propia intervención y a las revocatorias o modificaciones que introdujere a las resoluciones apeladas.
c. Resolver sin reenvío sobre el fondo del asunto, cuando se anulara el fallo, o se lo revocara estando fundado en determinadas defensas (por ejemplo, el que admitiera excepciones perentorias) que liberaron al *a quo* de tratar el mérito de la pretensión.[3556]

657.1 Los agravios como límites del conocimiento

La primera limitación cognoscitiva que sufre el tribunal de apelaciones asienta en las cuestiones articuladas en primera instancia que no se pueden innovar en la etapa siguiente; la segunda estriba en los

3556. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. 2, p. 842.

escritos que abren la revisión del fallo que se convierten en el marco de referencia obligada.

Dogmáticamente el esquema se muestra contradictorio y de difícil respuesta cuando se atienden las garantías, principios y reglas que interactúan en el proceso. En primer lugar, el proceso comienza por iniciativa del interés desplegado por quien tiene legitimación para obrar (principio dispositivo); esto no lo hace dueño del proceso, sólo es titular de la instancia (de instar) y de la pretensión. La decisión definitiva no es del juez *a quo* sino que depende del tiempo y de la voluntad; del primero, en el sentido de que la cosa juzgada se alcanza una vez que la sentencia deviene ejecutoriada, vale decir, que no tolera más recursos contra ella. De la segunda, en tanto el pronunciamiento queda consentido a través de un acto expreso o tácito de las partes. Esto demuestra que el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos no está afincado solamente en la primera instancia, sino que corresponde al proceso como un todo.

Siguiendo esta ilación, afirmar que la expresión de agravios reduce el poder jurisdiccional nos parece errado. La limitación es del conocimiento, no del deber antes dicho. El sentido que tiene el llamado "principio de publicización" del proceso civil no reside únicamente en el juez *a quo*, sino que se proyecta en el compromiso institucional de hacer justicia segura y eficiente, respetando las garantías, orientado por los principios y aplicando en cuanto fuera pertinente las reglas del procedimiento.

De ahí que el escrito de expresión de agravios como marco de referencia para la actuación en segunda instancia pueda significar un contrasentido con el criterio de perseguir una verdad con justicia, en la medida que el interés de las partes es lo que despierta el deber de resolver. No obstante, si ellas delimitan con sus impugnaciones al fallo el mismo ámbito de la disconformidad, pareciera que el juez *ad quem* no puede superar esa valla.

Inclusive la regla de la *reformatio in pejus* confirma esta tendencia, que fuera criticada por Hernando Devis Echandía cuando sostiene:

> … desconoce el principio aceptado en el derecho procesal moderno, sin discusión, de que los recursos son fundamentalmente en interés general

> para conseguir en lo posible una buena justicia, y con más razón cuando se trata del de apelación.[3557]

Ahora bien, tampoco se quiere persuadir que el interés del juez en conseguir la verdad postergue los intereses jurídicamente relevantes que las partes pretenden; ni que el fin del proceso sea lo que el juez quiere conseguir sin que las partes participen de ese compromiso. El vicio de incongruencia llega cuando con la sentencia de segunda instancia se vulnera el resultado de cuestiones que han quedado firmes, sea por ausencia de agravios o por consentimiento expreso; pero si la discrepancia anida en los capítulos propuestos en la demanda y demás escritos constitutivos; o en otros que fueron debidamente alegados, sustanciados y resueltos, la revisión permitiría más amplitudes.

Inclusive sin reformar el pronunciamiento, la alzada está facultada a motivar las partes del fallo que, considerándose equivocadas, están débiles de fundamentación, aunque sean razonables y justas. Es decir, el marco de la crítica no supone que la sentencia de segunda instancia sea una respuesta a los recursos, sino la decisión justa que corresponde tomar por las consideraciones propias adoptadas en el acuerdo.

Podetti, hace ya muchos años, planteó:

> Con o sin recurso de aclaratoria, debe el tribunal *ad quem* resolver sobre todas las cuestiones planteadas; anulada una sentencia por vicios o defectos de la misma, cualquiera sea la naturaleza de ellos, el tribunal de alzada debe pronunciarse sobre el fondo; desestimada una defensa previa debe también pronunciarse sobre el fondo; apelada una resolución sólo por el vencido, la alzada puede conocer de las defensas del vencedor rechazadas en primera instancia; toda cuestión planteada en oportunidad y debidamente sustanciada, debe ser motivo de pronunciamiento en la alzada.[3558]

3557. Devis Echandía, Hernando, "Las reformas al sistema de apelaciones del Código de Procedimiento Civil", informe presentado al IX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Santa Marta, Colombia, 1988. Ver Rivas, Adoldo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 857. Recuérdese que Devis Echandía participa del criterio que el juicio de segunda instancia debe repetir el enjuiciamiento sin el margen de revisión crítica que formula el recurso tradicional.

3558. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, pp. 150-151.

657.2 La sentencia que reforma en perjuicio del único apelante

El título explana la regla conocida como *reformatio in pejus*, según la cual, cuando en el proceso hay sólo un apelante, la sentencia que se pronuncie para el recurso llevado no puede dejarlo en condiciones peores a las que tenía hasta entonces.

El vínculo que se genera con la cosa juzgada es inmediato. Aquello que fue consentido no se puede revisar, y lo que es materia de examen por el tribunal tiene el límite infranqueable de no empeorar la situación del recurrente.

La *reformatio in pejus* tiene indudable aplicación práctica en materia penal, donde la Corte reitera que no se puede aumentar la condena ni variar el tipo penal cuando existe recurso único;[3559] pero también en cuestiones civiles y comerciales se afirma que, si el pronunciamiento apelado modificó la extensión de la condena fijada por el fallo de primera instancia en el marco de una ejecución, aunque la demandada sólo había deducido recurso de apelación con el objeto de que se corrigiera una incongruencia de la parte resolutiva de ella y se revise la imposición de costas, la Cámara se apartó de los límites de su competencia, ya que el artículo 277 del Código Procesal atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante ella, limitación que tiene jerarquía constitucional.[3560]

Igual se dice que corresponde dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal local que, con motivo del recurso interpuesto por la actora, consideró inapropiada la acción de amparo para ventilar las cuestiones litigiosas, reduciendo a cuarenta y cinco (45) días el plazo de cobertura médica domiciliaria dispuesto en el fallo de primera instancia –término dentro del cual la recurrente debía ocurrir a las vías pertinentes–, pues incurre en una indebida *reformatio in pejus* al colocar a la única apelante en peor situación que la resultante del pronunciamiento recurrido. Ello implica una violación en forma directa e inmediata de las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio.[3561]

3559. CSJN, Fallos: 234:270; 189:34; 299:221, entre otros.

3560. CSJN, Fallos: 332:892, "Hay Chaia, Luis Gerardo c./ Forma Crédito SA".

3561. CSJN, Fallos: 332:523, "Savioli, María Marcela".

En materia administrativa hay una diferencia importante, porque la revisión judicial del acto no significa que el tribunal tenga que consentir la argumentación del recurrente para aceptarla o rechazarla, toda vez que rige el principio de la justiciabilidad plena. De ahí que la fijación por la justicia contravencional de una pena mayor a la impuesta en el expediente administrativo no viola la prohibición citada por cuanto el procedimiento administrativo y el judicial conforman dos instancias independientes.[3562]

Aunque la aplicación práctica de la regla tiene razones fuertes y gravitantes, algunos tribunales le ponen límites cuando confrontan la utilidad del mandato con otros principios constitucionales o legales. De este modo, parten del concepto de que la actuación del juez que revisa concreta el control de constitucionalidad y la aplicación preceptiva del principio debe dar preferencia al fin superior y no a consagrar injusticias que pueden estar amparadas por la conducta negligente del que no apela o la aplicación mecánica de una regla. Tal comportamiento podría significar que pasaran en cosa juzgada actuaciones fraudulentas o aparentes, probabilidades no deseadas en un cuadro de eficacia jurisdiccional.

657.3 Las cuestiones omitidas

La extensión del poder de decisión del tribunal de alzada comprende los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia; debiéndose entender por tales a las pretensiones o defensas que fueron involuntariamente excluidas, o teniéndolas presentes, no hacían necesaria su consideración por la forma como se resuelve en la sentencia.

La diferencia entre *omitir una cuestión* y *no considerarla* es muy importante, porque la primera puede ser causa de arbitrariedad cuando se prescinde de peticiones esenciales oportunamente introducidas cuyo análisis era fundamental para la solución del pleito; mientras que la segunda se guía por la regla que afirma que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos; basta con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio.[3563]

3562. Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, "Consorcio de Propietarios Corrientes 1255/57", LL *online*.

3563. CSJN, Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 28:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202, etc.

Además, la Corte aclara que el hecho de que los jueces no se pronuncien en forma expresa sobre una cuestión no constituye una anomalía que afecte la validez del pronunciamiento, si del contexto general de este resulta claro que aquella ha sido resuelta en forma implícita.[3564]

La cuestión omitida tiene que ser manifiesta al punto que, sin necesidad de aclaratoria interpuesta por la parte, el tribunal *ad quem* pueda entrar en ellas, siempre y cuando el recurrente así lo plantee en la expresión de agravios. Obviamente se trata de la elusión de proposiciones debidamente articuladas y no de razones o fundamentos de apoyo vinculados con el reclamo resuelto. En consecuencia, la facultad atribuida presupone se haya interpuesto y concedido el recurso de apelación.

Al respecto dicen Juan José Azpelicueta y Alberto Tessone:

> Cabe advertir que cuando se trata de cuestiones establecidas en los escritos de constitución de la litis que se infiltren en forma eventual o subsidiaria, la omisión no es tal, y en su caso, el apelante deberá demostrar la sinrazón del *a quo* en el modo de resolver el caso y replantear los puntos subsidiarios previendo la hipótesis que el *ad quem* decida confirmar el decisorio recurrido; en todo podrá consentir el fallo de primera instancia en la parte que resuelve la cuestión principal, pero requerir a la Cámara, expresamente, que considere los capítulos propuestos en forma eventual, que fueron omitidos en aquella sentencia [...]. Frente a esa eventualidad, las cuestiones propuestas subsidiariamente por el vencedor quedan implícitamente sometidas al *ad quem*, salvedad hecha de los regímenes que contemplan la apelación incidental o adhesiva, que exigen que el litigante vencedor, al contestar los agravios del apelante, peticione al órgano de segundo grado la consideración de las cuestiones subsidiarias que no fueron examinadas en primera instancia a raíz de la solución que se brindó al punto litigioso propuesto en forma principal.[3565]

La omisión de cuestiones oportunamente propuestas es un agravio concreto, y admite, por tanto, que la parte afectada lo plantee como causa que la Cámara debe remediar. No obstante, el criterio sentado en el segundo párrafo del artículo 253 del Código Procesal, en cuanto dispone que el tribunal de alzada debe fallar sobre la cuestión de fondo

3564. CSJN, Fallos: 241:365; 244:304; 248:828; 255:41; Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1978, p. 66.

3565. Azpelicueta, Juan José y Tessone, Alberto, *La Alzada. Poderes y deberes*, La Plata, Platense, 1993, p. 218.

en la hipótesis de que se hubiera invalidado el pronunciamiento de grado, como lo establecido en el artículo 278, que autoriza a decidir los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, responsabiliza también a conocer respecto del planteo sustancial formulado en la demanda, aun cuando el sentenciante, por haber admitido un planteo previo, se abstuviera de pronunciarse sobre el punto.

El conflicto que importa esta facultad del tribunal asienta en la doble instancia que se pierde, de forma que al asumir el *ad quem* competencia positiva para resolver sin reenviar a primera instancia para lo mismo, deja a las partes sin el derecho a revisar la sentencia que pronuncia, teniendo en cuenta que los recursos extraordinarios que quedan no son de pleno conocimiento.

Sin embargo, se ha observado que el "reenvío" es una herramienta contraria al principio de celeridad y economía del proceso, que de alguna manera conspira con los principios del derecho procesal actual, cuyos valores prevalentes en la escala axiológica han llevado a reforzar las contadas garantías judiciales realmente útiles, eliminando o flexibilizando las restantes, a los fines de llegar a la resolución judicial del litigio sin demoras indebidas.

Así, sostiene De los Santos que las dificultades técnicas que acarrea a la alzada pronunciarse por primera vez sobre ciertas cuestiones supone de algún modo una tarea incompatible con la función revisora que le compete, al tener que afrontar una metodología de trabajo diferente a la habitual. No obstante, ello no afecta ningún principio superior, pues se debe tener presente que en todo lo que el tribunal de segunda instancia está habilitado por el recurso para entender tiene plenitud de conocimiento, tal como lo tenía el juez de grado. Al gozar el tribunal de alzada la plenitud de la jurisdicción para conocer aquello que fue sometido por la apelación (y la nulidad implícita) puede examinar lo que ha sido materia de apelación en todos los aspectos, asumiendo competencia plena sobre todo el material litigioso.

En consecuencia, propone la eliminación legal del reenvío y argumenta:

> … con referencia al recurso de nulidad cabe puntualizar que la evolución legislativa en el ámbito nacional denota una clara tendencia a la eliminación del reenvío que se concreta con la Ley N° 22434. Ahora bien, con anterioridad a esta última un plenario de la Cámara Nacional en lo

Civil[3566] estableció que "cuando es anulada la sentencia por el tribunal de segunda instancia y el procedimiento es arreglado a derecho, debe dicho tribunal en el mismo acto analizar el fondo de la cuestión debatida y fallar en consecuencia". La mayoría sustentó su posición en que la evolución y la tendencia legislativa, al subordinar el recurso de nulidad al de apelación, estaban determinando implícitamente la necesidad de que ambos recursos tuvieran igual proyección final, dando término al juicio. Sobre esa base se entendió que aun cuando el art. 253 del Código Procesal anterior a la reforma de la Ley N° 22434 no proscribió expresamente el reenvío, la regla que consagraron las Leyes N° 4128 y N° 14237 no dejaba de tener aplicación en virtud de los principios de celeridad y economía procesales que consagra el código e inspira a numerosas disposiciones de este.

También se sostuvo que tal conclusión tenía apoyo en la actuación propia del tribunal de segunda instancia, que se encuentra en igual situación jurisdiccional que el juez de grado cuando debe dictar el fallo, correspondiéndole los mismos poderes y deberes: "La facultad de pronunciamiento le es traspasada totalmente", expresa el fallo. Vale decir: con excepción de los aspectos consentidos de la sentencia de primera instancia, la apelación permite al tribunal de alzada conocer plenamente las cuestiones controvertidas y valorar todas las pruebas con idénticos poderes en contenido y extensión que los del a quo, sea que aquel se haya pronunciado o no sobre ellas y cualquiera fuera la causa de la omisión (conf. arts. 277, 278 y 279 Código Procesal) [...].

En síntesis: no mediando afectación de la garantía de la doble instancia –pues dicha garantía es *legal* y una ley de igual jerarquía impone el dictado del pronunciamiento de reemplazo– y resultando el reenvío incompatible con el principio de economía procesal, estrechamente vinculado a las condiciones del "debido proceso constitucional", cabe concluir que no existen razones constitucionales o legales que autoricen a los tribunales de apelación a reenviar las actuaciones a primera instancia para su resolución, con las demoras consiguientes (adviértase que se deben reeditar la etapa decisoria y la recursiva, las que insumen considerable tiempo del proceso). No puede soslayarse que la eliminación del reenvío obliga a modificar la metodología de trabajo de los tribunales de alzada cuando deben emitir el pronunciamiento de reemplazo, pues allí la cámara de apelaciones ha de actuar como si estuviera fallando por primera vez sobre las cuestiones del litigio, debiendo pronunciarse sobre todos los puntos

3566. CNCiv., en pleno, "Cruz Gianello e Hijos v. Permanente S.R.L.", 2/3/1977, *JA*, 1977-II-219.

> sometidos a consideración del *a quo*. No existiendo sentencia de primera instancia –por haber sido invalidada por la alzada– no es posible analizar agravios contra ella, a diferencia de lo que ocurre en el recurso de apelación, en que se parte de la existencia de una sentencia válida y se resuelve sobre los agravios expresados por los apelantes. En ese orden de ideas, es innegable que la emisión del pronunciamiento en reemplazo del anulado obliga a modificar la génesis de la sentencia de alzada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la anulación es una alternativa excepcional, sólo admisible si el error no es subsanable por la vía de la apelación, de manera que son escasos los supuestos en que la cámara debe abordar esa mayor y diferente labor. Igual sucede con las hipótesis de revocación del rechazo de la demanda dispuesto en la primera instancia, en que el a quo omitió tratar el fondo de la cuestión o algún aspecto de la misma.[3567]

Ahora bien, si la omisión descubierta se quiere enmendar con la aclaratoria, la ratificación del *a quo* sobre su pronunciamiento obliga a fundamentar en la expresión de agravios el olvido que se considera agraviante. Es decir, el remedio confirma con la decisión del magistrado si hubo o no omisión, de forma que, si integra la sentencia, no rige la potestad complementaria del *ad quem*, y si confirma el temperamento, tampoco hay omisión, sino gravamen que debe atacarse con la motivación recursiva.

657.4 Capítulos no propuestos

El tribunal no podrá fallar sobre *capítulos no propuestos* a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses, daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (art. 277, Cód. Proc.).

Este precepto es una regla del juzgamiento, cuya aplicación pone sombras en la práctica efectiva toda vez que, primero, señala un efecto del *principio dispositivo* con ajustes en el *principio de congruencia*, para admitir, después, que se resuelvan: a) intereses; b) daños y perjuicios, y c) hechos posteriores a la sentencia de primera instancia que incidan sobre las pretensiones principales.

3567. De los Santos, Mabel, "Una desviación práctica de los recursos ordinarios de apelación y nulidad", *JA*, 1999-III-104.

a. Cuáles son los capítulos propuestos

El conocimiento de la alzada queda limitado, como principio, no sólo a los agravios vertidos en los memoriales, sino también a las pretensiones y defensas aducidas por las partes ante el juez *a quo*, sin que puedan alegarse en segunda instancia nuevas pretensiones que alteren o modifiquen lo resuelto.

Es un impedimento propio del principio *dispositivo*, porque el juez debe fallar conforme lo alegado y probado por las partes; y se ajusta al de *congruencia* en el sentido ya visto, respecto a que no puede sentenciar un objeto distinto al que se pide o resolver fuera de ese marco litigioso, o maximizar la pretensión en perjuicio del derecho de defensa de la contraria o de terceros. Es decir, por un lado, la relación procesal enmarcada en los dichos afirmados en la demanda y modificados, transformados y resistidos en la contestación; y, por otro, en la disposición que el apelante formule en sus escritos de impugnación, consintiendo resolutivos o agraviándose por ello, o por parte de ellos.

Dice Palacio que esta es una regla general coherente con la naturaleza jurídica de la apelación y por eso no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente.[3568] El proceso es único; y el recurso de apelación es una etapa o instancia dentro de un único proceso; el contenido u objeto de esta segunda etapa nunca puede exceder –salvo los supuestos excepcionales previstos por la ley– el contenido u objeto del proceso planteado en la primera instancia.[3569]

Esta orientación tiene en la casuística proyecciones impensadas. Si vemos el funcionamiento del artículo 360, inciso 3, del Código Procesal, por ejemplo, cuando le da potestades al juez para fijar los hechos articulados que sean conducentes para la solución del litigio y sobre los que ha de versar la prueba, puede suceder que la estrategia de la parte destinada a demostrar la apropiación de ideas de una cosa inventada y por otro aprovechada con abuso de confianza y de derecho se altere para confirmar que la creación es original y merece la tutela especial de la propiedad intelectual o industrial, en su caso. En esta

3568. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 460.

3569. Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 180.

línea la sentencia podrá rechazar la demanda por no probarse dicho extremo, sin haber considerado siquiera alguno de los capítulos propuestos a decisión. En tal caso, el recurso de apelación se agraviará por la afectación al marco de referencia fáctica y, eventualmente, por no ser una cuestión sometida a juzgamiento.

De aplicar la regla del artículo 277 del Código Procesal, el resultado, sería que, como la segunda instancia es sólo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en primera instancia y no una renovación plena del debate, permanecerían fuera de las posibilidades de la alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se los introdujera bajo la apariencia de meros argumentos de derecho.

Otro ejemplo llega con el Plenario dictado en la causa "Obarrio" que se da en el marco de un juicio por daños y perjuicios dirigido contra una empresa de colectivos, en el que los demandantes solicitaron la extensión de la condena a la aseguradora de aquella. El juez de primera instancia rechazó el pedido en atención a que los demandantes no cuestionaron la franquicia denunciada por la aseguradora; sentencia que la Cámara confirmó con el argumento de que la oposición formulada al expresar agravios resultaba extemporánea.[3570]

En consecuencia, *capítulos no propuestos* son pretensiones que se introducen con el recurso de apelación que, sin ser nuevos hechos, ni daños o intereses que se proyectan de las decisiones del fallo apelado, quedan inhibidas de planteo y discusión en segunda instancia. A *contrario sensu*, las cuestiones propuestas en primera instancia pueden revisarse en segunda, siempre con el límite del principio dispositivo, lo que vale decir, en la órbita de la expresión de agravios respectiva.[3571]

Se ha dicho, coincidentemente, que el juicio de apelación comienza con la pieza en la que se exponen los agravios, que hace las veces de demanda que se abre después de la sentencia y, de tal forma, el

3570. CNCiv., en pleno, "Obarrio, María P. c./ Microómnibus Norte SA y otro", 7/12/2006, *LL*, 2007-A-268.

3571. Dentro de la expresión "capítulos" debe comprenderse no sólo a los puntos de interés para las partes, sino también a todos aquellos planteos o defensas que sólo pueden ser objeto de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional si han sido expresamente alegados por los interesados en la etapa oportuna y adecuada del proceso, de manera que sea posible el ejercicio del derecho de defensa por la contraria, y la prueba de los hechos que les sirve de fundamento (Loutayf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 184).

área objetiva de la apelación no es la misma que la primera instancia, sino el campo estricto que le proporciona la pretensión del recurrente apontocada en los términos litigiosos.[3572]

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, estos determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Carta Magna. El sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos. Por consiguiente, lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo cual se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales.[3573]

Con la demanda y la contestación queda trabada la litis, y con posterioridad las partes no pueden alterar sus límites. Esta exigencia no puede ser interpretada como un exagerado rigorismo ritual, si se observa que es sobre esos hechos que la sentencia debe decidir (art. 163, Cód. Proc.).

La prohibición impuesta por el artículo 277 citado al Tribunal Superior para fallar sobre capítulos no propuestos al inferior no debe confundirse con los argumentos jurídicos que sobre ellos desarrollen las partes. En este orden de ideas, la Cámara se encuentra facultada para tratar cuestiones que, aun cuando no hayan sido propuestas por

3572. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. III, p. 402

3573. CSJN, Fallos: 317:1333, "Concencioca, Juan M. y otros c./ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", con nota nuestra en "Respuestas Procesales", segunda parte, pp. 353 y ss. En el *sub examine* los actores se agraviaron exclusivamente de la sentencia del juez de grado en cuanto rechazó la demanda por no haber estado habilitada la instancia judicial. Frente a esta circunstancia, la Cámara no sólo acogió sus agravios revocando la sentencia sobre el punto, sino que, además, con grave menoscabo del principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, conoció lisa y llanamente sobre la validez de los actos de limitación y condenó a la Comuna al pago de las sumas reclamadas. En consecuencia, el fallo apelado no ha hecho sino resolver una cuestión de la alzada en detrimento del derecho de defensa de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que ha dictado sentencia sobre el fondo de la cuestión sin que se hubiera sustanciado aún el proceso en sus etapas probatorias y de alegatos.

el recurrente con anterioridad a los agravios, se encuentren vinculadas con el derecho.

A su vez, el órgano de alzada sólo debe fallar conforme a las pretensiones deducidas en juicio que hubieren sido planteadas oportunamente, de manera que están marginadas de la función revisora las presentaciones extemporáneas, aunque algunos de los argumentos allí vertidos, reproducidos al contestar la expresión de agravios, hayan sido analizados en la sentencia recurrida.

Recordemos que el recurso no supone un nuevo enjuiciamiento, con su consiguiente acuerdo para introducir pretensiones y oposiciones novedosas. Se trata, solamente, de verificar el mérito de la primera decisión definitiva, o sea, el acierto o error con que ella se motiva. De modo tal que la Cámara de apelación únicamente puede pronunciarse respecto de las cuestiones involucradas en los artículos constitutivos de la litis, todo ello sin perjuicio de la excepción que pueden ofrecer los hechos nuevos o bien respecto de aquellas materias que, por razones de índole temporal, no fueron susceptibles de decisión por parte del juez *a quo*.

b. Intereses, daños y perjuicios y hechos posteriores

Los límites encontrados para no considerar las cuestiones no propuestas al debate en primera instancia se flexibilizan con la potestad de resolver sobre intereses, daños y perjuicios y otras contingencias derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. La duda que se plantea es si puede resolver de oficio por ser temas o cuestiones derivadas, o si la introducción de peticiones alegadas y probadas también restringe la extensión que se expone.

Manuel Ibañez Frocham sostiene que "las excepciones en que el tribunal de apelación puede pronunciarse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, *no funcionan de oficio*".[3574]

Afirmación que coincide con la de Loutayf Ranea:

> ... ello es lógico porque rige en este aspecto también el principio dispositivo; así como en primera instancia son las partes las que delimitan sus reclamaciones y no puede el órgano jurisdiccional apartarse de ellas (*ne procedeat iudex ex officio*), de la misma manera en estos supuestos excepcionales previstos por el artículo 277 del Código Procesal, el tribunal de

3574. Ibañez Frocham, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 159.

alzada no puede dar nada si no ha sido expresamente solicitado por la parte interesada.[3575]

Sin embargo, la experiencia jurisprudencial apoyada con doctrina discrepante (que compartimos) permite observar que el tribunal puede resolver ciertas cuestiones, no todas, sin necesidad de petición de parte:

i. *Intereses*. Una de las excepciones al principio estricto de congruencia (*iudex debet iudacare secundum allegata et probata*) se da con los intereses. Es cierto que Carnelutti[3576] había dicho que el factor decisivo para que una cuestión pueda ser tratada y resuelta en apelación no es que haya sido examinada por las partes y decidida por el primer juez, sino que pudiese ser examinada y resuelta por hallarse comprendida en la demanda. En tal sentido, si la sentencia se pronuncia sobre la relación jurídica y deja de señalar en ella la cuestión accesoria de los intereses, la petición de ellos se puede realizar en la expresión de agravios –lo que no genera el problema que se plantea– o quedar en el marco de expansión resolutiva de la Cámara de Apelaciones.
No estamos refiriendo al marco de justicia distributiva y ni siquiera lo vinculamos con la sentencia en equidad que puede llevar a morigerar el impacto en la condena de intereses excesivos o reducir de oficio una cláusula penal;[3577] de lo que hablamos es

3575. Loutyaf Ranea, Roberto, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, *op. cit.*, T. I, p. 199.

3576. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. III, p. 237.

3577. Expone Kemelmajer de Carlucci: "No hay dudas que en el derecho argentino es el juez quien ejerce la facultad morigeradora de las cláusulas penales. Sin embargo, las nuevas leyes de protección del consumidor de otros países la otorgan a los organismos administrativos. Así, por ejemplo, la ley francesa del 10 de enero de 1978 permite que las cláusulas abusivas sean reglamentadas por decretos del Consejo de Estado tomados con el consejo de la comisión instituida por el art. 36. Explica Jacques Ghestin que esta disposición responde a la tendencia de recortar los poderes judiciales. De cualquier modo, según la interpretación mayoritaria, aun por aplicación de esta ley, los jueces conservan su facultad revisora de las cláusulas abusivas ("*Traité de droit civi*", T. 2, "Les obligations. Le contrat: formation". 2ª ed., París, *Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1988, N° 604 y ss.). Aunque todas las legislaciones de las últimas décadas que admiten la reducción tienen como propósito evitar los abusos, no siempre utilizan la misma terminología. Algunas hacen exclusiva mención a la "pena manifiestamente excesiva" (ver, por ej., art. 459 del Código paraguayo de 1986; art. 533 del proyecto de Código único para Colombia redactado por el profesor Valencia Zea; art. 1346 del Código peruano de 1984), o a pena "manifiestamente excesiva o irrisoria" (art. 1152, Código francés según redacción

de la posibilidad de aplicar en los intereses la regla de pronunciamiento del artículo 277 referido, sin necesidad de otro respaldo que las pretensiones introducidas. Dicho en otros términos, si la demanda versa sobre el cumplimiento de un contrato de mutuo donde lo que se quiere es el pago más los intereses pactados; y luego el debate se concreta sobre el abuso de derecho cuestionando la validez intrínseca de la convención; lo que allí se resuelva permite a la Cámara revisar todo lo que es materia de agravios y las accesorias derivadas de esa condena eventual.
La posición negativa la refuta desde el derecho civil Aída Kemelmajer de Carlucci, sosteniendo que "importa una verdadera petición de principios, pues justamente lo que se está discutiendo es si este es uno de los casos en que la ley, sistemáticamente interpretada, permite que el juez actúe de oficio", teniendo en cuenta que "la única prohibición que tiene el juez es la de llegar a un resultado inocuo... [por ello] la tesis que niega la reducibilidad de oficio alude más a lo formal que a lo sustancial".

Entiendo que los límites procesales a las facultades judiciales no sólo hacen a cuestiones formales, sino que atienden a la defensa de los derechos en juicio. Esto impone gran cautela al juzgador a fin de no avanzar sobre garantías constitucionalmente amparadas. [...] En

impresa por Ley N° 85/1097 del 11/10/85). Otras, en cambio, hacen referencia a esa pauta objetiva, pero introducen elementos circunstanciales subjetivos. Por ejemplo, el art. 535 del Código de Bolivia de 1975 dice: "La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez... si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso". Finalmente, algunas leyes, con afán tuitivo, prohíben lisa y llanament la estipulación que impone al consumidor, en caso de inejecución de su obligación, el pago de otros gastos que no sean el interés devengado (ver, por ej., art. 13 de la ley canadiense de protección al consumidor de 1979 y sus sucesivas reformas de 1980, 1981, 1982 y 1983). Algunos códigos resuelven expresamente la facultad de reducir de oficio. Así, por ej., la Ley francesa N° 85-1097 del 11/10/85 dispone que el juez puede, aun de oficio, moderar o aumentar la pena; por el contrario, el art. 343 del Código alemán, el art. 1346 del Código peruano de 1984, el art. 4° del anexo de la Convención Benelux de Cláusulas Penales, exigen, expresamente, solicitud de parte. Sin embargo, otros, entre los que se ubica el Código argentino (antes y después de la reforma), guardan silencio; no disponen ni la facultad del juez de pronunciarse de oficio ni la necesidad de petición de parte. En este sector se encuentran también el Código paraguayo de 1986 (art. 459), el boliviano de 1975 (art. 535), el italiano de 1942 (art. 1384). ¿Qué resolver en esos países? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal*, *LL*, 1991-B-353).

nuestros días, la reducción de las cláusulas penales, al igual que todo lo relativo a las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad, debe ser enmarcada en el tema más amplio de la protección al consumidor. No debe olvidarse que la crisis del sistema ultra liberal del Código Civil francés en su redacción originaria, fue provocada por la existencia de cláusulas consideradas unánimemente como abusivas por violentar los mínimos derechos de los consumidores.[3578]

También en materia sustancial los artículos 10, 794, 960 y concordantes del Código Civil y Comercial permiten la actuación morigeradora del juez, e inclusive la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que, respetando el límite del artículo 277 del Código Procesal, que tiene jerarquía constitucional,[3579] los jueces pueden resolver de oficio la aplicación de intereses y aun de leyes que, siendo de orden público, obligan a su aplicación.

En efecto, la ley de consolidación de deudas, por ejemplo, resulta inexcusable en atención al carácter de orden público que reviste (art. 16 de la ley 23.982), lo que trae aparejadas la irrenunciabilidad e imperatividad de sus disposiciones,[3580] y habilita a los jueces a aplicarlas aun de oficio, sin que medie petición alguna de las partes.[3581]

La extensión del permiso llega a establecer las modalidades de ejecución y la forma como se debe interpretar la condena impuesta, que no se aparta de la congruencia desde que la cuestión fue oportunamente introducida o no estando rogada sea una consecuencia lógica para la eficacia de la relación jurídica.[3582] Justamente es este el límite natural a la que queda sometido el tribunal de alzada: la relación procesal.

3578. Ídem.

3579. CSJN, Fallos: 229:953; 230:478; 307:948; 315:127; 319:1135, entre muchos otros,

3580. CSJN, Fallos: 319:2931; 326:1637.

3581. CSJN, Fallos: 317:1342.

3582. En Fallos, 330:3477, la Corte nacional dice: "Es menester efectuar un detenido examen del plexo normativo de aplicación al caso y extremar los recaudos a fin de que las leyes de consolidación sean aplicadas de modo tal que no importen un indebido menoscabo al patrimonio del acreedor ni al del Estado Nacional, máxime si se tiene en cuenta que el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que enuncien

En materia de intereses puede tratarse de una cuestión introducida oportunamente, en cuyo caso la actividad de la Cámara se encuadra en la integración de omisiones; o no haber sido una cuestión propuesta pero que debiera ser consecuencia natural de la obligación que se plantea (*v. gr.* demanda de cobro de pesos que no exige intereses, los que corresponden por aplicación del art. 744 del Código Civil –hoy derogado–), que permite resolver con base en el principio *iura novit curia.*
No se trata, entonces, de un exceso jurisdiccional, porque la cuestión jurídica fue alegada, probada, resuelta; y cuando la Cámara revisa el fallo, advierte que la ejecución debe integrarse con intereses propios de la relación jurídica donde interviene, de forma tal que vuelve lógica la sentencia y eficaz su cumplimiento.
En tiempos de grave depreciación de la moneda, fue común que la jurisprudencia resolviera de oficio la actualización del valor; así como desde otra perspectiva ha evitado reclamos

las partes (v. doctrina de Fallos: 321:1167; 324:1590, entre otros). Sobre la base de tales premisas, estimo que al disponer la Cámara que los intereses deben calcularse de conformidad el régimen de consolidación de pasivos estatales porque "tanto la demandada como el crédito están comprendidos en él", realizó un examen parcial del ordenamiento y omitió considerar que el propio régimen establece un tratamiento diferente para las deudas del organismo deudor cuando se reúnen ciertas condiciones expresamente previstas. En efecto, las obligaciones alcanzadas por el art. 13 de la Ley N° 25344 se consolidan después del reconocimiento firme, en sede judicial o administrativa, de la deuda (art. 1 de la Ley N° 23982). Como consecuencia de ello, se produce –en ese momento– la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios, por lo que sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece: exigir el pago en efectivo, en los plazos fijados por aquella, o la entrega de los bonos que correspondan (art. 17 de la Ley citada). Por su parte, el art. 61 de la Ley N° 25565 –incorporado a la Ley N° 11672 (t.o. 2005)– establece, en lo que aquí interesa, que se consolidan en el Estado Nacional las obligaciones de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (e.l.), en los términos y con los alcances de la Ley N° 23982 y del Capítulo V de la Ley N° 25344 y sus normas reglamentarias y complementarias, con excepción de las deudas provenientes de seguros de vida por fallecimiento o por incapacidad total y absoluta. En tales condiciones, si bien es cierto que el régimen de consolidación de deudas es aplicable al sub lite en razón de la fecha de origen de la obligación y de la naturaleza de la demandada (art. 13 de la Ley N° 25344), entiendo que el crédito de autos no queda comprendido en él en virtud de la exclusión que contempla el art. 61 de la Ley N° 25565, solución que torna insustancial el tratamiento de los restantes agravios invocados por el apelante (Fallos, 330:3477, "Rojas, Edith c./ Caja Nacional de Ahorro y Seguro (en liquidación)").

usurarios o de notoria desproporción en las prestaciones. No se nos escapa que la tesis tiene grandes resistencias. Algunas de ellas proyectadas desde el mismo planteo que tienen los tribunales para revisar de oficio cuestiones vinculadas con intereses de la deuda en litigio, o de situaciones que se pueden considerar irrevisables por aplicación de la cosa juzgada.

Volviendo al tema que nos interesa, el artículo 277 no es una válvula de escape a supuestas violaciones al principio de congruencia y menos aun a la cosa juzgada, porque dejar sin resolver los intereses de la condena y supone despojar a la contienda de un resultado que debió ser implícito, so riesgo de provocar un beneficio económico imprevisto en quien debe cumplirla.[3583] Por ello, cabe concluir que los intereses moratorios constituyen la sanción resarcitoria que se impone a quien incumple una obligación de dar sumas de dinero (o de valor) yno se requiere de un acuerdo que los establezca, pues se aplica la tasa legalmente establecida o, si no existiera una ley especial que los determine, serán los jueces que entiendan en el caso los encargados de fijar el interés.

ii. *Daños y perjuicios.* La posibilidad de disponer una indemnización por daños y perjuicios sólo es factible por hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Se trata del *jus superveniens* que, al estar vinculados íntimamente con las circunstancias y pretensiones en litigio, inciden de tal forma que permiten al *ad quem* resolver sobre ellos. La diferencia con los intereses es que requieren de petición expresa, pues aquí los jueces no están facultados a proceder de oficio (art. 271. Cód. Proc.), porque de hacerlo introducirían cambios sustanciales que violarían la igualdad y el derecho de defensa en juicio.

c. Otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia

La facultad se relaciona con el artículo 163, inciso 6, del Código Procesal, en la parte que pone como deber del pronunciamiento: "... hacer

3583. CSJN, Fallos: 314:1305, "Castillo de Montenegro, Jorge y otros c/ Tecniser SRL y Gas del estado".

mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos".

Es decir, una cosa son los *hechos nuevos* que se deben introducir en la alzada con la expresión de agravios (art. 260, inc. 5, ap. a, Cód. Proc.), y otra los *hechos sobrevinientes* contemplados en el artículo 163 citado, donde el magistrado al momento de dictar sentencia debe meritar la totalidad de los hechos, hayan sido invocados o no. En este sentido, la delimitación entre uno y otro tipo de hechos, a pesar de que en ciertas ocasiones puede ser abstracta y resultar compleja es imprescindible a los efectos de la legítima incorporación al litigio de estos acontecimientos novedosos.[3584]

Por ejemplo, el hecho nuevo sólo puede ser invocado a instancia de parte mientras que los hechos sobrevinientes pueden ingresar aun de oficio. Ambos –para encuadrar como tales– deben ocurrir o ser conocidos con posterioridad a la traba de la litis, y pueden ser invocados sin que se violente la regla del artículo 331 del Código Procesal teniendo como características comunes que todos confluyen en el principio de economía procesal, ya que de no ser admitidos provocarían una reedición del proceso –principios de formalidad o preclusión–.[3585]

Sin embargo, son diferentes: los hechos nuevos son aquellos que se conectan con la demanda o contestación, la integran sin transformarla y deben llegar a conocimiento de los litigantes, con posterioridad a la traba de la litis. Pueden ser deducidos hasta cinco días después de notificado el auto de apertura a prueba o en el tiempo previsto en la instancia recursiva. Por otro lado, el hecho sobreviniente faculta al juez a considerarlo al momento de sentenciar, sin necesidad de que haya sido invocado por las partes, aunque este debe surgir del expediente (*quod non est in actum, non est in mundo*).

En esta línea argumental, el magistrado debe dictar sentencia de acuerdo con las acciones deducidas en el juicio, tomando en cuenta los hechos afirmados en la demanda y en su contestación, y teniendo presente que los hechos sobrevinientes podrían modificar ligeramente la demanda, pero nunca la contextura del objeto litigioso.

3584. Hitters, Juan Manuel, "Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos", *LL*, 2008-B-998.

3585. Kielmanovich, Jorge, "Hechos nuevos (A propósito del artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)", *LL*, 1987-D-870.

La doctrina explica con claridad el funcionamiento que se autoriza en esta materia a la alzada. Dice Juan Manuel Hitters:

> Si bien la norma citada establece que se "podrá hacer mérito" de tales hechos en la sentencia, ello no excluye el deber de analizarlos (se trata de un 'poder-deber'). Además, el art. 34 inc. 5° de dichos cuerpos legales le coloca como imperativo al judicante el de fundar las sentencias definitivas e interlocutorias bajo pena de nulidad, respetando el principio de congruencia. Por su parte, el art. 36 inc. 4° del Código Procesal, le impone *el deber* de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos. Estos dos artículos, sumados al 163 inc. 6° ap. 2° ya citado, a nuestro criterio "obligan" al juez a considerar los hechos constitutivos modificativos o extintivos de oficio, sin importar que en este último se mencione la locución "podrá", sin perjuicio de la importancia valorativa que se les otorgue. A modo de ejemplo, se dijo que si durante la tramitación de un proceso de desalojo por falta de pago, se produjere el vencimiento del término contractual, podrá hacerse valer en la sentencia como hecho sobreviviente. Corresponde poner de relieve que en este pleito no se había negado el contrato ni se aludió a una eventual prórroga del lapso estipulado, por lo que se juzgó que no se afectaba el derecho de defensa y el principio de congruencia.
> Asimismo, en el transcurso de un juicio de adopción se admitió como hecho sobreviniente la sola superación por parte del adoptante de la edad mínima exigida por el art. 315 inc. a del Código Civil.
> En un precedente que para nosotros encierra el acaecimiento de un hecho sobreviniente, la Corte Suprema revocó una sentencia en la que no se había ponderado la necesidad del reajuste numerario de la indemnización como medio de salvaguardar el alcance real del resarcimiento, evitando así que prácticamente se desconociese la norma de fondo y por ende, el menoscabo de la verdad jurídica objetiva y de los derechos de propiedad y defensa en juicio.[3586]

Del mismo modo, se valoró como *hecho modificativo* a un acontecimiento que fue denunciado como hecho nuevo, pero que ocurrió luego de la oportunidad prevista para ser considerado como tal.

En otro caso, en el cual una entidad financiera carecía de capacidad legal para demandar en razón de compromiso de fusión suscripto con otro banco con anterioridad (pese a subsistir como persona jurídica), tal defecto fue subsanado con anterioridad al dictado de sentencia

3586. Fallos 303:1005, "Capdevilla c. Municipalidad de la Capital".

mediante la presentación del síndico designado en la quiebra de este último, quien ratificó lo actuado por la actora (hecho sobreviniente). Por este motivo, se hizo lugar a la acción (considerando además que la deuda no había sido negada), pero las costas se impusieron por su orden en razón de las circunstancias antedichas.[3587]

658. El replanteo de pruebas

Replantear prueba en segunda instancia parte del principio de revisión de actos que, inapelables por razones de economía procesal, permiten ser reconsiderados ante la alzada para evitar una probable injusticia o el error del *a quo* al resolver. La inapelabilidad de resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de pruebas (art. 379, Cód. Proc.), en particular, tiene mediante esta vía un mecanismo de corrección.

El sistema es apropiado en tren de aceptar para todos los actos del proceso el derecho al recurso, pero en la misma senda es preciso justificar el replanteo, y demostrar que la denegación fue resistida oportunamente. Por eso la facultad no se aplica a pruebas olvidadas de producir, más allá de que con el consentimiento del llamamiento de autos precluye toda posibilidad sobre el particular. En realidad, el replanteo probatorio que se puede pretender en la segunda instancia es excepcional y contingente. Lo primero, porque no puede servir de vehículo para convalidar insistencias que desnaturalicen el control que tiene el *a quo* sobre la regularidad de la instancia y las facultades de dirección que se ponen en práctica en todo el dispositivo procesal (arts. 34, 36, 360 y ccds. del Cód. Proc.); lo segundo, porque depende de que la prueba se haya declarado negligente (es decir, no procederá respecto de prueba perdida por caducidades automáticas) o suponga una manifiesta restricción al derecho de defensa en juicio.

En suma, el replanteo de prueba en segunda instancia procura lograr el acabado cumplimiento del principio constitucional de la defensa en juicio y actúa como contrapeso de la inapelabilidad que, por razones de celeridad y economía procesal, establece el artículo 379 del Código Procesal. Además, en virtud de la inapelabilidad de las

3587. Hitters, Juan Manuel, "Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos", *op. cit.*

medidas dictadas en materia probatoria, el Código Procesal permite el replanteo de la alzada, cuando el expediente llega para el dictado de la sentencia definitiva (arts. 379, 385 *in fine* y 260, inc. 2); pero resulta obvio que aquel ampara sólo a los supuestos de denegatoria infundada de prueba, o negligencia o caducidad mal decretadas, y no a los casos de desidia o desinterés en la producción de las pruebas, que mal pueden encontrar remedio en la segunda instancia.

a. *Ventajas del sistema*: la doctrina elogia el sistema dispuesto; Colombo sostiene las ventajas del sistema:

> a) Si la prueba es realmente admisible, aunque el juez la haya desechado, su error puede ser subsanado por la Cámara; b) Es posible que una vez producida en primera instancia toda la prueba que el juez admitió, la parte que ofreció la no aceptada por aquel pierda interés en diligenciarla por resultar ya innecesaria; c) Se economiza tiempo, evitando la presentación y despacho de recursos por cuestiones que, como he expresado en definitiva pueden quedar superadas en todo o en parte.[3588]

> También Eisner estima:

> … no puede soslayarse el particular deterioro que significa tal sistema de producción de pruebas en la alzada, respecto de los principios que gobiernan la doble instancia y el recurso de apelación –*stricto sensu*– en cuanto suponen que la competencia del Tribunal Superior se limita a su facultad de examinar la justicia y acierto del fallo recurrido, por sus propios fundamentos, confrontados con las alegaciones de las partes y elementos de convicción allegados al proceso hasta el momento de ser decidido en la sentencia de mérito, objeto de impugnación […].
> Con el sistema en estudio, es obvio que –de admitirse y producirse prueba en la Cámara– el fallo del superior tendrá por sustento el conocimiento de probanza que el juez de primer grado no pudo estimar por no obrar en autos tules elementos de juicio al emitir su fallo.[3589]

> La diferencia de opiniones es plenamente compatible, como advierte Oteiza:

> … la primera, desde una visión que toma las bondades prácticas que posibilita el sistema, afirma que muchas cuestiones quedarán ago-

3588. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 461.
3589. Eisner, Isidoro, "El llamado "replanteo de pruebas en la alzada", *op. cit.*

tadas en el desarrollo del proceso y las otra podrán ser salvadas por la actividad instructoria que puede realizarse en la alzada. Desde el otro enfoque se privilegia la defensa en juicio y la garantía de la doble instancia que, sin duda se encuentra en colisión con el cercenamiento de la apelación, en punto a la denegación de prueba, con su sustituto el replanteo.[3590]

b. *Requisitos*: el presupuesto que torna posible la revisión es el mismo que tiene el recurso de apelación, vale decir, demostrar la necesidad de la prueba y el error de haberla denegado; consecuencia de esto es que el pedido debe contener una crítica razonada de los fundamentos con los que el juez desestimó una prueba, al igual que ocurre con las expresiones de agravios.[3591] Sin embargo, fundamentar no significa convertir al replanteo en un recurso, en el sentido técnico que se acuerda al significado, tal como lo entiende Palacio cuando afirma:

> … el sistema no importa la institución de una apelación diferida como la que contemplaba el artículo 9 del Dec.-Ley N° 23398/56, ya que la parte interesada no tiene la carga de interponer recurso alguno contra la resolución respectiva sino la de actualizar, ante la cámara, el tema sobre el que versa aquella resolución.[3592]

No obstante, si no es un recurso, propiamente dicho, para ubicar la categoría y naturaleza del arbitrio en estudio, al menos podemos convenir con Isidoro Eisner que se trata de un "remedio" procesal –género amplio que también comprende la especie de los recursos– apto para restablecer la salud del derecho, como podrían serlo el proceso de conocimiento posterior al ejecutivo o la acción de nulidad contra un laudo de amigables compone-

3590. Oteiza, Eduardo, "El replanteo de prueba", *LL*, 1990-B-45.

3591. CNCiv., Sala H, "Servicios Foster S. R. L. c./ Weel y Cía. S. A.", 19/9/1990, *LL*, 1991-E-660, con nota de Héctor Eduardo Leguisamón y Jorge Francisco Palma. En este sentido se reafirma que la petición prevista en el art. 260 inc. 2, del Código Procesal debe ser debidamente fundada, en forma similar al escrito de expresión de agravios, pues debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución atacada y demostrar los motivos en virtud de los cuales se la considera errónea (CNCiv., Sala F, "Koegler, Rosalía C. c./ Mirabal, Ramón T. y otro", 11/2/1996, *LL*, 1997-C-950 [39.474-S]).

3592. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 279.

dores, entre otros.[3593] Si bien tiene de común, con el recurso de apelación, la queja o impugnación contra una decisión del inferior, se diferencia en que el "replanteo", en caso de prosperar, no se limita a obtener la revocación o enmienda de lo resuelto sino –y en especial– que el mismo tribunal de alzada ordene diligenciar y reciba ante sí la prueba redimida o rehabilitada.[3594]

También tiene simetría con la apelación el tiempo de interposición, en cuanto en proceso ordinario el pedido debe ser formulado según lo dispuesto por el artículo 260, inciso 2, del Código Procesal, dentro del quinto día de quedar notificada la parte del deber de expresar agravios.[3595]

La pretensión se concreta por escrito y puede acompañar la fundamentación que contiene la crítica, concreta y razonada, contra las partes de la sentencia que se considera equivocada, siempre y cuando se haga dentro del plazo de cinco (5) días mencionado; caso contrario, podrá agregarse por separado, debidamente fundada la petición, que será resuelta sin sustanciación alguna.

Cabe observar que coincide con la oportunidad el deber de fundamentar los recursos de apelación que hayan sido concedidos con efecto diferido, la posibilidad de presentar

3593. Eisner, Isidoro, "El llamado 'replanteo de pruebas en la alzada'", *LL*, 1980-C-410.

3594. Ídem.

3595. Explica Oteiza: "El llamado 'replanteo' de prueba constituye un instituto susceptible de ser entendido de dos modos bien diversos. De un lado, pudiera pensarse que suple los recursos antiguamente autorizados respecto de las decisiones judiciales relativas a la admisión y producción de la prueba: a modo de un gran recurso de tramitación diferida y cuya apertura deriva de la ley misma como en la llamada 'consulta'. Diversamente de ello, pudiera decirse que el cambio del sistema de apelaciones contra las decisiones de admisión y producción de pruebas importó hacer estas irrecurribles cabalmente, vía de revisión sustituida más que modificada, por el establecimiento de una facultad de indagación del tribunal de alzada, el cual cabría recibir pruebas según la utilidad que parecieran poseer a la luz de una visión final de la causa ya sentenciada. La ley procesal no esclarece la dualidad. La jurisprudencia se ha ido inclinando [...] por una visión del 'replanteo' como un recurso no denominado así, más constituido en tal por su mecánica y efectos [...]. Tal temperamento encuentra sin embargo un óbice argumental insuperable, proveniente de la letra de la ley: Si el 'replanteo' de la prueba constituyera sustancialmente sólo un recurso para hacer revisar decisiones desacertadas respecto de aquella, ¿para qué habría sido llamado de otra manera en lugar de aparecer francamente como una apelación diferida?" (Oteiza, Eduardo, "El replanteo de prueba", *op. cit.*)

documentos de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia o anteriores si no se hubiera tenido conocimiento de ellos; también con la posibilidad de exigir confesión judicial al adversario –sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior–, y, en su caso, de requerir la apertura a prueba cuando se alega un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365 (máximo de cinco días después de notificada la providencia de apertura a prueba) o se tratare del caso previsto en el párrafo 2 del artículo 366 (la resolución que rechaza el hecho nuevo es apelable con efecto diferido).

c. *Trámite*: el replanteo de prueba no tiene traslado, como lo tienen los casos anunciados en coincidencia temporal, razón por la cual es aconsejable la presentación individual y por separado de cada una de las peticiones. La notificación de los casos del artículo 261 del ritual es por nota, es decir, contando el tiempo de comunicación por ministerio de ley (art. 133, Cód. Proc.).
Algunos consideran que la forma dispuesta no es acertada ni justa, por cuanto puede constituir una conculcación del derecho de defensa en juicio. En efecto, Jorge Palma plantea lo siguiente:

> … entendemos que se afecta el principio de bilateralidad al no correrse traslado del pedido de replanteo, por cuanto cuando se exige que el escrito de replanteo debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución que denegó, declaró negligente y decretó la caducidad de una prueba, al igual que si se tratara de una expresión de agravios, obviamente debe permitírsele al adversario responder esa petición, al igual también que si se tratara de una expresión de agravios, puesto que en realidad el replanteo de prueba en segunda instancia no es ni más ni menos que el símil de una apelación; es básicamente la disconformidad con lo resuelto por el juez de primera instancia y la pretensión de que sea revista la decisión por la Cámara y máxime tratándose de la producción de una prueba que no existía y que puede eventualmente llegar a cambiar la solución del litigio.
> Si ante un acuse de negligencia en la producción de una prueba, debe oírse a la parte contraria; una vez declarada aquella, ¿por qué no ha de oírse a quien la acusó, para que defienda y aun mejore los fundamentos tanto de su acuse original como los de la resolución judicial? A nuestro modo de ver sería conveniente que el pedido de

replanteo se sustanciara y por tanto es recomendable la modificación legislativa de los arts. 260, inc. 2° y 261 del Cód. Procesal, sin perjuicio de que las Cámaras dispongan correr traslado de los pedidos de replanteo haciendo uso de sus facultades ordenatorias.[3596]

El plazo para resolver la petición es de tres (3) días, contados desde que se formula (conf. art. 34, inc. 3, ap. a, Cód. Proc.), y de acceder ordenará la apertura a prueba.
El artículo 263 del Código referido dice:

> Los miembros del tribunal asistirán a todos los actos de prueba en los supuestos que la ley establece o cuando así lo hubiese solicitado oportunamente alguna de las partes en los términos del art. 34, inc. 1. En ellos llevará la palabra el presidente. Los demás jueces, con su autorización, podrán preguntar lo que estimaren oportuno.

Este artículo 263 no fue reformado por la Ley N° 25488, cuestión de importancia para interpretar su operatividad, salvo que se haya incurrido en una seria inadvertencia. En efecto, el actual artículo 34 establece, como antes, los deberes de los jueces, pero se ha modificado la redacción del inciso 1 que es al que refiere esta norma en su remisión. El modelo anterior sostenía que era deber de los jueces: "asistir a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad en los supuestos que la ley lo establece o cuando cualquiera de las partes lo pidieren con anticipación no menor de dos días a su celebración". Actualmente, el artículo 34, inciso 1, sólo dispone la obligación de "... asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada".
Las audiencias de prueba referidas a la prueba confesional (art. 125 *bis*) se han derogado, porque se especifica su desarrollo en la audiencia preliminar del artículo 360, la cual sólo se puede cumplir ante el juez, por ser de carácter indelegable. En cambio, si se trata de prueba testimonial, será el Secretario quien sustancie el acto procesal (art. 38, inc. 5), y hasta podría serlo el Prosecretario (art. 360, inc. 5). En consecuencia, si las partes no pueden solicitar la presencia del tribunal (por no estar previsto

3596. Palma, Jorge, "Replanteo de prueba en segunda instancia", *LL*, 1991-E-659.

legalmente, aunque de hecho se pueda requerir), las audiencias deberán seguir el curso del régimen reformado:

1. las audiencias de *absolución de posiciones* se cumplen ante el tribunal en pleno, mediante levantamiento de acta o por medio de fonograbación (cfr. art. 125, inc. 6, Cód. Proc.); acto que será dirigido por el presidente de la Sala;
2. las audiencias testimoniales y demás pruebas admitidas en los términos del artículo 260, incisos 2 y 5, apartado b, Código Procesal, se sustancian ante el Secretario de la Sala interviniente.

Cabe observar que estas son reglas procesales que pueden quedar postergadas por los principios generales de las nulidades procesales, en la medida en que si las partes consienten la celebración de los actos de una manera diferente a la ordenada, y sin que sufra por ello observaciones del juez o tribunal de la causa, al ser nulidades relativas, la finalidad de lograr la inmediación será puro ilusionismo y la pérdida asegurada de una esperanza para el control directo de los jueces sobre los actos del proceso.

d. *Legitimación*: una cuestión que pone dudas sobre el replanteo de pruebas consiste en saber si debe tener agravios contra la sentencia quien lo solicita o si basta con el interés en revisar la denegatoria de pruebas para fundar, por ejemplo, la contestación de la expresión de agravios.

Según Palma:

> … el replanteo obviamente lo tendrá que formular el vencedor del juicio antes de que la parte vencida funde el recurso de apelación mediante la expresión de agravios, al menos en los juicios ordinarios, o al mismo tiempo en los juicios sumarios; es decir en cualquiera de los casos, siempre antes de conocer cuáles son los agravios de su adversario. En otras palabras, que el replanteo debe efectuarlo por las dudas; ante la eventualidad de un posible replanteo de prueba que intente su contrincante. Resulta lícito pensar entonces que si este último no pide el replanteo de prueba o sus agravios en definitiva no podrían verse alterados por la prueba que el vencedor intenta replantear, puede este desistir de la prueba replanteada por las dudas.[3597]

3597. Palma, Jorge, "Replanteo de prueba en segunda instancia", *op. cit.*

Además, el autor nos presenta un interrogante muy sugestivo cuando se pregunta: ¿qué sucede si en virtud de la denegación, de la declaración de negligencia o caducidad de prueba resuelta en primera instancia, la parte contraria ha desistido de prueba oportunamente ofrecida y que tiende a contrarrestar la ofrecida por su contrincante?, ¿podría replantearla en segunda instancia ante el replanteo que formule el adversario?

El caso es posible cuando una parte ofrece testigos que contrarresten el testimonio de otros y luego los declina ante la negligencia probatoria o la caducidad que sufre su oponente. La repetición de ejemplos como este aconseja proponer que la prueba desistida pueda ser replanteada cuando se justifica plenamente su producción.

e. *Alegatos*: la estructura del procedimiento probatorio a desarrollarse en segunda instancia coincide esencialmente con la de la primera. Por ello, si la alzada provee directamente la prueba ofrecida por la parte que invoca el replanteo, el plazo debe fijarse de acuerdo con la producción que ellas necesiten.

El artículo 264 del Código Procesal dispone: Si se pretendiere producir prueba en segunda instancia, dentro de quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo 259, las partes manifestarán si van a informar in voce. Si no hicieren esa manifestación o no informaren, se resolverá sin dichos informes.

El informe *in voce* jamás fue utilizado en la práctica procesal, salvando auténticas excepciones que se desconoce si existieron. Por otra parte, el informe referido sería sustitutivo de los escritos de expresión de agravios, y de los que refiere el artículo 260 en sus distintos supuestos; pero el Código sigue refiriendo a la necesidad de presentar "escritos", sin aclarar si el traslado que corresponde en cada caso se dará en el acto del informe, o se volcará en actas que se comunicarán a las demás partes, o si será obligatoria la presencia de ellas a los fines de tener cinco días posteriores para responder, etcétera.

En realidad, la norma es fruto del viejo artículo 252 del Código de procedimientos derogado en 1968, y repite una fórmula absolutamente inoficiosa en la prédica de cómo se han de sustanciar y resolver los recursos.

659. Agregación de prueba documental con el recurso

La documentación esencial para la solución del litigio solamente se puede agregar con los escritos constitutivos del proceso, pero si ellos aparecen después de estas etapas del juicio, o eran desconocidos por el interesado, el Código autoriza su presentación hasta el momento en que quedan los autos para dictar sentencia (aclaración que debió efectuarse en el contexto de los arts. 387 y ss.) o después de ello, en el plazo de cinco (5) días de notificada la parte que debe expresar agravios.

La prueba documental ante la alzada es una facultad excepcional que sólo corresponde en los casos específicamente señalados en la ley, cuya admisibilidad es de interpretación restrictiva y queda supeditada a que los instrumentos sean oportunamente presentados y resulten idóneos; porque en caso contrario, si la documentación que se pretende agregar es irrelevante, se puede rechazar su incorporación alegando el segundo párrafo del artículo 364 del Código Procesal (prueba inútil, superflua o innecesaria).

La razón de evitar que se presenten instrumentos con posterioridad a la interposición de la demanda o su contestación, con los que se pretenda introducir hechos nuevos no invocados en la etapa procesal oportuna, responde al principio de preclusión y se confunde con el de celeridad que tiende a conseguir que el proceso se desplace en forma indefinida. Si se lleva documentación, se debe sustanciar con la contraria a los fines del reconocimiento o de la oposición.

Cabe aclarar que en el recurso concedido en relación, "no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos" (art. 275, Cód. Proc.) sin referir a la eventual agregación de documentos.

En su caso, al confrontar con el artículo 260 se observa que no se opone a ello, por lo cual se podría compartir con Kielmanovich:

> … a simple vista, entonces, podría decirse que la agregación de documentos *nuevos* no se hallaría incluida en la prohibición del art. 275 desde el momento que ello no implica la *alegación de hechos nuevos*, ni importa la declaración de la *apertura a prueba*, aspectos que aparecen explícitamente radiados del ámbito de la apelación en relación.[3598]

3598. Kielmanovich, Jorge, "Improcedencia de la agregación de prueba documental en la apelación concedida en relación", *LL*, 1990-C-24.

No obstante, es el profesor titular de Buenos Aires quien explica que, en realidad, la prohibición se ha extendido a la agregación de documentos para la apelación en relación, dado que si su autenticidad o recepción fuera negada por la parte contraria, indefectiblemente habría de disponerse la apertura a prueba, que sí aparece prohibida en este contexto.

> Es que no tendría mayor sentido práctico que se autorizara la presentación de documentos en la apelación en relación *sub conditione*, esto es, en tanto y en cuanto la prueba no fuese desconocida en su autenticidad o en su recepción por la parte contraria, cuestión que de por sí, salvo casos excepcionalísimos, conduciría a vedar tal petición. Téngase presente además, que *la agregación de prueba documental en alzada debe ser interpretada restrictivamente*, en los casos, obvio es decirlo, que la ley autoriza tal presentación, y *a fortiori* cuando la forma o modo de concesión del recurso de apelación no contiene una etapa destinada, por un lado a la fundamentación de los agravios, y por el otro, a la producción de pruebas y alegación de *hechos nuevos.*[3599]

660. El procedimiento en segunda instancia

El trámite en segunda instancia comienza para los recursos concedidos *libremente*, cuando se admite por el *a quo* y se remite a la alzada para formalizar el procedimiento. En cambio, en los recursos concedidos *en relación*, la remisión depende del efecto (inmediato o no inmediato) acordado. En su caso, si tiene efecto suspensivo, el tribunal debe fallar, en principio, teniendo en cuenta las actuaciones producidas en primera instancia, sin que se puedan alegar hechos nuevos, agregar documentos o, consecuentemente, abrir la causa a prueba, salvo las potestades instructorias que la ley reserva al órgano jurisdiccional. La Cámara puede, excepcionalmente, respetando el derecho de defensa de las partes, disponer medidas para establecer la verdad de los hechos controvertidos.

660.1 Sorteo de la causa. Juez del recurso

La remisión del expediente al tribunal *ad quem* se reglamenta en el artículo 251 del Código Procesal, donde se establece la responsabilidad del Prosecretario administrativo (O*ficial primero*, según la norma) de

3599. Ídem.

hacerlo, aunque no se encuentre estos deberes entre los indicados por el artículo 38 *bis* del ordenamiento citado.[3600]

Esto no significa que sea obligación del funcionario impulsar el procedimiento, pues, la demora en elevar el expediente a la Cámara no obsta a que se decrete la caducidad de la segunda instancia, ya que es obligación de las partes instar el procedimiento, por cuanto no constituye un supuesto de excepción previsto en el artículo 313, inciso 3, de ese cuerpo legal. Téngase presente que el plazo de caducidad de la segunda instancia comienza a correr desde que es concedido el recurso de apelación y desde entonces incumbe a las partes interesadas urgir la remisión del expediente a la alzada, con el consiguiente riesgo, en caso contrario, de que se opere la perención.[3601]

Una vez que llega el expediente a la Cámara, se sortea la Sala que va a intervenir, si es que no tuvo intervención anterior, en cuyo caso, queda definitivamente radicada en ella. Esto es consecuencia del principio de prevención y de la *perpetuatio jurisdictionis*, que lleva a provocar la competencia del tribunal en todas las cuestiones sucesivas y anteriores a la sentencia definitiva, los incidentes, el trámite de ejecución, las tercerías relacionadas con aquel, y fundamentalmente, la sentencia definitiva, además de todas las causas conexas e íntimamente vinculadas.

En los recursos libres se adjudica un tercio a la Sala a la cual perteneciere el juez de Cámara que ejerza la presidencia, por el plazo de un año y a partir del quince (15) de noviembre del año anterior. Se hará constar la fecha de recepción de los expedientes, que será autorizada

3600. El art. 251 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que impone al oficial primero la obligación de remitir el expediente a la alzada dentro del quinto día de concedido el recurso, constituye el parámetro legal sobre el que se asienta el art. 313, inc. 3, del mismo Código, cuya única limitación radica en que la pendencia debe obedecer a una actividad que dicho cuerpo legal o las reglamentaciones de superintendencia imponen a los funcionarios allí mencionados (del voto en disidencia del doctor Zaffaroni. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal) (CSJN, "H. de A., A. y otras c./ A., J. y otros", 28/2/2006, LL *online*).

3601. CNCiv., Sala L, "Quiroga, Cirilo c./ Gómez, Carlos, L.", 15/7/1998, *LL*, 1999B-864, *J. Agrup.*, caso 13779. También se afirma que, independientemente de la responsabilidad que el art. 251 atribuye al Prosecretario administrativo en relación a la elevación del expediente al Superior, ante la inminencia del vencimiento del plazo legal, el interesado debe activarla para evitar la caducidad de la segunda instancia (CNCiv., Sala K, "Manuel González Mogo e Hijos S. A. c. Lin Yuh Lin", 13/8/1997, *LL*, 1999B-864, *J. Agrup.*, caso 13 783).

por el personal de Mesa de Entradas. La asignación de Sala se registrará en la carátula (art. 37, Reglamento de la Justicia Nacional en lo Civil).

La Secretaría de cada Sala de las Cámaras de apelaciones deberán registrar las causas que se encuentren para ser resueltas, indicando la fecha de radicación, el número asignado y cada uno de los movimientos que internamente se ordenen (art. 269, CPCCN).

El artículo 33 del Reglamento de la Justicia Nacional en lo Civil dispone:

> Los expedientes de los juzgados de primera instancia se clasificarán en las siguientes categorías:
> a. Libres
> b. Relación, incidente, excusación y recusación con causa, recurso de hecho, contencioso administrativo, Registro de la propiedad inmueble, Inspección General de Personas Jurídicas.
> c. Consultas del art. 633 del Código Procesal.
> d. Honorarios.
> e. Amparo, Registro del estado civil y capacidad de las personas.
>
> Para caratular los recursos se utilizarán las voces "libre y honorarios"; "libre, relación y honorarios", "relación y honorarios", y se compensarán de acuerdo con las categorías indicadas.
>
> Adjudicado un recurso como "libre y honorarios", "libre, relación y honorarios", "relación y honorarios", si la sentencia no se expidiere acerca de los "honorarios", cuando se remitiere nuevamente a la Cámara no se efectuará otra adjudicación, y subsistirá la anterior.

Asignada la causa, y en forma previa a notificar la providencia para que los apelantes expresen agravios, la Cámara puede revisar los presupuestos procesales que tuvo en cuenta el juez de primera instancia para conceder el recurso y, de no mediar acuerdo con ellos, podrá considerar que el recurso fue mal concedido; ello implica una facultad diferente a la establecida en el artículo 276 del Código Procesal, que se refiere al examen de la forma y efectos de la concesión.

Esta es una providencia previa a la puesta del expediente en condiciones de presentar los agravios, pues resulta de toda lógica que la revisión se realice antes de sustanciar, y pese a lo dispuesto en el artículo 259 cuando dice que *en el día que el expediente llegue a la Cámara, el Secretario dará cuenta y se ordenará que sea puesto en la oficina.*

660.2 La expresión de agravios. Deserción

El artículo 265 del Código Procesal establece:

> 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 "crítica concreta y razonada" se refiere, en primer término, a un juicio impugnativo. Lo concreto se dirige a lo preciso, indicado, específico (debe decirse cuál es el agravio). Lo razonado incumbe a los fundamentos, las bases, las sustentaciones (debe exponerse por qué se configura el agravio).

El escrito de fundamentación (expresión o el memorial de agravios) ha de consistir en la indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento, por lo que la ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las aspiraciones del recurrente, las afirmaciones genéricas sobre la prueba, sin precisarse el yerro o el desacierto en que incurre el juzgador en sus argumentos, las impugnaciones de orden general y la remisión al alegato de bien probado, no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación.[3602]

La técnica de fundamentación de los recursos es un tema diferente al análisis de admisibilidad que realiza el juez *a quo*, y que revisa el *ad quem*, 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.

Si bien no hay reglas, la jurisprudencia orienta sobre cuestiones que no se pueden realizar, a riesgo de considerar que el recurso contenga una fundamentación de agravios inadecuada, inoficiosa o imprecisa. Por ejemplo, la mera discrepancia con el criterio del juzgador, sin dar razones ni precisar donde asienta el error *in iudicando* no es bastante para admitir el recurso; inclusive, el error de fundamentación

3602. CNCiv., Sala E, "Volosin, Julio c./ Sircovich, Jorge Oscar y otros", 7/11/2007, LL *online*.

se colige de la interpretación del tribunal sin necesidad de recurrir a la contestación de agravios que se hubiera hecho, desde que es una facultad de la Sala declarar la deserción del recurso (art. 266, CPCCN).[3603]

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 dónde 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.

Es errado también realizar remisiones genéricas, porque el recurso debe ser autosuficiente, en el sentido de que el tribunal debe encontrar en las impugnaciones los motivos de revisión, y no hallarlos en las actuaciones que preceden a la sentencia de primera instancia. También es improcedente cuando se limita a resaltar la importancia de los medios probatorios respecto de cuya producción fue declarada la negligencia, sin formular un reproche preciso, serio y fundado que demuestre el equívoco en la decisión del magistrado.[3604]

Por eso, mientras que para que exista expresión de agravios se exige que se indiquen, se patenticen, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada, no sucede así cuando los recurrentes se limitan a señalar la supuesta orfandad probatoria del requirente en torno a la acreditación de los hechos de la forma en que fueron relatados en la demanda sin hacerse cargo de los sólidos fundamentos por los que el sentenciante resolvió su responsabilidad en el caso.[3605]

3603. 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 estas contienen, así como los fundamentos que le permiten sostener una opinión distinta (CNCom., Sala A, "Algodonera Flandria S. A., conc. prev.", 22/9/1999, *LL*, 2000-B-892, *J. Agrup.*, caso 14.966).

3604. CNCom., Sala D, "Santamarina, Ramón y Otro c./ Gexal S.A. y Otro", 3/12/2008, LL *online*.

3605. CNCiv., Sala H, "Duran, Ocampo Luciano c. Reinoso, Carlos Alberto y otros", 21/7/2008, LL *online*.

La deserción sucede cuando el recurso es insuficiente, no cuando el contrario triunfa con la resistencia opuesta, porque la medición que lleva a ese resultado se basa en que la expresión de agravios no es una fórmula carente de sentido sino un análisis serio y razonado y crítico de la sentencia punto por punto y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho.

Por tanto, se afirma que la expresión de agravios articulada no reúne los requisitos establecidos por el artículo 265 del Código Procesal –en el caso, respecto de la sentencia que admitió una demanda de desalojo–, si la recurrente no realiza una evaluación o crítica de las consideraciones que formula el anterior sentenciante, sino que expresa un simple disenso con lo decidido por el magistrado precedente con argumentos que no intentan rebatir los fundamentos tenidos en mira para decidir la cuestión.[3606] También cuando las remisiones a otras constancias o actuaciones de la misma causa resultan inhábiles a fin de fundamentar la expresión de agravios, pues ella debe ser autosuficiente, completa y autoabastecerse en el propio escrito que la contiene, con precisión de todos los elementos que permitan conocer cabalmente los motivos y razones que se tienen para recurrir.[3607]

Ahora bien, a fin de determinar la suficiencia de la expresión de agravios, puede haber dos criterios: uno estricto, apegado a la exigencia formal que tras leer la fundamentación la expulse por su insuficiencia; y otra de criterio más amplio sobre su admisibilidad, que sostiene el riesgo de producir un perjuicio al litigante en virtud de un mero defecto técnico, poniendo en juego la garantía de defensa en juicio.

3606. CNCiv., Sala H, "Pasolli, Jorge c./ Camargo, Roberto S. y otro", 13/2/2006, LL *online*. También se dice que corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de primera instancia que rechazó su reclamo por daños y perjuicios, toda vez que en la expresión de agravios no cumplió con los requisitos exigidos por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que se limitó únicamente a cuestionar el análisis de las declaraciones testimoniales efectuados por el juez de grado, sin formular una crítica concreta y razonada de la sentencia (CNCiv., Sala H, "Corbalán, Ismael Alejandro c./ Días, Osorio Amadeo", 23/12/2008, LL *online*).

3607. Cám. de Apel. en lo Civ. Com. y Trab. de Villa María, "Patiño, María Alejandra c./ Prack, Javier Ignacio y otros", 11/2/2009, LL *online*.

En síntesis, aunque no existe una guía o instructivo para realizar recursos ni presentar sus fundamentos, se pueden ofrecer orientaciones sobre lo que no se debe hacer, por ejemplo:

a. 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 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);
b. La cita de diversos fallos jurisprudenciales cuyo acierto no puede ponerse en duda, no puede ser considerada 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.[3608]
c. 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;
d. 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.

660.3 Sustanciación del recurso

Superada la etapa de revisión sobre la admisión dispuesta por el *a quo*, y presentado por los apelantes el recurso de apelación fundado, el trámite tiene distintas alternativas según se trate de cuestiones que deban o no ser objeto de prueba. Cuando la impugnación se sostiene

3608. CNCom., Sala B, "Oliva de Rimoldi, Norma D. c./ Napolitano, Antonio y otro", 16/9/1986, *LL*, 1987-D-631 (37.701-S).

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 tiempo establecido en el artículo 262, parte final del ritual, es decir, las partes tienen seis (6) días comunes para alegar sobre el mérito de la prueba, cumplido lo cual se llamará autos para sentencia, con idéntica prosecución que la anterior.

Del escrito de expresión de agravios corresponde otorgar traslado a las partes por el término de diez (10) o cinco (5) días, según se trate de proceso ordinario o sumario (donde corresponda), respectivamente. La notificación se practica *ministerio legis* y la contestación es una facultad que no causa perjuicios de ser omitida (art. 267, Cód. Proc.), aunque puede ser motivo para no aplicar costas en la alzada por estar ausente la sustanciación efectiva.[3609]

Cuadra recordar que la falta de contestación del traslado no importa consentir con las pretensiones de la contraria (art. 150, inc. 2, Cód. Proc.); aunque parte de la doctrina considera que los distintos supuestos del artículo 260 suponen que se tenga que analizar cuándo corresponde dar o no carácter facultativo al deber de respuesta, sobre todo, cuando se está frente a documentación cuya autenticidad se deja a merced del reconocimiento o negación de la contraria.[3610]

A diferencia del recurrente, la contestación del recurso es una facultad que puede o no cumplirse, sin provocar otra consecuencia que la

3609. Conviene recordar, no obstante, que no es pacífica esta interpretación al haberse dicho que para ser eximido de las costas es menester la debida acreditación de no haber originado por culpa la articulación del incidente –en el caso, de pronto pago–, pues la ausencia de sustanciación no constituye causal de exoneración del pago de dichos gastos (CNCom., Sala A, "De Caro y Russo S. A. s/ conc. prev. s/inc. de pronto pago por: Feld, Ofelia S.", 9/2/2001, *LL*, 2002-A-1021, *J. Agrup.*, caso 16.248).

3610. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, *op. cit.*, T. II, p. 501; Highton, Elena y Areán, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. 5, p. 231.

pérdida de la oportunidad para hacerlo, aunque la Cámara debe atender en el estudio los argumentos que este mantuvo en la instancia liminar. Sin embargo, dejar de responder el escrito de expresión de agravios puede resultar peligroso, pues ante la eventualidad de tener que deducir el recurso extraordinario, puede considerarse tardía cualquier reflexión.[3611]

660.4 Estudio del expediente. El acuerdo

Es cierto que cualquier sentencia puede atacarse en su parte dispositiva, que es, en definitiva, la que produce los agravios. Por eso, el fallo debe conducir a una conclusión coincidente que se deriva de la razón aplicada a los presupuestos fácticos y normativos del caso. Sin embargo, también es cierto que la decisión debe ser congruente con los fundamentos que se aportan, porque de otro modo se encuentra rápidamente afectada por el vicio de falta de motivación o arbitrariedad.

a. *Estudio del expediente*. En los tribunales colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario: la sentencia de ellos no se puede colegir 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.
   Para alcanzar la coincidencia hay mecanismos simples: uno puede ser el voto adhesivo, en el que un juez participa de la opinión del colega preopinante y sin agregar fundamentos, lo apoya con su firma. En otros mecanismos, se trabaja sobre un proyecto elaborado que se discute en plenario hasta llegar

3611. En efecto, la Corte advierte que es improcedente el recurso extraordinario si las cuestiones de índole federal traídas en la apelación resultan tardíamente introducidas en el proceso en el escrito en que se interpuso, toda vez que los fundamentos de lo resuelto derivan de los agravios vertidos por la actora, cuya previsible acogida no mereció tales reparos al momento de su contestación (CSJN, "Sindicato de Obreros Estaciones de Servicio, Garajes, Playas de Estacionamiento c. Maple y Cía. Ltda.", 12/3/1981, *LL*, 1981-D-609, *J. Agrup.*, caso 4463). Recuérdese que la falta de contestación de demanda impide controvertir en la apelación los hechos lícitos referidos en el escrito inicial y la prueba documental con los alcances del art. 356, inc. 1, del Código Procesal (CNCiv., Sala A, "Font, Marta E. c. Parapel, S. R. L.", 5/4/1988, *LL*, 1988-D-279; *DJ*, 1988-2-973). También tiene como consecuencia para esa parte que no contestó la articulación la pérdida del derecho de impugnar la resolución, por vía de la apelación.

a una solución ordenada y pacífica que puede o no ser unánime; a ella le basta con lograr la mayoría coincidente.

En ambos supuestos, si la formación de opiniones concuerda 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, 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.[3612]

En ningún caso es aconsejable buscar la coincidencia con la suma de votos adherentes, porque si uno de ellos acuerda la solución que se propicia, pero tiene una fórmula distinta, la unidad ontológica se pierde o difumina. Es el criterio que menta el artículo 270 del Código Procesal cuando sostiene: "Los miembros de la cámara se instruirán cada uno personalmente de los expedientes antes de celebrar los acuerdos para pronunciar sentencia".

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.[3613]

3612. CSJN, Fallos: 311:2023.

3613. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 253.

b. *El acuerdo*. 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 Dec./Ley N°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.
Al respecto dice el artículo 281 del código precitado: "Las sentencias de la Corte Suprema 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.

660.5 La sentencia de segunda instancia

Establece el artículo 272 del Código Procesal:

Concluido el acuerdo, será redactado en el libro correspondiente suscripto por los jueces del tribunal y autorizado por el secretario.
Inmediatamente se pronunciará la sentencia en el expediente, precedida de copia íntegra del acuerdo, autorizada también por el secretario.
Podrá pedirse aclaratoria en el plazo de cinco días.

Hemos afirmado que esta disposición presenta formalidades innecesarias en su estructura, toda vez que representan instrucciones dirigidas a los jueces y funcionarios sobre los trámites y formalidades que deben realizar una vez que han concluido el acuerdo y dictan la sentencia.[3614]

De igual modo, pese a la utilidad que representa, el pedido de aclaratoria inserto en esta disposición puede llevar a equivocaciones o errores innecesarios sobre el tiempo distinto para la presentación respecto a la sentencia de primera instancia (3 días), pues la aclaratoria deducida respecto al fallo de la Cámara es de cinco (5) días.

661. Las costas en segunda instancia

El tema ha preocupado a la doctrina desde los tiempos más remotos. No había explicación lógica que permitiera con sus fundamentos variar la condenación en costas de primera instancia cuando el fallo era revocado en la alzada, teniendo en cuenta que el criterio de aquellas épocas fue considerar el tránsito por la segunda instancia como una forma de prolongar el proceso.

Quizás por ello la prohibición de apelar las costas –solamente– se había establecido en las leyes romanas, disponiendo el Código de Justiniano la restricción al vencedor de apelar incidentalmente sobre las costas, en el caso de que el vencedor hubiera apelado contra el fondo de la sentencia (y esta hubiese omitido decidir sobre las costas o las hubiera compensado o impuesto sólo en parte).

Con la redacción que el Código acuerda, es palmario el abandono del principio que orientaba compensar las costas cuando la sentencia de primera instancia era revocada.

En suma, se trata de afianzar el principio objetivo de la derrota, y así ha llevado a declarar que, dado que la instancia de alzada es de orden público –por cuanto nace de la ley y no de la voluntad de las partes ni de la providencia del juez que concedió el recurso– el tribunal *ad quem* debe verificar, aun de oficio, la admisibilidad formal del medio impugnatorio con el que se intenta un pronunciamiento –es decir, si

3614. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., T. II, 2006, p. 111.

ha sido interpuesto dentro del plazo legal, por parte legitimada para hacerlo y por el medio técnico idóneo–. Debe verificar también si correspondiera declararlo mal concedido, aun cuando ninguna de las partes lo haya solicitado, imponiendo en tal supuesto las costas por su orden, en razón de que aquellas han contribuido igualmente al desgaste inútil de actividad jurisdiccional.[3615]

Por eso, se indica que las costas surgidas en un caso en el que la contraparte del apelante consiente todo el trámite propio de la impugnación deben imponerse en el orden causado; pero sin discriminación de que a instancia de una de ellas se hayan ocasionado las inherentes a la de otra, es decir, que quien indebidamente obtuvo la apertura de la alzada debe cargar con sus costas y, además, con una porción de las que correspondan a su contraparte porque cabe atribuirle a aquel un mayor grado de culpa en la inútil sustanciación del recurso.[3616]

Ahora bien, cuando la parte no recurrente omite la reclamación oportuna limitándose a advertir extemporáneamente la indebida concesión de los recursos al contestar los agravios, las costas deben imponerse en el orden causado con el significado y alcance de que el apelante soportaría las de su parte más la mitad de las correspondientes a la contraria que sólo cargará con la mitad de las propias.

En suma, se ha generalizado la tendencia que afirma que no corresponde imponer las costas si no medió actuación del apelado inherente al recurso, tal como no contestar el traslado de la expresión de agravios.[3617]

3615. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 1998, p. 282.

3616. Ídem.

3617. De todos modos, la competencia asignada al tribunal de segunda instancia por el art. 279 para adecuar los honorarios fijados en primera instancia al nuevo pronunciamiento no puede llevar a reducir la retribución recurrida solamente por su beneficiaria (CSJN,"Aquinos, Serafina c./ Terranova, Daniel", 19/10/1995, *LL*, 1996-A-342, con nota de Marcelo Urbano Salerno). En consecuencia, la rebaja de honorarios en segunda instancia no implica una "*reformatio in peius*", por cuanto dicha norma autoriza expresamente al *a quo* a adecuar el monto de los honorarios al contenido de su pronunciamiento, cuando la resolución fuere revocatoria o modificatoria de la primera instancia (CSJN, "Suarez, Guillermo A.", 11/2/1982, Fallos, 304:139).

Capítulo LXXXV
Recurso de nulidad

662. Objeto

El recurso de nulidad tiene como objeto corregir los errores de procedimiento en que incurra el juez *a quo* y que impactan en la sentencia, siempre que sean ellos graves y trascendentes como para generar agravios suficientes para afectar el derecho de defensa en juicio.

El medio de gravamen se vincula con los presupuestos generales de las nulidades procesales, de forma tal que su procedencia requiere sumar a los requisitos formales de toda queja (existencia de gravamen, legitimación e interés para recurrir, cumplimiento de solemnidades, etc.) la demostración de que el error *in procedendo* es admisible porque: a) el acto procesal violentado es el proceso en sí mismo, aunque puede ser también la sentencia, cuando ella se dicta sin sujeción a los requisitos de lugar, tiempo y forma; b) la nulidad debe estar prevista en la ley (*v. gr.* pronunciar sentencia en juicio oral sin haberse dictado previamente el veredicto); c) ataca directamente la validez formal del fallo, sin relacionar las irregularidades anteriores que pudieran estar consentidas, convalidadas, o resueltas al decidir el incidente de nulidad contra ellas; d) el vicio debe ser trascendente y afligir el debido proceso en su totalidad o la garantía de defensa en particular; e) no se persigue la depuración de errores que, pese al defecto, consiguieron dar cumplimiento con el objeto al que estaba destinado (*v. gr.* si el recurso se sostiene en que se notificó inadecuadamente la demanda y no se demuestra que ello provocó la pérdida de posibilidades reales de ejercer con eficacia el derecho de defensa).

662.1 Presupuestos y condiciones

Como se aprecia, la procedencia del recurso de nulidad debe ser valorada a la luz de los principios consagrados como presupuestos de

toda declaración de nulidad sin cuya concurrencia la irregularidad aunque exista, no provoca sanción, esto es, los principios de especificidad, convalidación, trascendencia, protección y conservación relativos a la eficacia de los actos procesales. En suma, la regla es que donde hay indefensión hay nulidad; pero si ella no existe, o es poco significativa, no hay nulidad, aunque se pueda intentar el recurso.

662.2 Finalidad

Dice Podetti:

> … el objeto inmediato del recurso de nulidad es rescindir, casar o anular una sentencia, por su forma o contenido o por los actos que la han precedido, pero su objeto mediato, útil y que lo justifica, es obtener que no se violen las garantías de la defensa, que no se produzcan resoluciones injustas. A primera vista no puede confundirse el objeto del recurso de nulidad: rescisión y el objeto de la apelación: revisión, pero a poco que se reflexione se observa que la rescisión tiene por objeto hacer posible una sentencia ajustada a derecho, sea por el tribunal *a quo*, sea por el propio tribunal que anuló. Y por eso… la anulación o rescisión va desapareciendo o ha desaparecido como institución autónoma dentro de los recursos.[3618]

Justamente esta pueda ser la causa que origina el artículo 253 del Código Procesal, según el cual:

> El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio.

Es decir, la nulidad comprendida en el recurso de apelación apunta a la violación o inobservancia de las formas sobre las cuales deben estar estructuradas las resoluciones judiciales, como cuando se advierten defectos insuperables en ellas –fecha, firma del juez, error esencial en el nombre de las partes, la falta de solemnidades insoslayables, falta de fundamentación legal y omisión de pronunciamiento no salvable por el superior–.

Con ello se simplifican los agravios dirigidos contra los errores de procedimiento que se indican presentes en la sentencia atacada; por

3618. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 243.

eso, cuando la crítica se pretende contra otro tipo de desvíos, el medio utilizado no es el correcto porque las cuestiones relativas al error de juzgamiento se deben plantear a través del recurso de apelación.[3619]

663. Nulidad y apelación implícita

El recurso de nulidad, contenido en el de apelación, se diferencia del incidente de nulidad en que este último se refiere a vicios localizados en el procedimiento anterior al pronunciamiento de la sentencia y debe ser planteado dentro de los cinco (5) días de conocidos, en tanto el primero se refiere a defectos propios del fallo y no procede cuando estos pueden remediarse al considerar los agravios. Es decir, la absorción del recurso de nulidad en el de apelación supone que el medio de gravamen no tiene autonomía, aunque tenga preeminencia en la consideración de los agravios destinados a las formas procesales incumplidas.

En tal caso, por la nulidad se puede subsanar el error de procedimiento, pero si la sentencia definitiva encuentra que no son estos los vicios del pronunciamiento, puede resolver también sobre los errores de juzgamiento. De esta suerte surge una clara excepción al principio de incanjeabilidad por el cual, seleccionada una vía recursiva no se puede aplicar esta para un destino no previsto.

Couture prefería hablar de "recurso de anulación" pues entendía que esta denominación daba una idea muy apropiada del contenido del instituto, que procura hacer desaparecer los efectos de un acto

3619. Por eso, se ha dicho que, cuando se trata de vicios o defectos en la construcción motivada de la sentencia y estos agravios se introducen en el recurso de apelación, no es necesario buscar la nulidad porque el interés que se procura salvaguardar puede satisfacerse con la revocación o modificación de la sentencia pretendidamente nula sin acudir al remedio extremo de la anulación del acto (CNCom., Sala D, "José Morandeira S. A. c./ Nobleza Piccardo S. A. [Hechos]", 22/5/2001, *LL*, 2001-F-423; *DJ*, 2002-1-102). Esto se reitera al sostenerse que el recurso de nulidad, comprendido en el de apelación, supone la existencia de graves irregularidades en la sentencia recurrida. Así, no resulta la vía adecuada para exteriorizar una discrepancia sobre la fundamentación de la resolución que se recurre o de cómo se han apreciado los elementos arrimados, pues se trata de cuestiones o deficiencias susceptibles de ser reparadas por medio de la apelación (CNCiv., Sala F, "Alvarez Cornas, Porfidio c./ Leo, José y Leo, José c./ Alvarez Cornas, Porfirio", 5/3/1997, *LL*, 1997-D, 838 [39.647-S]).

procesal dictado en contravención a las formas y solemnidades prescriptas por la ley ritual.[3620]

Para el maestro uruguayo, la relación de las nulidades con el ordenamiento jurídico es general porque en todo momento hay vínculos entre la forma y el contenido, por consiguiente, la teoría de las nulidades sea común a todo el derecho y no particular de cada rama, aunque existan soluciones diversas.

> El derecho procesal tiene, en cuanto a las nulidades, la unidad genérica y los principios específicos que caracterizan el amplio panorama de este fenómeno. En tanto la unidad genérica es común a todo el derecho, los principios específicos son variables y contingentes. Cambian en su sentido y en su técnica, en razón de circunstancias, de lugar y de tiempo. Así, por ejemplo, el recurso de nulidad tal como se halla instituido en la mayoría de nuestros países, es desconocido en la mayoría de las legislaciones europeas, que incluyen la nulidad en el recurso de apelación.[3621]

La distancia que refleja esta línea de pensamiento deja en claro una cosa, pero difumina otra. No se discute que el objeto del recurso de nulidad no consiste en obtener la revisión de una sentencia que se considera injusta (error *in iudicando*), sino en lograr la rescisión o invalidación de un fallo por haberse emitido sin respetar las formalidades impuestas por la ley. En cambio, no se vislumbra claramente la autonomía de cada recurso (apelación y nulidad) cuando se afirma que la revisión del error de juzgamiento permite considerar los errores formales.

En efecto, la doctrina sostiene posiciones desiguales. Algunos dicen que la vinculación entre recursos no significa que la nulidad pierda autonomía, como pareciera sugerir el texto del artículo 253 citado, al establecer que el recurso de apelación comprende al de nulidad por defectos de la sentencia,[3622] porque se trata de no establecer diferencias en el trato en cuanto al procedimiento de las dos cuestiones.[3623] Otros, en cambio, sostienen que el recurso de nulidad no es autónomo, sino de interposición subordinada y se encuentra comprendido en el de apelación, constituyendo con este una reunión necesaria de recursos: está subordinado

3620. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 372.

3621. Ibídem, p. 375.

3622. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 131.

3623. CNCiv., en Pleno, *ED*, 72-291; *LL*, 1977-B-39.

a todas las previsiones propias de la apelación y no es admisible cuando la resolución recurrida no es susceptible de apelación.[3624]

Para nosotros el problema se resuelve desde los principios procesales. Veamos por qué: si bien es exacto que el recurso de nulidad está involucrado en el de apelación,[3625] lo decisivo es que aquel sólo puede ser entendido como relacionado con los vicios de forma de la sentencia o en cuanto a las solemnidades prescriptas para dictarla (arts. 160 a 163, CPCCN). Su ámbito, por lo tanto, se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar donde la sentencia se pronuncia; tiempo para hacerlo (teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el art. 167 del CPCCN, respecto a la denuncia de retardo) o de forma que pudiera afectar el derecho de defensa en juicio. Los vicios anteriores se deben purgar con el incidente de nulidad. Por eso, cuando solamente se plantea el recurso de nulidad, la idea es revertir el error formal de la sentencia que afecta la defensa en juicio (*v. gr.* considerandos que orientan una solución y fallo que concluye diferente; sentencia fechada con falsedad después de haberse denunciado el retardo injustificado, etc.), y no revertir el proceso ni conseguir que se dicte un nuevo fallo.

La finalidad es la enmienda de errores que suponen procedimientos ilegales, mas no se dirige a evitar la injusticia del juzgamiento. Además, este objeto único le exige acomodarse a los presupuestos de las nulidades y entonceses menester superar el test de trascendencia que, a nuestro parecer, sólo procede cuando está claramente afectado el derecho de defensa en juicio.

En este aspecto, el recurso de nulidad es autónomo. Pero lo es porque se pone distancias con el incidente de anulación que permite regresar al punto donde el vicio se origina, a diferencia del modelo de

3624. Fassi, Santiago y Yañez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 323.

3625. Dicha esta afirmación para el orden federal desde que en los sistemas procesales nacionales se advierte la existencia de tres tipos de recurso ordinario de nulidad: a) el que opera como un recurso autónomo (Córdoba, San Juan), b) el que funciona implícito en el de apelación (Códigos Procesales de la Nación, Pcia. de Buenos Aires y los que siguen su esquema –*v. gr.* Salta, San Luis, Neuquén-, Pcia. de Jujuy, Pcia. de Mendoza, Pcia. de La Pampa) y c) el que aun reglamentado de manera independiente del recurso de apelación, establece que ambos -nulidad y apelación- llevan implícito el otro (Santa Fe y Corrientes), no pudiendo el tribunal de alzada pronunciarse sobre el no propuesto a menos que el recurrente lo solicite y funde al presentar el memorial o la expresión de agravios (De los Santos, Mabel, "El recurso de nulidad", *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, T. II, p. 189/213).

recurso que cuando permite considerar etapas superadas del proceso (*v. gr.* la nulidad se deduce contra la sentencia que omite valorar el error en la notificación que desde allí produce la alteración del derecho a defenderse en juicio), donde la vía admitida en segunda instancia, actúa sobre la anulación y el reenvío (es decir, para decretar la nulidad procesal y ordenar un nuevo juzgamiento), que afianzan el derecho a la doble instancia. Palacio advirtió esta diferencia cuando sostuvo lo siguiente:

> ... analizada la nulidad como remedio procesal diferenciado del incidente, se advierte que la legislación argentina le dispensa un tratamiento normativo que presenta variantes desde el doble punto de vista de la forma en que dicho remedio se encuentra estructurado y de las causales que lo tornan admisible. Desde el punto de vista de su estructuración, los Códigos vigentes pueden agruparse en dos sistemas respectivamente caracterizados por 1º) considerarlo, acordándole o no la denominación del recurso, implícito en el de apelación, y 2º) declarar a ambos recursos recíprocamente implícitos. Dentro del primer sistema se hallan comprendidos, por un lado, aquellos ordenamientos que, no obstante negar toda autonomía al recurso de nulidad, continúan designándolo como tal. Es, por ejemplo, el caso del Código Procesal cuyo art. 253 , ubicado en la sección destinada al recurso de apelación, se limita a disponer que este "*comprende el de nulidad por defectos de la sentencia*", y el del Código de Tucumán, que si bien reglamenta a la "nulidad" en un título independiente prescribe, en el art. 807 que "el recurso de apelación lleva implícito el recurso de nulidad". Por otro lado, en el mismo sistema se encuentran comprendidos los códigos de Jujuy y Mendoza, aunque estos no regulan a la nulidad como recurso y se limitan a aludir a ella como uno de los posibles motivos en que cabe fundamentar el recurso de apelación. Al segundo sistema, finalmente, adhieren los códigos de Corrientes y Santa Fe, los cuales, aparte de reglamentar autónomamente al recurso de nulidad, disponen que tanto el recurso de apelación como el de nulidad llevan implícito el otro, pero el tribunal no puede pronunciarse sobre el no interpuesto salvo que el recurrente lo solicite y funde en el curso de la instancia.[3626]

En consecuencia, cuando la nulidad se interpone en soledad no implica que el *ad quem* pueda resolver el error de juzgamiento, por lo cual sería más recomendable que el vicio de procedimiento fuera corregido mediante aclaratoria o reposición, salvo, claro está, que el

3626. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. V, pp. 139/140.

error se refiera a trámites esenciales cuyo vicio o ausencia perjudica gravemente al interesado.

Si el recurso de apelación encuentra dichos errores de procedimiento, aunque el procedimiento estuviera ajustado a derecho, la nulidad decretada por el tribunal de apelaciones le permite resolver también sobre el fondo del litigio.

El límite de la nulidad, en este caso, es la invalidez forma. O como dice Juan Carlos Vera Ocampo:

> El escrito de expresión de agravios que funda el recurso concedido ya sea en la oportunidad del art. 246 o del art. 259 del Código Procesal, para lograr por esa vía obtener la revocación o modificación de la sentencia que se lleva a consideración de la segunda instancia, debe contener una critica concreta y razonada de las partes de fallo que el apelante considere equivocado, no siendo esta actividad procesal el momento oportuno y pertinente para introducir planteos o defensas que debieron haberse puesto en evidencia en el estadio procesal oportuno, y no en un tiempo que no es el correcto, como bien se destaca en la sentencia que comentamos, salvo las cuestiones referentes a intereses, daños, perjuicios o aquellas derivadas de hechos posteriores en la sentencia que comentamos, salvo las cuestiones referentes a intereses, daños, perjuicios o aquellas derivadas de hechos posteriores a la sentencia que se recurre. Para obtener el triunfo de lo pretendido, hay que demostrar dónde reside la equivocación que motiva el agravio, ello no se subsana, cuando el tiempo procesal idóneo se ha transformado en pretérito, cuando se ha perdido el momento de hacerlo, en consecuencia, el tribunal de grado no puede ponderar cuestiones no propuestas al juez de la instancia anterior (ver art. 277, Código Procesal).[3627]

664. Efectos del recurso

La autonomía que se conceda al recurso de nulidad es fundamental para comprender los efectos que produce; de otro modo, si queda atrapado en la senda de la apelación, corresponde advertir algunas consecuencias. Por ejemplo, la renuncia anticipada del recurso de apelación ¿alcanza a la eventual nulidad del fallo? Algunos ordenamientos, como en la provincia de Santa Fe, observan que la conexión entre apelación y

3627. Vera Ocampo, Juan Carlos, "Requisitos de procedencia del recurso de nulidad", *LL*, 1989-A-339.

nulidad, que establece el artículo 361 del Código Procesal Civil y Comercial local, no funciona cuando se trata de renuncia a la primera, pues entonces quedaría en pie el irrenunciable recurso de nulidad.[3628]

Otro fallo que avala la tesitura autonómica del recurso señala que "aunque no se funde ni se urja el recurso de nulidad, corresponde considerarlo de oficio, cuando se trata de una cuestión de orden público".[3629] En estos casos, no cabe duda de que el recurso de nulidad posee entidad propia y resulta de insusceptible declaración de deserción por la renuncia previa a la apelación.

Desde otra perspectiva, la nulidad puede quedar acotada al error trascendente que, mientras no sea denunciado en el recurso ordinario de apelación, únicamente acoge el *ad quem* en la vía de lo dispuesto por el artículo 172 del Código Procesal, sin poder hacerlo por el carril del artículo 277 del mismo ordenamiento, dado que debieron ser cuestiones propuestas que podrían estar convalidadas o consentidas.

3628. Cámara Civil y Comercial Rosario, *Juris*, 38-112.

3629. C. Paz Letrada, Rosario, Sala I, 21/9/73, *Zeus*, I-91, cfr.: Maurino, Alberto Luis, "El irrenunciable recurso de nulidad", *LL Litoral*, 1998, 1-34.

Capítulo LXXXVI
Recurso de queja

665. Objeto del recurso

La garantía de la doble instancia no siempre es un requisito del debido proceso; recuérdese que la inapelabilidad se puede establecer entre los presupuestos de inadmisión del recurso frente a ciertos supuestos. No obstante, para evitar abusos o corregir errores de interpretación, se permite que cuando se deniega la apelación, la parte agraviada pueda recurrir directamente en queja ante la Cámara, pidiendo que se otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.

En la práctica, el recurso se plantea contra una providencia simple, porque el rechazo del recurso no tiene otro efecto que resolver la continuidad del trámite sin dar espacio a que intervenga un tribunal de revisión. Por eso, el esquema no significa abrir una nueva instancia en la admisión del recurso, sino habilitar una suerte de escrutinio por el órgano jerárquico superior, sobre el auto que dispuso el rechazo formal.

Por tanto, la doctrina no considera a la queja como una vía recursiva propiamente dicha, ni tan siquiera como un medio de impugnación, pues el único objeto que reporta es analizar si un recurso ha sido o no bien rechazado. Lo mismo sucede cuando el rebote recae en el recurso de apelación extraordinario previsto en el artículo 254 del Código Procesal.

La diferencia está en que el recurso de queja no se puede utilizar, por vía de principio, como remedio para inadmisiones declaradas sobre la base de presupuestos formales de procedencia, como puede ser el gravamen económico previsto en el artículo 242, inciso 3, párrafo final, del ordenamiento citado; salvo –a nuestro entender– que con la queja se procure demostrar la injusticia manifiesta del caso; mientras que el recurso de hecho que se presenta directamente a la Corte requiere de mayor fundamentación técnica pues el auto denegatorio habilita un nuevo agravio que se debe atacar por inconstitucional, toda vez que, de otro modo, no constituiría una cuestión federal de las previstas en el artículo 14 de la Ley N° 48.

Sostiene Palacio:

> El recurso de queja por apelación denegada, también denominado recurso directo o de hecho, es el remedio procesal tendiente a obtener que el órgano judicial competente para conocer en segunda o tercera instancia ordinarias, tras revisar el juicio de admisibilidad formulado por el órgano inferior, revoque la providencia denegatoria de la apelación, declare a esta, por consiguiente admisible y disponga sustanciarla en la forma y efectos que correspondan.[3630]

En cambio, para Luis Rodríguez Saiach la queja es un recurso directo.[3631]

666. Requisitos formales

Son requisitos de admisibilidad de la queja:

1. Acompañar copia simple suscripta por el letrado del recurrente:
   a. del escrito que dio lugar a la resolución recurrida y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar;
   b. de la resolución recurrida;

3630. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 127.

3631. "Se llama directo por cuanto casi siempre el juez de la admisibilidad del recurso es el juez de grado, el de primera instancia, no el de segunda. Cuando se va en queja se salta al juez de grado. Lo normal es que, cuando se apele, el escrito se presente en primera instancia, en su caso se funda (recurso en relación con efecto inmediato) y luego el expediente se eleva a la cámara. La apelación es, desde este punto de vista, un medio de gravamen indirecto. Ello es así porque la cámara no interviene directamente. Sin embargo, puede suceder que el juez de la admisibilidad no admita el recurso. A veces ello es arreglado al rito. En otras circunstancias no lo es. Por muchas razones, el juez se equivoca, se enamora de su sentencia, no quiere el control del superior. En razón de ello se ha previsto un recurso directo en que el litigante pueda ocurrir 'omiso medio' a la Cámara para que el recurso de apelación definitivamente se conceda. De lo expuesto resultan dos cosas: la primera que la queja es y será siempre un recurso auxiliar, no autónomo, que depende de otro recurso principal al que intenta se lo admita. Su vida está limitada a la admisión o no de la apelación. Por otra parte, se trata de un recurso directo porque se omite al juez de la admisibilidad. También se lo ha denominado recurso de hecho, no porque se refiera a aspectos fácticos sino para destacar su naturaleza directa, para acudir a la alzada sin pasar por el inferior (que en realidad ya intervino). Por eso este recurso puede denominarse de queja, directo o de hecho por apelación denegada" (Rodríguez Saiach, Luis, *Teoría y práctica de las nulidades y recursos procesales*, T. II [Nulidades procesales], Buenos Aires, Gowa, 2004, pp. 537 y ss.).

c. del escrito de interposición del recurso y, en su caso, de la del recurso de revocatoria si la apelación hubiese sido interpuesta en forma subsidiaria;
d. de la providencia que denegó la apelación.

2. Indicar la fecha en que:
   - quedó notificada la resolución recurrida;
   - e interpuso la apelación;
   - quedó notificada la denegatoria del recurso.

La Cámara podrá requerir copia de otras piezas que considere necesarias y, si fuere indispensable, la remisión del expediente. Presentada la queja, la Cámara decidirá, sin sustanciación alguna, si el recurso ha sido bien o mal denegado; en este último caso, dispondrá que se tramite (art. 283, Cód. Proc.).

Estos son recaudos formales que se exigen para coinstatar los antecedentes del auto denegatorio y resolver sin necesidad de tener a la vista el expediente principal. No obstante, puede requerirlo.

El plazo para interponer el recurso de queja es de cinco (5) días contados a partir de la comunicación por nota del auto que deniega el recurso de apelación ordinario. A diferencia del cómputo parra presentar el recurso de hecho ante la Corte, por denegación de la apelación extraordinaria, que se cuenta desde que se recibe la cédula de notificación que lo comunica (art. 135, inc. 14, Cód. Proc.).

Cuando esto sucede en tribunales federales o ante supremos tribunales de provincia, se amplía el plazo conforme lo dispuesto en el artículo 158. Los requisitos de admisibilidad referidos deben ser satisfechos en oportunidad de su interposición en la alzada, con el fin de que el recurso se baste a sí mismo.

Las formas se abastecen con documentos (copias) que se deben incorporar como anexos o agregados probatorios de la queja; han de señalar las fechas de los actos procesales que dan lugar a las impugnaciones; todo ello, sin perjuicio de la fundamentación sustancial que también tiene que contener el recurso de queja. Por cuanto, aunque la ley no lo establece expresamente, la naturaleza del recurso de hecho conduce a la carga procesal que pesa sobre el recurrente de suministrar al tribunal las razones por las cuales considera erróneo el criterio que informa la

resolución denegatoria. Es decir, la queja debe fundarse con argumentos enderezados a la demostración de que el recurso es procedente.[3632]

Los plazos y términos son perentorios y fatales; no admiten prórrogas para cumplimentar requisitos formales y, por eso, cumplido el tiempo dispuesto para la presentación, precluye de inmediato la oportunidad procesal idónea.[3633]

Cabe aclarar que el auto que desestima la queja no es apelable por la vía del recurso extraordinario,[3634] porque, como antes se dijo, la queja es sólo un medio para obtener la concesión de otro recurso declarado inadmisible. De ahí que, en el supuesto de declararse bien denegada la apelación, corresponde la devolución de las actuaciones o del expediente principal al juez de grado, sin que quepa recurso extraordinario contra el auto denegatorio de la queja, que para nada constituye sentencia definitiva.

Finalmente, así como es improcedente el recurso de apelación contra denegación, es improcedente contra la declaración de deserción del recurso, hipótesis en las que sólo procede la vía del artículo 282 del Código Procesal.

667. Fundamentación del recurso

Se ha repetido con insistencia que la naturaleza jurídica de la queja no es la de ser un recurso típico, aunque se le exija el cumplimiento

3632. Así, no sólo resulta imprescindible el acompañamiento de las copias mencionadas por el art. 283 del Código Procesal, y las referencias sobre las fechas respectivas, sino que es necesario, a efectos de sostener aquella y demostrar la ilegitimidad de la denegación del recurso en la instancia de grado, una adecuada fundamentación (CNCiv., Sala A, "Consorcio de Propietarios Mario Bravo 270 c./ Gutiérrez, Norma B.", 23/9/1997, *LL*, 1997-F-810).

3633. De tanta gravedad es la exigencia que la Corte ha dicho que las razones invocadas por el recurrente –una indisposición de salud que le impidió realizar una presentación en tiempo– no justifican la interrupción o suspensión de los términos. Por tanto, frente al carácter perentorio que tienen los plazos procesales, corresponde rechazar la queja intentada por haber sido deducida en forma extemporánea (arts. 156, 282 y 285l) –en el caso, cinco minutos– (CSJN, "Duarte Meira c./ Dirección Gral. Impositiva", 22/10/1996, *LL*, 1997-B-112; *DJ*, 1997-1-504).

3634. Fassi, Santiago, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 742.

de sus presupuestos formales y sustanciales, donde se destaca la necesidad de ser autosuficiente y autónomo.

Con ello se quiere expresar que cuando la Cámara o la Corte deban intervenir no pueden tener necesidad de recurrir al expediente principal, sea para la verificación de los requisitos propios, como para reconocer los agravios que se denuncian. Además, la suspensión del procedimiento principal es contingente y variable, de acuerdo al tribunal o la instancia donde la queja se deduce.

El motivo del recurso es demostrar el error de la denegatoria como fundamentar la necesidad de revisar la sentencia, aunque la inadmisión fuera procedente. Por ejemplo, cuando la confirmación del pronunciamiento pueda llevar al sacrificio de la defensa en juicio, o la violación al debido proceso.

Por vía de principio, la presentación directa no suspende el procedimiento por no generar su interposición efectos particulares; la pieza debe bastarse a sí misma y sólo cuando se estime indispensable se podrá requerir la remisión del expediente.[3635]

Si se trata de recurso ordinario denegado, el procedimiento principal no se suspende, lo que recién ocurre cuando se concede la queja interpuesta. En cambio, cuando el recurso de hecho se suscita por denegación del extraordinario federal, la elevación del expediente principal a la Corte es una posibilidad prevista en la etapa de admisión del recurso de hecho (art. 285, párr. 2, Cód. Proc.), lo que puede dificultar la ejecución de la sentencia (no impedir, salvo que expresamente el tribunal suspenda los efectos de la condena). Si la causa no se solicita, la queja no suspende el proceso principal.

668. Trámite de la queja

El remedio se formaliza en la sede del órgano jerárquico superior al tribunal que deniega la apelación.[3636] Con la presentación se acom-

3635. La interposición del recurso de queja no suspende el curso del proceso, aunque de hecho tal efecto se produce cuando la Cámara ordena la remisión del expediente, antes o después de haberse pronunciado acerca de la admisibilidad de la queja deducida (Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 448).

3636. Como lo resolvió la acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 13/8/1968, el recurrente deberá indicar también en el escrito si medió anterior

pañan las copias, los fundamentos, pero se inhibe de otras alegaciones como la recusación sin causa de los miembros de la Cámara o Corte que deban intervenir. Una vez que se concreta, los autos quedan en estado de resolver porque la sustanciación de los agravios ha ocurrido con anterioridad al correrse traslado de los recursos deducidos. La crítica se dirige contra la providencia que deniega la apelación (ordinaria o extraordinaria), y por eso no es inconstitucional la ausencia de contradicción en esta modalidad.

Cabe agregar que la queja no origina costas, porque la actividad profesional no se relaciona con la tarea de contradicción propia de un debate sobre el fondo del pleito, sino con un recurso directo donde sólo se discute su procedencia formal.[3637]

Según Palacio:

> Interpuesto el recurso de queja, la cámara debe pronunciarse sin más trámite acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la apelación denegada, sea sobre la base de los recaudos acompañados por el recurrente, o teniendo además a la vista el expediente principal, cuyo requerimiento al juez de primera instancia comporta una simple facultad del tribunal. Se decide, por lo tanto, sin sustanciación previa, es decir con prescindencia de la intervención o citación de la otra parte.[3638]

669. Objeción sobre el efecto del recurso

Dice el artículo 284 del Código Procesal que "Las mismas reglas se observarán cuando se cuestionase el efecto con que se hubiese concedido el recurso de apelación".

En efecto, el recurso de queja, además de ser aplicado para altercar la providencia que deniega la admisión de un recurso ordinario o extraordinario de apelación, puede ser utilizado para impugnar la resolución que concede la apelación con un efecto que se considera equivocado. El artículo 246, párrafos segundo y tercero del ritual, le

radicación de sala, extremo que aparece reproducido en el art. 38, actual Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil (Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 448).

3637. CSJN, Fallos: 222:120.

3638. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 133.

indica al apelante la posibilidad de cuestionar el efecto asignado al recurso en el plazo de tres (3) días; ello sin perjuicio de las potestades de revisión (art. 276, Cód. Proc.) del órgano *ad quem*.

La regla prevista en el artículo 284 citado sólo se extiende al artículo 246, pues el rechazo a la revocatoria articulada otorga la facultad de deducir el recurso directo; a diferencia de la potestad saneadora de la alzada que no recepta quejas para modificar lo que hubiera resuelto.

En consecuencia, concedido el recurso en efecto suspensivo debiendo ser con efecto devolutivo, el recurrente tiene que, dentro del quinto día contado a partir de la notificación de la providencia impugnada, solicitar que la Cámara ordene al juez observar las reglas establecidas por el artículo 250 del Código Procesal. En cambio –agrega Palacio–, si el recurso se concedió en efecto devolutivo cuando debía hacerse en efecto suspensivo, corresponde solicitar las medidas conducentes a evitar la ejecución de la resolución recurrida.[3639]

670. Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema

En los casos que la denegatoria fuera del recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la queja se debe articular dentro del plazo de cinco (5) días, contados desde la notificación por cédula que debe realizar el Superior Tribunal de la causa, lo que supone ampliar el tiempo en los términos del artículo 158 del Código Procesal cuando correspondiera.

La presentación debe cumplir dos ordenamientos formales: el que establece el régimen en estudio (arts. 285 y ss., Cód. Proc.), y el previsto en la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia.

La duplicidad de disposiciones, en lugar de mejorar el sistema, ha entorpecido gravemente el trámite de acceso a la Corte, por las razones que enseguida veremos. Antes, sólo con el reglamento procesal, el tribunal cimero podía desestimar la queja sin más trámite por aplicación del llamado *certiorari* que introdujo la Ley N° 23774; ahora, en vez de auspiciar desde la acordada una técnica más precisa como el

3639. Ibídem, p. 136.

tribunal mismo señala, torna la normativa en la excusa perfecta para actuar con verdadero exceso ritual.

El marco del artículo 285 del Código Procesal constituye un medio de impugnación sólo de decisiones que deniegan recursos deducidos por ante la Corte Suprema. No es idóneo, 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 artículo 257 del citado código de rito.[3640] Por eso, este remedio es inadmisible cuando persigue revocar la resolución de una Cámara que declaró mal concedido el recurso de apelación deducido ante ella.[3641]

670.1 Reglamento procesal

Con el régimen dispuesto en la Ley N° 23774 se incorporó al recurso extraordinario el requisito de la trascendencia, que suponía tener que fundamentar, además de la cuestión constitucional, la importancia gravitante del caso como para despertar el interés de resolverlo en la máxima instancia nacional.

La interpretación de los fundamentos permitió actuar la discrecionalidad del tribunal, decidiendo conforme con pautas no regladas ni apoyadas en jurisprudencia orientadora, que la facultaron a disponer cuándo un asunto era de interés bastante o de trascendencia suficiente. La simple resolución de rechazo se basó en sostener que el asunto no revestía importancia suficiente, o con la sola mención del artículo 280 del Código Procesal, en pocas líneas, se rechazaba el recurso. Con este sistema, la Corte sustanciaba internamente el recurso directo, notificando toda resolución que adopte por comunicación automática o *ministerio legis*, tal como actualmente continúa.

El tiempo de los plazos de caducidad no fueron seguidos a pie juntillas, toda vez que la práctica común fue 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

3640. CSJN, Fallos: 316:2440, "Lobo, Ramón E. c./ Dirección de Energía de Catamarca".
3641. CSJN, Fallos: 305:222.

era perentoria ni compulsiva permitiendo su cumplimiento dentro del plazo amplio previsto para la caducidad de la instancia.

La facultad de repulsa inmediata invocando el *certiorari* fue moneda corriente; pero la declaración de procedencia de los agravios presentados daba lugar al trámite interno de circulación para resolver sobre el fondo.

Explica Silvia Palacio de Caeiro:

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación al examinar el recurso de queja por denegatoria de recurso extraordinario puede: a) suspender su tratamiento si se hallan pendientes de resolución otros recursos; b) desestimarla "in limine" si no se han respetados los extremos formales, ahora con la sola invocación de la Acordada N° 4 y sus preceptos pertinentes; c) disponer su rechazo con la mención única del art. 280 del Código Procesal (*certiorari* argentino); d) admitir el recurso y resolver lo planteado en el recurso extraordinario en los términos del art. 16 de la ley 48. Al examinar el recurso de queja contra una sentencia limitada de concesión del remedio federal se pronuncia sobre su admisibilidad o no, y conforme sea la solución resolverá la cuestión. Otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta, es que la queja no tiene efecto suspensivo, según lo dispone el indicado art. 285, *in fine*.[3642]

670.2 La Acordada Nº 4/2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con relación al recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, la Acordada N° 4/2007 tiene implicancias distintas a las del régimen procesal anterior. Si bien es cierto que continúa la línea de desechar por insuficiencia de cumplimiento de recaudos formales, con la sola exigencia de citar la aplicación de la norma reglamentaria pertinente,[3643] ahora acentúa las solemnidades para que se dé estricto acatamiento a los preceptos de la acordada, generando una nueva

3642. Palacio de Caeiro, Silvia, "El recurso de queja en la acordada 4/2007 de la CSJN", *LL Suplemento Especial: Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, 2007 abril, p. 19.

3643. Tal como expresa el art. 11 cuando señala expresamente que la falta de satisfacción de alguno o algunos de los recaudos o que lo haya hecho de modo deficiente conlleva la desestimación del escrito postulatorio (cfr. Calderón, Maximiliano Rafael y Perelli, Eduardo Fabián Nazareno, "La Acordada 4/2007. El principio de inadmisibilidad y sus excepciones", *Suplemento Especial: Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, 2007 abril, p. 27).

correlación entre "incumplimiento de la acordada-desestimación del recurso" que consolida el criterio cerrado de admisión.

A su vez, bien apunta la doctrina que, al igual que el denominado *writ of certiorari*, tolera una declaración de inadmisibilidad no susceptible de un control de logicidad por falta de fundamentación. "En este sentido, la Acordada examinada excede el marco de una mera recopilación de criterios, redefiniendo la técnica recursiva y la morfología del control de admisibilidad formal".[3644]

De este modo, a las reglas para la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario federal que tiene el Código Procesal Civil, se suman las siguientes exigencias.

a. Extensión del escrito: no puede ser mayor a diez (10) páginas de veintiséis (26) renglones y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Es lógico que se imponga una extensión máxima sustancialmente inferior a la del escrito de interposición del recurso extraordinario, pues el recurso de queja, directo o de hecho, sólo persigue que la Corte revea la denegación del superior tribunal de una determinada causa sobre la concesión del recurso extraordinario. La admisión de la queja no implica pronunciamiento favorable sobre el fondo del recurso.[3645]
b. Carátula: en hoja aparte se deben consignar "exclusivamente" los datos previstos en el artículo 2, incisos a, b, c, d y e, de esta acordada (indicados para la carátula del recurso extraordinario federal). No obstante, además, contendrá: *i)* la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; *ii)* la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; *iii)* la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo prevista en el artículo 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; *iv)* en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal.

3644. Ídem.

3645. Tettamanti de Ramella, Adriana, "El recurso extraordinario federal estrena ropaje: La acordada N° 4/2007", *LL*, 2007-E-703.

c. Fundamentación: en las páginas siguientes a la carátula, el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario.
d. Copias: el escrito de interposición de la queja debe estar acompañado por copias simples, claramente legibles, de: *i)* la decisión impugnada mediante el recurso extraordinario federal; *ii)* el escrito de interposición de este último recurso; *iii)* el escrito de contestación del traslado previsto en el artículo 257 del Código Procesal; *iv)* la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal.

671. El depósito en el recurso de queja

Establece el artículo 286 del Código Procesal:

> Cuando se interponga recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, por denegación del recurso extraordinario, deberá depositarse a la orden de dicho tribunal la suma de pesos CIEN MIL ($ 100.000). El depósito se hará en el Banco de depósitos judiciales.
> No efectuarán este depósito los que estén exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas.
> Si se omitiere el depósito o se lo efectuare en forma insuficiente se hará saber al recurrente que deberá integrarlo en el término de cinco días. El auto que así lo ordene se notificará personalmente o por cédula.

El depósito previo es un recaudo procesal que no se relaciona con leyes nacionales en materia de sellado o tasa judicial, a las que sólo se remite para incorporar la nómina de beneficiados con la exención. La carga de efectuar el pago tiene su causa en la deducción recursiva y nace con motivo de dicha presentación; por lo tanto, las normas que regentean la obligación son las vigentes al momento de producirse el acto.

Distintas disposiciones internas (Acordadas) del Superior Tribunal reglamentan modalidades del instituto disponiendo requisitos particulares que van modificando la fisonomía del depósito aun sin variar su naturaleza.

De ellas conviene recordar la Acordada N° 77/90 dictada para situaciones emergentes después de una aguda crisis económica; ellas son alteradas posteriormente por la Acordada N° 28/91, quedando para el análisis qué normas reglamentan el caso mientras las novedades no cubren el dispositivo legal previsto para la vigencia de las leyes. La Corte establece que las modificaciones introducidas en la Acordada N° 28/91 comienzan a regir a partir de su publicación en el Boletín Oficial (4/9/91), de manera que los depósitos efectuados con anterioridad a esa fecha deben adecuarse a las disposiciones de la Acordada N° 77/90. La disidencia de tres ministros, en cambio, considera –aun sin decirlo directamente– que la nueva reglamentación nace en el preciso momento cuando se expresa.

En verdad, esta es una antigua polémica del Alto Tribunal que, variando sus encuadres, reitera los bemoles que otrora sucedieron (por ejemplo, cuando la Ley N° 21708 modificó los importes a ingresar respecto a valores que habían quedado absolutamente depreciados por la inflación monetaria).

El principio que generalmente ha orientado la doctrina y que la misma Corte expresara en distintos pronunciamientos es el que indica que no existe óbice constitucional para que una ley procesal disponga su inmediata aplicación, siempre que no se vulneren derechos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que dichas normas se pretende aplicar.[3646]

De alguna manera es un paralelo con las leyes de carácter sustantivo que impiden afectar derechos efectivamente incorporados al patrimonio de una persona; de forma tal que esos derechos se rigen por las leyes derogadas, abortando la vigencia retroactiva de las nuevas disposiciones.

Ese modismo –constitucional– de no retroactividad rige, también sin fisuras, para el Derecho Procesal. En pocas palabras, el factor que determina la incorporación del derecho al patrimonio no es la fecha del acto formal que lo reconoce, sino el cumplimiento de todos los hechos y condiciones materiales que según las normas respectivas tienen atribuida la característica de ser causa generadora del derecho, es decir, la virtualidad jurídica que les asigna la ley.

Ahora bien, ¿cuál es el momento que determina la vigencia de la Acordada N° 28/91?, ¿es, acaso, el coincidente con su publicación en el

3646. CSJN, Fallos: 247:417; 251:78, entre otros.

boletín oficial? o ¿puede contarse a partir de su misma emisión? Aquí las respuestas del tribunal difieren, pero se orienta por la afirmativa al régimen dispuesto en el artículo 2 del Código Civil.

671.1 La constitucionalidad del depósito

Sin embargo, las Acordadas no participan del mecanismo de sanción y promulgación habitual de las leyes de fondo. Se tratan solamente de disposiciones emitidas por la Corte en miras a resolver situaciones de *praxis*.

Por eso, muchas veces se ha cuestionado la constitucionalidad del depósito, y en particular, la elevación desproporcionada que se hizo por la Acordada N° 2/2007, del 6 de febrero de 2007 cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió elevar el monto a pesos cinco mil ($ 5.000).[3647] Allí el Alto Tribunal basó su decisión sobre la necesidad de resguardar los objetivos expuestos en las Acordadas N° 77/90 y 28/91, en las que se había fijado dicho importe en una cantidad sustancialmente inferior.

Para apreciar el grado de solidez de tales cuestionamientos corresponde dilucidar, y al margen de la terminología legal, si ese importe constituye realmente un depósito, si se trata de una caución destinada a garantizar el cumplimiento de una obligación, un arancel, una tasa o un impuesto.

Si se tratara de un simple depósito, resuelto el recurso de queja correspondería restituir su importe al depositante. Sería una especie *sui generis* del depósito necesario o forzoso sujeto, en forma subsidiaria, a las reglas que regulan el contrato de depósito en el Código Civil. Sin embargo, el artículo 287 de la ley procesal, a igual que lo hacía la Ley N° 17116, dispone que si la queja se declara admisible, procede restituir el depósito al depositante; pero si el recurso de queja es desestimado o si se declara la caducidad de la instancia, el depositante perderá el importe del depósito cuyo monto será destinado por la Corte Suprema a la dotación de las bibliotecas de los tribunales nacionales. De modo que, a partir del depósito, el depositante ha quedado privado de su derecho a obtener la restitución. La disposición del depósito queda en manos de la Corte Suprema de Justicia, quien decide su destino conforme a los preceptos de la ley.

3647. Actualmente el depósito es de pesos veintiséis mil ($ 26.000).

Al decidir el caso "Banet c./ Rossi", el 7 de agosto de 1980, la Corte Suprema, por el voto de los jueces Gabrielli, Rossi, Frías y Guastavino, consideró que para determinar las características que tenía el depósito correspondía acudir a los fundamentos expuestos en la Ley N° 17116. Conforme a ellos, el depósito fue establecido "con el objeto de restringir el uso indebido" del recurso de queja. Agregó que, hasta el momento en que se dictara la resolución declarando procedente o desestimando el recurso de queja, el depósito no estaba disponible para el depositante ni para la Corte Suprema. Por tal razón, el Tribunal sostuvo que no era viable el pedido del recurrente –cuyo recurso de queja fue considerado procedente– en orden a que se le restituyera el monto de su depósito, pero a valores iguales a los establecidos por la ley vigente a ese momento, a fin de "mantener el equilibrio de las prestaciones y de que el Estado no se enriquezca sin causa en detrimento del administrado a quien le ha asistido la razón".

En cambio, si se considera la naturaleza del depósito como presupuesto del recurso (art. 286 del Cód. Proc.), es evidente que se inspira en un típico acto de sometimiento ritual, por el cual el litigante se encuentra obligado a cumplir una "carga económica" de acceso, que de ninguna manera supone otorgarle carácter de impuesto, o naturaleza tributaria alguna. Es un requisito procesal de admisibilidad, o bien, un presupuesto necesario para el examen de la procedencia.

De otro modo, se llegaría a la idea absurda de sostener funciones legislativas en el Poder Judicial. Sin embargo,como la cuestión se suscita en el tránsito de la vigencia al cumplimiento efectivo de la carga, debe hacerse una nueva distinción.[3648]

> En efecto, dado que 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 Corte Suprema ha dicho que la carga de efectuar el

3648. Badeni, Gregorio, "El depósito previo para la sustanciación del recurso de queja por denegación del extraordinario", *LL*, 2007-B-1241.

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.[3649] De acuerdo con las motivaciones desenvueltas, quedaría en claro nuestra discrepancia respecto a otorgar vigencia a las acordadas en el sistema de nacimiento previsto por el Código Civil.

La naturaleza de ellas se debe buscar conforme a las funciones que vienen a cumplir, de modo tal que si las acordadas son normas reglamentarias insertas en las potestades jurisdiccionales (conforme lo dispone el art. 18 de la ley 48), no podrán vulnerar (repugnar dice el art. 18 citado) las prescripciones dispuestas anteriormente por la ley adjetiva. Como enseña Palacio, "los reglamentos judiciales no pueden alterar y menos contrariar los requisitos de lugar, tiempo y forma que las leyes imponen a los actos procesales, debiendo limitarse a regular los aspectos secundarios o estrictamente materiales de tales requisitos...".[3650] [3651]

671.2 Plazo para integrar el depósito

Cabe recordar que para el cumplimiento o integración del depósito judicial no rige el plazo de gracia (art. 124, Cód. Proc.), de modo tal que, de haberse concretado en este tiempo, es improcedente por extemporáneo.

Las excusas que se opongan no autorizan a prorrogar el plazo fijado para cumplir con el depósito previo; por ejemplo, el elevado número de recurrentes y la existencia de dificultades internas para obtener la suma requerida;[3652] o el fundamento en las especiales circunstancias económicas del país y el carácter de empleados en relación de dependencia de los recurrentes.[3653]

Por tanto, no corresponde atribuir a la presentación de la boleta de depósito un plazo propio e independiente del establecido por la norma en estudio, tal como lo ratifica la Corte. Tampoco cabe diferir

3649. CSJN, Fallos: 295:454; 305:1779.

3650. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, p. 188.

3651. Badeni, Gregorio, "El depósito previo para la sustanciación del recurso de queja por denegación del extraordinario", *LL*, 2007-B-1241.

3652. CSJN, "Abbot Laboratorios S. A. y otros c./ Provincia de Buenos Aires", 14/3/1995, *LL*, 1995-E-315; *DJ*, 1995-2-1244.

3653. CSJN, Fallos: 318:2130, "Turkenich, Boris I. y otros c./ Maffei, Martha S.".

el pago alegando que el recurso extraordinario versa sobre la imposición de una multa como sanción disciplinaria, pues tal interpretación implica ampliar, sobre la base de supuestas restricciones a diversos derechos constitucionales, el elenco de casos en los cuales corresponde el aplazamiento en cuestión.[3654]

671.3 Lugar de depósito

El depósito se debe efectuar a la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires; la falta de cumplimiento no es causa para rechazar de inmediato el recurso, pues corresponde intimar su integración en el plazo de cinco (5) días improrrogables, que se darán por cumplidos contados a partir del día siguiente al que se practica la intimación por cédula o mediante notificación personal.

Sin embargo, existen opiniones disidentes, porque se ha dicho que una interpretación finalista de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional conduce a concluir que la falta de cumplimiento por el recurrente del depósito contemplado en el artículo 286 del Código Procesal no puede significar que se lo tenga por desistido del recurso de queja. Sin embargo, en caso de resultar vencido deberá oblarlo, pues el hecho de prevalerse de una garantía constitucional incondicionada no puede ser óbice para burlar la ley que lo ha establecido y que tiende a penalizar pecuniariamente a quien peticionó sin derecho, poniendo en marcha una instancia judicial y dilatando en el tiempo el cumplimiento de su obligación (del voto en disidencia del doctor Vázquez).[3655]

671.4 Beneficio de litigar sin gastos

No efectúan este depósito quienes se encuentren exentos de pagar sellado o tasa de justicia, como resultan los supuestos previstos en el artículo 13 de la Ley N° 23898. El beneficio de litigar sin gastos es una de las facultades que tiene el justiciable para demostrar sus limitacio-

3654. CSJN, Fallos: 336:908, "Clínica Marini S. A., quiebra".

3655. Fallos, 319:389, "Urdiales, Susana M. c./ Cossarini, Franco y otro".

nes económicas y evitar el depósito previo, a través de la sentencia que le reconozca y admita la pobreza.

Puede ocurrir que el reconocimiento de la carencia se concrete simultáneamente con el recurso, obviamente en piezas separadas al tener que tramitar cada pretensión en instancias diferentes. Es decir, mientras el beneficio de litigar sin gastos se deduce ante los jueces ordinarios, la Corte sustancia la queja. No obstante, es común que se disponga la suspensión del trámite debiendo el interesado informar el avance del proceso hasta alcanzar el beneficio que le permita entrar a la Corte sin integrar el depósito.

La interposición es extemporánea cuando existe resolución denegatoria del recurso, lo cual conduce a rechazar la solicitud de reintegro.[3656] Asimismo, la circunstancia de que el recurrente hubiese logrado la eximición en otro proceso no lo dispensa de la carga si en el caso específico no cumplió con el artículo 86 del Código Procesal referido a la extensión de la medida.[3657]

En líneas generales, la Corte permite que el quejoso denuncie al radicar la impugnación que no realiza el depósito por haber promovido el planteo pertinente de litigar sin gastos en la sede correspondiente y en la oportunidad adecuada.[3658] Así, se sostiene que para eximirse del pago del depósito requerido por el artículo 286 en razón de contar con un beneficio de litigar sin gastos en trámite, el solicitante deberá justificar la necesidad del tratamiento urgente de la cuestión o la existencia de un agravio de imposible reparación ulterior.[3659]

El problema llega cuando se desestima el pedido, y ante la urgencia recursiva la parte opta por acusar la inconstitucionalidad del artículo 286 por las pocas vías que le restan. En estos supuestos se ha resuelto:

> La impugnación con base constitucional de la Acordada N° 77/90 que formula el recurrente, al contestar la intimación de Secretaría para hacer efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal, realizada después de deducida la queja, es tardía, toda vez que el

3656. CSJN, Fallos: 297:327.

3657. CSJN, Fallos: 274:116.

3658. CSJN, Fallos: 275:503.

3659. CSJN, Fallos: 323:227, "Insaurralde, Jesica C. c./ Rosemberg, Gustavo J. y otros".

cuestionamiento debió hacerse en la primera oportunidad que otorgaba el procedimiento.[3660]

La imposibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes, en el caso del artículo 286, aparece bien rechazado por las instancias de resolución. Sin embargo, la aptitud indicada en otra vía paralela no surge congruente con las pretensiones de la parte interesada. Cuando la Corte sostiene que la posibilidad de evitar el depósito previsto para el recurso de queja por denegación del extraordinario se tiene por el incidente de beneficio de litigar sin gastos, incurre en una desatinada observación, porque al impugnante parece no interesarle la cuantía del depósito (aunque de hecho pudiera ser tenido ese objeto en vistas), y sí demostrar la ilegalidad constitucional del artículo 286 al afectar, por sus dichos, las garantías de igualdad y de defensa en juicio.

671.5 Exenciones

Alguna duda quedaría cuando la queja se presenta en causas laborales, que portan intrínsecamente la exoneración de gastos, pues si la impugnación se funda en la regulación alta o baja de los honorarios, la dispensa del depósito creemos no procede puesto que la ley exime únicamente a los trabajadores en relación de dependencia y a sus causahabientes en los juicios originados en la relación laboral, pero no a los profesionales que los defienden.

De alguna manera es el temperamento que refleja la causa "Golpe"[3661] cuando indica que las regulaciones de honorarios practicadas no eximen del depósito requerido en las normas procesales por no ser excepciones de las previstas en el artículo 13 de la Ley N° 23898. Que se repite, al decir que la ley dispensa del depósito previsto en el artículo 286 a los trabajadores en relación de dependencia en los juicios originados en la relación laboral, pero no a los profesionales cuando se trata de los honorarios que les pertenecen, a pesar de las connotaciones atribuibles a su trabajo.[3662]

3660. CSJN, Fallos: 314:1894, "Espina de Tessa, Susana c/ Estado Nacional".

3661. CSJN, Fallos: 316:361.

3662. CSJN, "Kirstein, Luis c. Molinos Victoria S. A. y otro", 17/2/1998, *LL*, 1998-C-70.

En líneas generales, la obligación impuesta sólo cede respecto de quienes "estén exentos de pagar sellados o tasa judicial conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas", lo que conduce a efectuar una interpretación con criterio restrictivo por tratarse de excepción a reglas generales.

No están exentos del depósito las entidades de derecho privado con personalidad jurídica creada por el convenio colectivo de trabajo.[3663]

Actualmente, la Corte sostiene que la exigencia del depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar el sellado o tasa de justicia, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, o han obtenido un beneficio de litigar sin gastos en forma definitiva,[3664] toda vez que dicha integración es un requisito esencial para la procedencia del recurso de hecho, que no contraría garantía constitucional alguna.[3665]

También se afirma que lo relativo al trámite del beneficio de litigar sin gastos en sede civil no es apto para obtener la exención del deber de integrar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues a ese fin el beneficio debe haberse promovido y obtenido en la misma causa en que pretende hacérselo valer.[3666]

671.6 Destino del depósito

El depósito se recupera cuando la impugnación prospera (es admisible); y se pierde cuando se rechaza o cae por perención de la instancia. Sin embargo, no son estas las únicas situaciones posibles. En efecto, a

3663. CSJN, Fallos: 317:94, "Markich, José R.". La obligación cede respecto de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la Ley N° 23898, y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos; por ello, no puede fundarse la exención del pago del depósito en lo dispuesto por una ley provincial, ya que estas normas no pueden autorizar a liberar del pago de un gravamen que se tributa en jurisdicción nacional (Fallos, 319:1135, "Ozafrain, Horacio y otro c./ Basile, Angel y otra").

3664. CSJN, "Amato, Eleonora c/ Toledo, Lili Anatilde", 5/2/2008.

3665. CSJN, Fallos: 331:419, "Oviedo, Carlos Alberto c/Marcone, Élida". También, Fallos, 328:3354, "De la Colina, Diógenes Hugo c/ Ramayo, Gloria Serafina".

3666. CSJN, "Vázquez Acuña, Martín s/ resistencia y/o desobediencia -causa N° 37.644-", 14/8/2007.

veces la imposibilidad de cumplimiento proviene de emergencias inesperadas como huelgas, accidentes u otros eventos fortuitos.

La Corte trata cada uno con mediciones desiguales. Así, cuando se alega la ausencia del depósito debido a una huelga bancaria, se rechaza el argumento bajo la sombra protectora del párrafo tercero del artículo 286, determinando la improcedencia de la queja.[3667] Igual criterio tiene si el recurso se desiste porque entonces el depósito no se devuelve. Ello porque se aplica el caso de abandono tácito de la pretensión que establece el artículo 287 –para la caducidad de la instancia–.[3668] También retorna la carga económica efectuada si la vía de hecho se desestima por haberse interpuesto fuera de término.[3669]

En síntesis, la exigencia de efectuar el depósito como requisito formal de admisibilidad de la queja fue establecida para restringir el uso indebido de tal presentación ante la Corte, y su devolución al interesado o su pérdida, depende de que dicho recurso se declare procedente o se desestime; en este último caso el tribunal dispondrá de las sumas recaudadas "para la dotación de las bibliotecas".

3667. CSJN, "Avila, Felipe c/ Cooperadora Constructora Coop. Ltda y otro", 24/11/1992, *LL*, 1993-D-380.

3668. CSJN, Fallos: 278:146.

3669. CSJN, Fallos: 320:1480, "Omnipol Sudamericana S.A.".

Capítulo LXXXVII
Recurso de casación

672. Historia y motivos de la casación

Cuando uno va a referirse a la casación debe cuidar la mención de algunos, pocos, aspectos historiográficos que adviertan sobre la verdadera dimensión del instituto. Ocurre que el modelo tiene situaciones diferentes según el país que ensaya sus formas y también motivos distintos por los que el sistema se pone en marcha.

672.1 El nacimiento en Francia

En el siglo XVIII Francia padece una lucha permanente entre el Poder Real y los Parlamentos rebeldes. Los jueces no tienen un rol independiente, todo lo contrario; no olvidemos la consistencia y consolidación del principio por el cual los jueces debían aplicar "a ciegas" la ley, porque era esta omnipotente, frente a la versatilidad de la interpretación humana. La desconfianza en los jueces caracteriza esta etapa, que posteriormente se afirma en la Revolución francesa, cuando bajo la influencia de las ideas de Rousseau y Montesquieu se sostiene que "debe evitarse cualquier rebelión contra las leyes", agregando Robespierre en la sesión de la Asamblea del 18/11/1790 que "el legislador es un mundo; el juez un grano de arena. El legislador tiene todos los atributos y todos los fueros del mando, el juez es un mecanismo de obediencia".

Sobre esta base ideológica la casación inspira un sistema de lucha contra el poder interpretativo de los jueces, a quienes, entonces, se aprisiona con un esquema político –no jurisdiccional– creando el Tribunal de Casación, con la única finalidad de "anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley".

Lo importante era preservar aquel objetivo de custodiar real y efectivamente la voluntad del legislador, evitando que ese rol lo asumieran los jueces por la vía de la interpretación.

La Corte de Casación (1794) se creó con tal finalidad y su cometido nomofiláctico era asegurar la expresa y límpida aplicación del Derecho sancionado por el Parlamento. Con ello, además, se aseguraba en la cima la jurisprudencia uniforme, la interpretación con lo que se ganaba certeza en su aplicación. Los motivos que legitimaban a proponer el *recurso de casación* debían transitar esos senderos. Y no expandirse a otros ni querer ejercer controles decisionales sobre hechos, pruebas y cuestiones circunstanciales que estaban a cargo –con inmodificable perfil y alcance– de las instancias de grado.

672.2 La casación en Italia, Alemania y España

El modelo francés evolucionó permitiendo mudar aquella fisonomía estrictamente política hacia la de un sistema jurisdiccional. Su finalidad puramente negativa de control anulatorio se convirtió en una función orientadora sobre los fines que debía cumplir una ley, tarea que para su definitiva elaboración quedaba en manos del Poder Legislativo, quien para ello actuaba bajo la forma del *référé*.

Este sistema pasa a Italia, y ya en la primera mitad del siglo XIX vemos cómo la casación admite, también, corregir no sólo los errores en la aplicación de la ley, sino también todos los errores de derecho, además de los cometidos *in procedendo*.[3670]

3670. Taruffo destaca en la obra "Una reforma de la Casación civil" que desde los años ochenta de la centuria anterior, múltiples autores italianos han denunciado 'la crisis de la casación', reclamando la atención por la descomunal sobrecarga de recursos, propuestos a la Corte y la enorme cantidad de sentencias que la misma debe expedir al año. Mientras las denuncias arreciaban, el aumento sideral del trabajo llegaba a cifras impensables: el 2005 representó un aumento del 11% respecto del 2004. Con un increíble total de 31 730 y aunque parezca impensable el tribunal mostró su mayor eficiencia resolviendo ¡31 221 recursos! Con un incremento del 17% en relación al 2004. La verdad es que en el 2005 el remanente pendiente de definición ascendía a 94 235 impugnaciones. Ello representa que la Casación italiana en el panorama comparatístico es un monstruo incomprensible para el jurista extranjero (la Suprema Corte de los EE. UU. en el 2006 tuvo sólo 97 causas de trascendencia o significación, en el sentido del art. 280 del CPN, texto según Ley N° 23774). Baste el ejemplo razonado de la Corte de revisión (en Alemania no hay casación sino esta técnica equivalente) tedesca. Que las cosas no pueden seguir así lo corrobora la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento española del 2000 que introdujo un modelo fuertemente innovativo de limitación y selección de recursos al Tribunal Supremo (Casación) de Madrid. En el Proyecto Vacarella, del 19 de diciembre de 2003, se destacó esa disfuncionalidad ardua y complicada, mas, al

Alemania recoge el instituto bajo el nombre de *revisión*, otorgando a los jueces una variable importante respecto a los demás sistemas. En efecto, se permite a los jueces anular y dictar nueva sentencia, evitando el reenvío característico de la casación pura.

Es también el sistema que resuelve España, denominado, asimismo, *modelo bastardo*, porque se aparta del clásico control del derecho o doctrina legal, para alojar en sus posibilidades otras cuestiones como la justicia intrínseca de la sentencia, la razonabilidad en la interpretación de los hechos, de la prueba, o de la interpretación de la ley.

Este modelo final parece encontrar respaldo en nuestro país, quien alentó desde hace muchos años la institución en estudio, llegando a concretar en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, un recurso (denominado *inaplicabilidad de ley* o *doctrina legal*) que es muy similar al sistema ibérico.

672.3 Confrontación de los modelos

De esta manera podemos observar de qué forma influye en la configuración del sistema el modelo histórico. Mientras el francés puro sostiene que el juez nunca puede interpretar hechos porque su única misión es aplicar estrictamente la voluntad legal; el modelo español permite considerar el error de derecho y la justicia del pronunciamiento.[3671]

Ahora bien, la polaridad refleja un problema mucho más importante que concierne no sólo al recurso –como medio de impugnación– sino al órgano encargado de tramitarlo y resolverlo, porque si la función de

cabo, no plasmó innovaciones orgánicas y verdaderamente modernizantes (cfr. Morello, Augusto Mario, "Crisis y futuro de la casación", *LL*, 2008-C-1004 y ss.).

3671. Sostiene Juan Carlos Hitters: "El clásico sistema de la casación parte de un postulado liminar que surge casi sobreentendido, de que el tribunal que se ocupa de resolver este recurso sólo debe inspeccionar la estricta aplicación del derecho, ya que en lo atinente a los hechos, los judicantes de grado son soberanos, y por ende el relato histórico que ellos hacen en el fallo, resulta inconmovible a través del carril que nos ocupa. Empero este apotegma, válido en su momento, cuando se consolidó modernamente la casación, durante la Revolución Francesa, en discusión actualmente, ya que ciertos autores y aun los propios tribunales que resuelven esta queja, han advertido que la solución teórica que acabamos de relatar no se ajusta a la realidad; y como en definitiva son los hechos los que gobiernan la posterior anexión del derecho, si aquellos están mal fijados o erróneamente calificados, la solución final resultará siempre equivocada" (Hitters, Juan Carlos, "El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho", *LL*, 1989-D-1255).

este cuerpo superior de justicia será la nomofilaquia, es decir, preservar la pureza de la norma declarando su verdadero sentido, de tal modo que se acallen las discusiones y los criterios discordantes acerca de él; en la actuación efectiva tendrá que posibilitar un margen superior a la interpretación, radicando aquí el riesgo auténtico de la institución.

673. Fines de la casación

De acuerdo con lo expresado tradicionalmente se reconocen a la casación dos finalidades: a) uniformar la jurisprudencia y, b) defender el derecho o la doctrina legal.

Sin embargo, en los hechos, el sistema puede implementarse sobre cualquiera de estos tres pensamientos:

a. La idea romana de que la sentencia injusta por error de derecho es más grave que la que padece de errores de hecho; por ello surgiría que el tribunal de casación sólo atiende la letra de la ley;
b. La concesión a las partes de un remedio efectivo para atacar las injusticias derivadas de una sentencia viciada por error de hecho o de derecho, tal como lo propicia el modelo español, con algunas variables que enseguida veremos;
c. La incorporación del error *in procedendo* que, aunque nace en el derecho intermedio, debiera tenerse en cuenta porque la casación suple todos los recursos ordinarios.

Cada una de ellas refiere a un fin diferente, lo cual incide en las particularidades que se quieren definir dentro de esta explicación. Para ello es preciso recordar que la casación fue una creación básicamente política. El Parlamento francés no concebía que los jueces, en la práctica, fueran otra cosa que voceros de la ley, sus auténticos y disciplinados aplicadores de las normas que aquel (el Parlamento) sancionaba. Jueces celosos (y tributarios) de las normas jurídicas generales. Nada tenían que interpretar y, con mayor razón, dejar de asumir pretensiones *creativas* de derecho. Esta manifestación estaba reservada sólo al autor de las leyes.[3672]

3672. Aunque parezca extraño, la exclusión del examen fáctico en la instancia suprema no aparece impuesta de manera expresa en Francia en esa época, ya que el famoso decreto del año 1790 que crea el recurso de casación nada dice sobre el particular, aunque tal temperamento se encuentra entre las pautas generales que precisaron los límites y

Las cosas, sin embargo, muy pronto quisieron liberarse de ese chaleco de fuerza. Presionaron en los litigantes (y sus lúcidos escuderos, los abogados) que vieron otras posibilidades y metas encapsuladas en el marco que así se había querido diseñar con su creación. Mas no sólo la dilatación de su esfera de competencia saltó las vallas que con rigor quisieron embretarlo, sino, además, el número creciente de recursos golpeó en la cabeza a la institución que, pese al esfuerzo de sus Magistrados, no pudo abastecer el creciente y sideral aumento de remedios, técnicas o recursos de casación.

674. Críticas y disfuncionalidad de la casación

Dice Morello:

> El esquema instrumentado como institución axial del mapa procesal es anacrónico, cuyo adecuado manejo (sereno y profundo) supera las limitadas fuerzas de los magistrados. Delegaciones en relatores y secretarios, filtros, vallas técnicas y económicas, la búsqueda primera y dominante del "no" de la admisibilidad (caso de *certiorari* criollo, art. 280, Código Procesal) bloquean el desborde que reconoce como causa el aumento de la litigación, el conocimiento y dinamismo del litigante (consumidor de la Justicia), la complejidad, la inflación del derecho y el abuso en la proposición de las impugnaciones. Ocurre la quiebra de la teoría (por lo demás en profunda revisión) de la finalidad de la casación y la realidad que la gente aguarda, esencialmente, de ella: la justicia del caso y el control inescindible del juicio de hecho y de derecho. En palabras de Paolo Biavati: la Casación forma parte –debe formar– de un sistema uniforme

el alcance de la institución. Los primeros comentadores de aquella época, interpretando genéricamente el mencionado dispositivo normativo sostuvieron que *el mismo no creaba un nuevo grado de la jurisdicción*, sino que establecía un examen último sobre "la regularidad de los juicios". Mas como con toda justeza nos alertó Geny, el tribunal de casación no podía contentarse con el mero examen de derecho y así necesariamente debió también revisar la aplicación del material jurídico a los casos concretos. En síntesis, es dable reiterar que en el territorio galo si bien se mentó la distinción entre lo fáctico y lo jurídico en el ámbito de la casación, por vía de una interpretación del decreto 1790; los autores sostuvieron que la sinopsis apuntada ofrecía rebeldes aristas, y que en definitiva el alto cuerpo antes aludido no podía omitir controlar la *aplicación del derecho al hecho concreto*; de lo que debemos deducir que en Francia la "calificación" fue considerada como una típica temática *iuris*, aunque se mantuvo la prohibición de revisar lo fáctico (Hitters, Juan Carlos, "El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho", *LL* 1989-D-1255).

> y flexible de Justicia. Para que el método se erija como de simplificación y no de complicación de lo procesal que ahoga la realización del derecho sustancial, "es necesario que sea aplicado con pleno respeto del derecho de defensa (del proceso justo) por un juez (la Corte también) activo y consciente de las necesidades del asunto concreto[3673] y de las necesidades globales, del sistema de Justicia. Un Poder Judicial eficiente puede restituir a los ciudadanos la confianza en las instituciones y dar a quien busca soluciones no jurisdiccionales de los conflictos motivadores que no consistan en la pura y simple fuga del proceso judicial. Las horcas caudinas del factor negativo del tiempo en la eficiencia de la litigación es feroz[3674]

Ni la defensa pura de la ley (finalidad nomofiláctica) ni ceñirse sólo a las cuestiones de derecho son ya las finalidades esenciales de la Casación. Al contrario, lo que antes era secundario o reflejo (agravios a las partes de los errores –de hecho y de derecho– incurridos en las sentencias de segunda instancia y la justicia en el caso concreto), son ahora, sus objetivos principales.

El rol actual de la Casación es multifacético y constantemente debe adaptarse a nuevas exigencias de gente urgida por las definiciones justas y definitivas (sin sucesivos recursos y controles interiores y externos, transnacionales). Que logren, insistimos, resultados útiles en el tiempo oportuno. No satisface ni el reenvío ni lo circular o retardatario (ida y vuelta en la intervención del control de diversas instancias y nuevas sentencias). El interés directo de las partes es finiquitar el litigio.

Sigue Morello en su prédica y afirma:

> No es de alarmarse acerca de funciones de tercera instancia en los Tribunales Superiores. El diseño de ellos no es estático; se corresponde con realidades móviles y mutables. El peso y el sentido de las técnicas se gradúan por su eficiencia y razonabilidad; si el divorcio entre teoría y práctica lo impide, la realidad se impone.
>
> Hecho, derecho, prueba, principios de experiencia, costumbres, usos sociales, máximas de experiencia y estándares valorativos "empujan" a aperturas y nuevas fronteras de control.[3675]

3673. CSJN, Fallos: 341:597, "Mendoza, Beatriz", ambiental de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo.

3674. Morello, "Augusto, Crisis y futuro de la casación", *LL*, 2008-C-1004.

3675. Ibídem, *LL*, 2008-C-1006.

674.1 ¿Tribunal de justicia u órgano de política jurisdiccional?

Es obvio que el principio de seguridad jurídica que se quiere afianzar con la Casación adolece de algunos inconvenientes propios de las realidades institucionales que tiene la constitución política de un Estado.

En nuestro país el régimen federal fue motivo principal para que hasta la fecha no exista un Tribunal de Casación Nacional. Así fue planteado en 1979 cuando en las conclusiones del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal se dijo que no podían vulnerarse las autonomías provinciales estableciendo un sistema uniforme para la aplicación e interpretación de la ley.

Es verdad, también, que quienes detractan al sistema sostienen, por ejemplo, que cuando fue puesto en vigencia el modelo en la Constitución Nacional de 1949, se evitaron las acciones directas de inconstitucionalidad, siempre políticamente más riesgosas dado que no se puede controlar a todo el Poder Judicial y sí, en cambio, a un Tribunal Nacional de Casación.

Lo cierto es que no es posible negar el carácter político que puede tener el órgano; sin embargo, el margen de sus actuaciones será siempre la causa judicial, el caso concreto y la necesidad de resolver las justicias parciales.

De suyo, el control recursivo logra corregir los errores de procedimiento o los defectos del juzgamiento y, al mismo tiempo, iguala a nivel nacional la jurisprudencia, concretando así el principio de la supremacía constitucional.

Palacio sostiene:

> El recurso de casación por errores de juicio (*in iudicando*) es aquel mediante el cual se denuncian los equívocos imputados a la resolución impugnada con respecto a la selección o al alcance asignados a las normas aplicadas a las cuestiones decididas, objetándose por lo tanto la solución jurídica acordada al caso planteado y solicitándose su rectificación a través de una sentencia que, de conformidad con el sistema legal de que se trate, puede limitarse a anular (casar) el fallo recurrido y formular una declaración sobre la norma aplicable, devolviendo el proceso al órgano inferior a fin de que dicte nueva resolución (reenvío), o bien pronunciar, junto con el juicio anulatorio o rescindente, resolución sobre el fondo del asunto. De la noción precedentemente expuesta se deriva que la labor

del tribunal funcionalmente encargado de conocer en el tipo de casación examinado se circunscribe a verificar la existencia de los posibles errores *iuris in iudicando* que puedan afectar a la resolución impugnada, estándole vedado a dicho tribunal el reexamen de las conclusiones de hecho establecidas en la instancia ordinaria.

La justificación política del recurso de casación por errores de juicio ha radicado, tradicionalmente, en la necesidad de preservar la unidad de las respectivas legislaciones nacionales a través de una interpretación uniforme de las normas que las integran. Siendo en efecto numerosos los órganos judiciales llamados a aplicar una misma legislación, las divergencias interpretativas que esa circunstancias determina, y que comprometen la vigencia del principio de igualdad ante la ley, sólo puede encontrar remedio en la intervención de un órgano que, ubicado en la cúspide del ordenamiento judicial, se encuentre en aptitud de gravitar sobre la actuación de los tribunales inferiores y de promover, por lo tanto, la uniformidad de la jurisprudencia, pues aunque las decisiones del tribunal de casación carezcan legalmente de fuerza vinculante (salvo disposición en contrario) la tienen, sin embargo, de hecho, en la medida en que la resolución que contraríe la doctrina de un precedente emanado de aquel se halla expuesta al riesgo de ser anulada mediante el recurso analizado.[3676]

674.2 La situación en la Argentina

No existe en Argentina un Tribunal Nacional de Casación Civil que siga un modelo definido. La conveniencia de contar con un órgano de esa naturaleza queda fuera de duda con sólo computar el hecho de que teniendo vigencia en todo el territorio de la Nación los Códigos de fondo sancionados por el Congreso en virtud de la potestad que le confiere el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, las distintas interpretaciones de que aquellos pueden ser objeto por parte de los órganos judiciales de las provincias desvirtúan el principio de unidad de régimen jurídico consagrado por la norma constitucional citada.

A la institución de un recurso de casación con alcance nacional se opone sin embargo la misma norma constitucional en tanto prescribe que la "aplicación" de los Códigos Civil y Comercial, Penal, etcétera, corresponde a los tribunales provinciales cuando las personas o las cosas "cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". Para salvar la difi-

3676. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 215.

cultad emergente de ese texto se ha acudido con frecuencia al distingo que existiría entre la "interpretación" y la "aplicación" de las leyes, sosteniéndose que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución reserva a las provincias la potestad de "aplicar" los Códigos de fondo pero no la de "interpretarlos", razón por la cual esta última labor podría encomendarse a un Tribunal Nacional de Casación.[3677]

Con el mismo propósito se propició, en otras oportunidades, la posibilidad de crear la casación nacional mediante tratados interprovinciales en los términos del artículo 125 de la Constitución Nacional. Para Palacio:

> … ninguna de las mencionadas soluciones es convincente y no logra, por lo tanto, superar el problema constitucional. La primera porque la

3677. La distinción fue propiciada por los profesores Alsina y Lafaille en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Tucumán en el año 1936, donde tras debatirse extensamente acerca del procedimiento a adoptar para establecer una jurisdicción nacional de casación, se aprobó, sobre la base de la opinión sustentada por los mencionados profesores, el siguiente texto: "Que el establecimiento de esa jurisdicción debe y puede hacerse mediante ley del Congreso nacional, con tal que la Corte se limite estrictamente a fijar la interpretación de los Códigos y no a su aplicación, reservada a las provincias". La inaceptable distinción entre "interpretación" y "aplicación" de la ley constituyó asimismo el fundamento del proyecto del senador Santiago Fassi sobre recurso extraordinario ante la Corte Suprema nacional. Dicho proyecto, aprobado sustancialmente por el Senado en 1964 pero que no llegó a ser considerado por la Cámara de Diputados, declaraba admisible el recurso extraordinario, entre otras causales, "cuando se haya aceptado una interpretación jurídica distinta de la sentada en otro fallo emanado de tribunal de última o única instancia, nacional o provincial, sobre materias regidas por los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social y Aeronáutico, y que significare una violación del principio de igualdad ante la ley y de la uniformidad de la legislación de fondo que consagra la Constitución Nacional" y "cuando se haya admitido una interpretación jurídica distinta de la sentada por la Corte Suprema con motivo de recurso interpuesto en el caso previsto en el inciso anterior" (art. 2, incs. 6 y 7). Por más que el texto aprobado haya incluido, como requisito de la admisibilidad del recurso, la "violación del principio de igualdad ante la ley", la atribución de competencia a la Corte Suprema para "interpretar" los códigos de fondo no salvaba los reparos emergentes de los arts. 67 inc. 11, 100 y 104 de la Constitución Nacional (actuales arts. 75, inc. 12, 122 y 126), ya que, según lo tiene reiteradamente decidido el mencionado tribunal, la uniformidad jurisprudencial no se halla constitucionalmente impuesta y, por lo tanto, la existencia de fallos contradictorios con relación a una situación jurídica similar no implica quebrantamiento de la garantía de la igualdad, por cuanto esta no obsta a la desigualdad de hecho que deriva de la interpretación de la ley, cuando ella es la consecuencia natural e inevitable del ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde a los distintos tribunales del país al aplicar la ley conforme a su propio criterio (Ver, entre otros, CSJN, Fallos: 243:259; 244:355; 248:832; 250:860; 251:526; 252:51; 254:110; 260:160).

> conceptualización jurídica de un caso supone una confrontación axiológica entre las circunstancias que lo configuran y las menciones dogmáticas contenidas en la ley, es decir un acto interpretativo que no puede concebirse en forma independiente respecto de la aplicabilidad o no de aquella, de manera tal que "interpretación" y "aplicación" conforman, al enjuiciarse la conducta de que se trate, un todo inescindible. El sentido jurídico de la conducta, en otras palabras, es el resultado de la operación única consistente en la interpretación de esa conducta a través de la ley, y en la aplicación de esta. La segunda solución tampoco es aceptable por cuanto, como se ha dicho con acierto, "el art. 107 (actual art. 125) de la Constitución Nacional se refiere a acuerdos tendientes a la facilitación recíproca de las respectivas administraciones de justicia, pero no a la administración de justicia en sí misma, porque la existencia y organización de la justicia local es un requisito de la autonomía provincial según el art. 5º como condición esencial del "goce y ejercicio de sus instituciones", de lo cual resulta que la potestad de aplicar las leyes consagrada por el art. 67 inc. 11 (actual art. 75, inc. 12), no sólo corresponde al poder autónomo provincial sino que es además inevitable, irrenunciable e indelegable".

Descartadas las soluciones referidas, cabe concluir que la casación nacional sólo puede instituirse por vía de reforma de la Constitución vigente, mediante la adopción de una fórmula análoga a la que contenía el artículo 95 de la Constitución de 1949. Dictada la correspondiente ley reglamentaria, corresponde entender que los recursos de casación en el orden provincial deberán ceñirse a la verificación de la aplicabilidad o inaplicabilidad de las leyes locales.[3678]

675. Funciones de la casación

Para individualizar el recurso de casación de las restantes vías de impugnación (en realidad, son medios de gravámenes, pues en nuestro sistema procesal no existen vías directas de ataque contra las leyes, sino a través de un caso concreto que individualice el agravio y el interés directo y personal), es preciso responder estos interrogantes:

¿Qué fines pretenden alcanzarse con el recurso? Ya vimos que son dos: *i)* la defensa de la ley o de la legalidad; y *ii)* la uniformidad de la jurisprudencia en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley.

3678. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, pp. 219 y ss.

Ambos plantean otra cuestión ¿qué uniformidad se persigue?, ¿de la ley sustancial, procesal o de ambas?

En este caso, Calamandrei distinguió entre la uniformidad jurisdiccional en el tiempo y en el espacio, para rechazar la idea de una uniformidad en el primer sentido, manteniendo sólo el principio de una uniformidad espacial, conseguida a través de una única interpretación en todo el territorio. El rechazo de la uniformidad en el tiempo obedece a la dinámica del derecho, evitando así la congelación de ideas.

El siguiente interrogante se formula: ¿qué objeto tiene la casación? Con el mismo signo de pregunta: ¿normas procesales o sustantivas?, ¿nulidad y/o injusticia?, ¿sentencia definitiva o toda sentencia?, ¿motivaciones rígidamente establecidas por la ley o abiertas a otras causales?

Esto depende de las reglamentaciones procesales, pero, en líneas generales, se aspira a preservar con el recurso el interés de la ley, no en todos los casos, sino contra sentencias definitivas que manifiesten claramente la violación a alguna norma, evitando la interpretación de hechos y siempre que se encuentren suficientemente motivadas las causales que permitan su deducción.

Señala Prieto Castro –en la edición actualizada de su obra– que si bien los hechos quedan marginados de la casación, por la fuerza de las cosas muchas veces se debe entrar en contacto, cuando: a) se aborda lo relacionado no con su *existencia*, sino con la esencia; b) la cuestión se vincula con la costumbre; c) se trata de normas indeterminadas o flexibles que contienen cláusulas generales, ya que en estos casos se emplean conceptos amplios que han de ser interpretados y desenvueltos por el juez acudiendo a normas o reglas de la propia experiencia; d) se trata de comprobar el quebrantamiento de las formas del juicio; e) se quiere examinar un supuesto de "aplicación indebida" de las normas, ya que por su esencia hay que moverse en el campo de los hechos; f) en la construcción de las pruebas de presunciones, hay que recurrir a las "reglas de criterio humano" para observar si existe el engarce entre el hecho base y la presunción g) hay que abordar la determinación de la existencia del nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido.[3679]

3679. Prieto Castro, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. II, pp. 123 y ss. (Cfr. Hitters, Juan Carlos, "El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho", *LL*, 1989-D-1255).

Con relación al procedimiento el tribunal competente puede ser un órgano único de naturaleza federal, o tribunales locales que interactúen por convenio de reciprocidad. Desde que la Casación pasó al Poder judicial, y así se organizó en casi todos los países del mundo, la decisión del recurso fue confiada a la Suprema Corte de Justicia del país, como en el régimen español, creándose al efecto alguna (o algunas) sala especializada o, en su caso, una Corte de Casación propia y particular como en el sistema francés. El modelo habitual es un órgano especial dividido en Salas con competencias específicas que pueden reunirse en plenario para unificar criterios y programas.

En suma, se trata de establecer la obligatoriedad de las sentencias y el alcance individual o para todos; sea o no con reenvío, es decir, el tribunal anula y dicta nuevo pronunciamiento; o difiere esta a la responsabilidad del órgano casado.

676. Los hechos y la casación

Desde aquella función sesgada a la que actualmente se propicia, se consigue que la Casación actúe sobre los hechos en el recurso, aun cuando teóricamente ello esté impedido. Por supuesto que desde nuestra perspectiva no pretendemos instalar en cada escala recursiva, sobre todo, en las instancias extraordinarias, el reinado de los hechos, ni los exaltaremos por sobre las normas, en una suerte de fuga de lo jurídico hacia la sociología del derecho.

No es un contrapunto entre hechos y derecho. Todo lo contrario, sin los hechos, las normas abstractas girarían en el vacío, sin esperanza creadora en la experiencia del litigio. Es una lectura mutua y, por tanto, es imprescindible conocer a los dos.

El amor al sistema puro de la casación no puede llevarse a la exageración de hacernos cerrar los ojos a lo que ocurre en el derecho viviente, que ha superado el enclaustramiento normativo, al hacerse conciencia del modo distinto como la institución funciona en la sociedad.

El estudio de los hechos o sobre los hechos permite ensanchar la franja de gravámenes pasibles de denuncia en el recurso. Sin embargo, el problema mayor está en el registro de los hechos. No olvidemos que durante en un proceso oral resulta difícil para el apelante resolver

el dilema del razonamiento, al no existir constancias escritas del debate, lo cual se soluciona con el registro filmado de las audiencias.

En España, el temor a que desaparezca la memoria de lo que fue dicho se resuelve mediante la grabación magnetofónica de las audiencias. No obstante, ello tampoco resuelve la posible arbitrariedad del fallo que, en definitiva, será la única vía posible de apertura para un recurso de casación que pretende dirigirse contra los hechos.

En suma, en Argentina, pese a la firmísima línea de sentido de que la casación debe circunscribirse al control del derecho, su intensa vigencia en casi todas las provincias (Buenos Aires, Mendoza, Córdoba, Neuquén, etc.) termina por prohijar un sistema híbrido, impuro, bastardo que, sin embargo, funciona plenamente y bien y es auspiciado por la clase forense que atenta al control efectivo de sentencias definitivas lastradas –en el juicio de hecho– de los vicios del absurdo o de la arbitrariedad. Eso es, valga la insistencia, lo que se verifica en el derecho vivido.

De mediar un apartamiento de las comprobaciones de la causa, de valoración indebida, contradictoria, dogmática y crisis del razonamiento cuyas conclusiones quebrantan la lógica de la motivación y desvirtúan las reglas de la sana crítica, de la que resulta que *lo probado* no es lo que afirma la sentencia, la Casación opera sobre ese primer y necesario tramo que impide (lógicamente) juzgar acerca del derecho. Es que se aplicó en el fallo diferente al que hubiese correspondido actuar si el juicio de hecho se hubiera llevado a cabo adecuadamente.

Reténgase que, para el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el intérprete final y último de la Constitución Nacional y de los fallos que al quebrantar el proceso justo (art. 18, CN) por incurrir en absurdo, arbitrariedad, etcétera, son inconstitucionales.[3680]

3680. Morello, Augusto, "El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación", *LL*, 2005-E-1232.

Capítulo LXXXVIII
El recurso extraordinario (1ª parte)

677. Antecedentes

La necesidad de reservar para los Tribunales Superiores de los Estados una función revisora del derecho aplicado, antes que de los hechos singulares que estuvieran en conflicto, lleva a la creación de recursos de carácter extraordinarios que tienen la misión de controlar la justicia del caso concreto, mediante la aplicación del derecho superior que proviene de las Cartas Constitucionales.

De ahí que sea común reservar a estos tribunales la función de intérpretes finales de la Constitución, cuando esa tarea no se delega en Tribunales Constitucionales que dejan en las Cortes ordinarias el oficio de aplicar el principio de legalidad. Esta diferencia no es baladí porque obliga a encontrar los límites de cada supremo tribunal.

En Latinoamérica, México y Argentina son naciones con autonomía para reglamentar sus procedimientos, de manera que conviven sistemas propios en cada provincia o Estado, así como Normas Fundamentales que disponen para el sitio donde resuelven. El control final de las sentencias, en estos países, se reserva a los Tribunales Superiores, a quienes se les asigna una competencia limitada, generalmente impuesta para fiscalizar el cumplimiento del principio de la supremacía constitucional.

Este esquema proviene de la *Judiciary Act* norteamericana, creada el 24 de noviembre de 1789. Puesta en práctica significa establecer una serie de requisitos que obran como filtros de acceso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entre ellos, el más importante en Argentina, fue la reglamentación creada por la Ley N° 48, que sólo aceptó que dicho tribunal cimero interviniera cuando en cada caso hubiera cuestiones federales que pusieran en crisis, con una resolución contraria, el derecho constitucional emergente de la Carta Suprema de la Nación.

En Estados Unidos, las *federal question* conservaron un sentido político desde el que se dejaba en claro que el Supremo Tribunal

Federal no podría conocer sino en casos regidos por el reducido grupo de disposiciones federales que se consideraban indispensables para el funcionamiento de la Unión; los principales interesados en esta limitación eran los Estados, deseosos de preservar sus potestades e impedir la expansión del poder federal, ante el que cedían de mala gana.[3681]

Este aspecto probablemente sea el que más tuvo en cuenta la Ley N° 48, al punto que reproduce en el artículo 14 buena parte de la idea que estaba en la sección 25 de la Ley Judicial de 1789.

Sostiene Sagüés:

> Esta ley no concedió a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos competencia para modificar cualquier sentencia emanada de una Corte Suprema estadual (provincial), sino únicamente cuando ese fallo local lesionase al *derecho federal*. Por eso, concluye Hart que "el congreso concibió a la Corte Suprema de los Estados Unidos tan sólo como agente *para vindicar la autoridad federal*, más bien que para coordinar en la ley federal".[3682]

Precisamente, de la ley extranjera como de la norma que la recibe en estos suelos, se desprende que la procedencia del recurso extraordinario exige que se haya debatido en el pleito una cuestión federal y que la decisión haya sido contraria al recurso fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados.[3683] Esto se explica desde que la remoción excepcional de una causa desde el Superior Tribunal de una provincia, al más elevado del orden nacional, se funda en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución, tratados y leyes nacionales consagrada por el artículo 31 y cuya validez, discordancia con alguna ley, decreto o autoridad provincial, o bien la inteligencia de alguna de sus cláusulas, para indicar los tres casos que prevé el citado artículo 14, haya sido cuestionada ante los tribunales locales y la decisión de estos desconozca el derecho, privilegio o exención fundado precisamente en lo que la carta fundamental llama *ley suprema de la Nación*.

3681. Pritchett, Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tea, 1965, pp. 95 y ss.; Cfr. Lugones, Narciso, "Antecedentes históricos, crisis y replanteo de la cuestión federal", *LL*, 1985-C-1236.

3682. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, T. I, pp. 147/247; Hart, Herbert Lionel Adolphus, "Relaciones entre el Estado y la ley federal", en McMahon, Arthur, *Práctica del federalismo*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, p. 221.

3683. CSJN, Fallos: 148:62.

No obstante, hace notar Lugones:

> Al tomar nosotros la letra de una ley como la de 1789, tan vinculada a los problemas del federalismo estadounidense, sin pensar en las diferencias que tiene con el nuestro, se sentó una incoherencia que contenía en germen la crisis de la cuestión federal y del sistema todo de la ley 48. La codificación y unidad del derecho común se encuentra en el constitucionalismo francés y es recogida por el español; tiene finalidades políticas que están ausentes del constitucionalismo norteamericano, y se integra además en un sistema donde la función judicial ocupa un lugar muy distinto que el que tiene en el estadounidense. La primera Constitución francesa –la de 1791– establecía que "*Se hará un Código de leyes civiles comunes para todo el Reino*", principio reiterado en las Constituciones siguientes. Por su parte, la Constitución española de Cádiz de 1812 –tomando un texto que estaba ya en la Carta de Bayona de 1809– establecía que, "*El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*".

El trasfondo histórico y filosófico de la codificación y su vinculación con el iusnaturalismo iluminista es un tema ya muy tratado; en el caso de la Constitución de Cádiz podemos señalar que no preveía en las provincias del reino el renacimiento de los fueros regionales; era por el contrario fuertemente centralista, y sus forjadores rechazaban deliberadamente el federalismo. Dentro de las posiciones políticas de la época, eran los tradicionalistas y no los liberales los defensores del mantenimiento de la división entre los antiguos reinos y provincias españoles, con sus leyes y costumbres particulares. También era preocupación de los liberales, recogida en el constitucionalismo continental europeo, el desposeer a organismos judiciales, como los parlamentos y las audiencias, de sus facultades administrativas, separando netamente las funciones judiciales, conforme la confianza depositada en la fórmula de la división de los poderes divulgada por Montesquieu. Dentro de este orden de ideas, dicha teoría se aplicaba a ultranza, pues no sólo se separaba lo judicial de lo administrativo, sino que no existía lugar, tan señalado en el sistema norteamericano, para el control de constitucionalidad por parte de los jueces. Así, los Poderes que se mencionan en el proemio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano son solamente el Legislativo y el Ejecutivo, pudiendo inducirse que sólo queda a los jueces arreglar los reclamos de los

particulares, *fundados de ahora en adelante sobre principios simples e indiscutibles*, esto es, aventando la hermenéutica, que constituye la cima de la función judicial entendida como *Poder*.

De todo esto podemos concluir –sigue Lugones–:

> … la uniformidad de la legislación de fondo, el derecho común, nace para solucionar problemas de dispersión de los poderes de legislación del Estado nacional, y dentro de sistemas constitucionales que confían para la preservación de las libertades en la centralización legislativa –de la que esperan un trato igualitario y un mejor conocimiento de la ley por los justiciables– unida a una celosa separación funcional de los poderes del Estado, que redunda en una situación de inferioridad o al menos de severa limitación para el Poder Judicial del que se tema la capacidad de obstrucción que en alguna medida habían mostrado los parlamentos franceses bajo el *ancien régime*, o la injerencia en la administración que tuvieron las audiencias españolas.
>
> En cambio, la distinción bipartita norteamericana entre el derecho federal y el local apunta –en el momento y lugar de su formulación– a salvaguardar las jurisdicciones locales, al mismo tiempo que un mínimo necesario de unidad nacional, siendo en este equilibrio, más "geográfico" que funcional, en el que confían para una adecuada salvaguarda de los particularismos, vividos como garantes y no como opresores de las libertades individuales. Imposible imaginar contextos históricos y político-sociales más diversos; y aun debemos agregar la distinta valoración que en uno y otro reciben los cuerpos judiciales, de recelo en un caso y de confianza en el otro, recelo y confianza ganados en vicisitudes históricas, también distintas y que escapa a nuestro tema analizar ahora.[3684]

Cuando se organizó institucionalmente nuestro país, la Constitución de 1853 no contempló recurso alguno para alcanzar la intervención de la Corte Suprema, tampoco lo hizo en la reforma de 1860, aunque en el artículo 100 (actual art. 116) estableció que el Poder Judicial debía actuar "en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras". Luego, el artículo 101 (actual art. 117) dispuso que "la Corte

3684. Lugones, Narciso, "Antecedentes históricos, crisis y replanteo de la cuestión federal", *LL*, 1985-C-1236.

Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso".

677.1 La Ley Nº 48

El 25 de agosto de 1863 se sanciona la Ley N° 48 (promulgada el 14 de septiembre de ese año), que se define como "adicional y correctiva" de la Ley N° 27, cuyos artículos 7, 21 y 23 quedaron reformados, dando lugar al esquema del actual recurso extraordinario.

Se vuelcan así las ideas de la *Judiciary Act* de 1789, tanto en cuanto refiere a las materias que habilitan la actuación de la Corte, como para los "remedios procesales" del *common law* (como los *writs of prohibition* y *of mandamus*) que, por la amplitud de las atribuciones que le otorgaba, llevan a la Corte norteamericana a declarar la "inconstitucionalidad" de esa norma legislativa.[3685]

La incorporación significó tener un mecanismo procesal (procedimientos) regido por el modelo escrito, formal y solemne de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que se había tomado como modelo; y recursos constitucionales del esquema americano, donde se destacaban los denominados *recursos extraordinarios de nulidad e injusticia notoria* que continuaron la legislación de Indias.

Comenzó entonces a funcionar el recurso extraordinario como un sistema aplicado al control de constitucionalidad, pero no tardó en ampliar su dimensión al ocupar el espacio que antes cubrían los artículos 7 y 22 de la Ley N° 27 con el recurso de nulidad, también reglado en los artículos 233 a 240 de la Ley N° 50.

Sin embargo, tan amplio espectro de atribuciones conferidas a la Corte, de dudoso encuadre en la Constitución que no las prevé, no fue de modo alguno "objetado" por nuestro Máximo Tribunal que, por el contrario, se consideraba precisado a admitir su jurisdicción en los recursos "por arbitrariedad manifiesta". Exactamente a la inversa de la actitud asumida por la Suprema Corte norteamericana de limitar su jurisdicción.[3686]

La diferencia explica por qué no se ha cuestionado la constitucionalidad de la Ley N° 48 y en particular del artículo 14, pues al revés de los

3685. Egües, Alberto, "El *certiorari* argentino", *LL*, 1993-C-661.
3686. Ídem.

Estados Unidos, donde la congruencia del *writ of error* de la *Judiciary act* de 1789 con la Constitución federal fue refutada en distintas oportunidades, no pareció existir en Argentina esa tendencia separatista con caracteres tan marcados, que en el país del norte intentó impugnar al instituto procesal análogo a nuestro recurso extraordinario, como presunto mecanismo invasor del poder central sobre las autoridades estaduales.[3687]

Sin embargo, cuando ello se intentó la Corte sostuvo:

> El artículo 100 de la Constitución se limita a determinar los casos que corresponden a la jurisdicción federal, en términos generales, en tanto que el artículo 101 expresa y determina en términos precisos la jurisdicción correspondiente a la Corte Suprema, ya sea originariamente o por vía de apelación; encontrándose reglamentada actualmente por el Honorable Congreso la jurisdicción de apelación que expresa el artículo 101, en los artículos 3°, 4°, 5° y 6° de la ley 4055. La extensión de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, *según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*, significa que la jurisdicción apelada puede ser reglamentada, ensanchada o restringida, como el Congreso lo considere conveniente, de allí que sea constitucional lo hecho por la ley 48.[3688]

Además, para la procedencia del recurso extraordinario que autoriza el artículo 14 de la Ley citada es indispensable que la cuestión federal haya sido traída en el pleito, o sea, en la causa, de tal manera que el tribunal de última instancia haya podido pronunciarse sobre ella, de forma que no sean actuaciones genéricas sino declaraciones para el caso concreto.

La jurisdicción extraordinaria acordada a la Corte Suprema por el artículo 14 de la Ley N° 48 comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el ejercicio de la casación federal, que versa sobre la interpretación de las normas y actos federales. Ello no impide que, en determinados ámbitos normativos, el legislador otorgue esa función de casación de las normas federales a un solo órgano jurisdiccional, como ocurre con el artículo 14 de la Ley N° 14236.[3689]

3687. García Merou, Enrique, *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Imprenta de Coni Hermanos, 1915, pp. 23 y ss.

3688. CSJN, Fallos: 137:345 "Eriz, Domingo P.".

3689. CSJN, Fallos: 256:372, "Méndez de Basombrío, Adela".

677.2 La Ley Nº 1893

En 1886 se dicta la Ley N° 1893 que organiza los tribunales de la Capital Federal; se crean dos Cámaras de Apelaciones, una en materia civil y otra criminal, correccional y comercial.

El artículo 90 dispuso: "Contra las sentencias dictadas por las Cámaras, no habrá recurso alguno, con excepción de los casos previstos por el art. 14 de la ley de setiembre de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales".

De este modo –dice Sagüés–:

> La ley 1893 realizó un anticipo parcial de lo que después haría con mayor fluidez y extensión la ley 4055: esto es, que el recurso extraordinario se convirtiera no sólo en una herramienta para objetar sentencias provinciales contrarias a la Constitución Nacional y al derecho federal, sino también para desechar sentencias *nacionales* (como eran las de los tribunales de apelación de la capital del país), que padecieran de tal vicio.[3690]

677.3 La Ley Nº 4055

En el mes de enero de 1902 esta ley reforma la justicia federal (Ley N° 50) y crea nuevas cámaras de apelación.

La Ley N° 48 queda alterada al generar en el artículo 6 la posibilidad de que la Corte Suprema intervenga en grado de apelación, contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras Federales de Apelación de la Capital, manteniendo el recurso contra los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de provincias y por los Tribunales Superiores militares, en los casos previstos por el artículo14 de la Ley N° 48.

El trámite explicado en los artículos 7 y 8 se derogó con la Ley N° 22434, pero dio inicio a la reglamentación del procedimiento para el recurso extraordinario.

677.4 La Ley Nº 17454

Esta ley es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1967). Por vez primera se dan pautas precisas sobre el procedimiento

3690. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 264.

extraordinario ante la Corte Suprema cuando interviene mediante la alegación del artículo 14 de la Ley N° 48.

La Sección 4: Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema, indica desde los artículos 256 al 258, lo siguiente:

> Artículo 256. *Procedencia*. El recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema procederá en los supuestos previstos por el artículo 14 de la ley 48.
> Artículo 257. *Plazo y forma.* El recurso extraordinario se interpondrá por escrito ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados desde la notificación. El escrito de interposición deberá fundarse en los términos prescriptos en el artículo 15 de la ley 48.
> Artículo 258. *Aplicabilidad de otras normas.* Regirán respecto de este recurso, las prescripciones contenidas en los artículos 249, 251 y 252.

La reglamentación procesal fue significativa porque esclareció algunos alcances hasta allí imprevistos, como era la posibilidad de atacar resoluciones administrativas. La norma fue objeto de precisión cuando con la Ley N° 22434 se reforman las disposiciones y quedan con la siguiente redacción:

Sección 4. *Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema* (Artículos 256 al 258).

> Artículo 256: igual sin modificaciones.
> Artículo 257. *Forma, plazo y trámite.* El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación. De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concediere, previa notificación personal o por cédula de su decisión, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema dentro de cinco (5) días contados desde la última notificación. Si el Tribunal Superior de la causa tuviera su asiento fuera de la Capital Federal, la remisión se efectuará por correo, a costa del recurrente. La parte que no hubiera constituido domicilio en la Capital Federal quedará notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley. Regirá respecto de este recurso, lo dispuesto en el artículo 252.

> Artículo 258. *Ejecución de sentencia.* Si la sentencia de la cámara o tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquella, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Dicha fianza será calificada por la cámara o tribunal que hubiese concedido el recurso y quedará cancelada si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida. El fisco nacional está exento de la fianza a que se refiere esta disposición.

Dice Palacio que la reforma no registró innovaciones acerca de la forma y plazo de interposición del recurso extraordinario federal, pero sí con respecto a la sustanciación que corresponde imprimirle con posterioridad. Antes de entrar en vigencia la Ley N° 22434, el punto se hallaba regulado por el artículo 280 del Código Procesal, según el cual, concedido el recurso por el Superior Tribunal de la causa y recibido el expediente por la Corte Suprema, esta debía dictar la providencia de autos, y las partes podían, dentro del plazo común de diez días siguientes al de la notificación de esa providencia, presentar un memorial que correspondía agregar al expediente, quedando sin más trámite la causa conclusa para definitiva.

De acuerdo con el régimen instituido por la ley nueva, en cambio, la sustanciación del recurso debe llevarse a cabo ante el Tribunal Superior de la causa mediante un traslado que corresponde conferir a la otra u otras partes, del escrito en el cual aquel se interpuso, correspondiendo luego emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad de la impugnación y remitir el expediente a la Corte si dicho pronunciamiento es favorable al recurrente. Queda así eliminada la necesidad de que la Corte dicte la providencia de autos, pues ella está implícita en la recepción de la causa (art. 280, párr. 1, en su nueva redacción).

Por eso, sigue Palacio:

> Si bien el nuevo régimen produce el efecto de prolongar en exceso el plazo para que la sentencia adquiera carácter firme y pueda eventualmente ejecutarse en el supuesto de denegarse la impugnación, queda en manos de la parte vencedora, a través de su actividad procesal, la posibilidad de neutralizar en gran medida ese inconveniente. Conviene recordar, asimismo, que en virtud de lo dispuesto por el art. 135, inciso 14 del Código

Procesal en su actual redacción, también corresponde notificar por cédula la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal.[3691]

677.5 La Ley Nº 23774

La ley data del año 1990 y trajo modificaciones sustanciales al trámite del recurso extraordinario. La norma aumenta el número de jueces de la Corte (de cinco a nueve).[3692] y promueve un mecanismo de selección de causas basado en la relevancia o interés institucional en atender la impugnación, que de no darse posibilita al tribunal a desechar el recurso con la sola mención del artículo 280 del Código Procesal, lo que importa entender que el recurso no es trascendente.

Cabe agregar que la Ley N° 26183 volvió al número de cinco (5) integrantes al que se llegará progresivamente a la espera de retiros, jubilaciones u otras causas.

3691. Palacio, Lino Enrique, *Estudio de la reforma procesal civil y comercial. Ley 22.434*, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

3692. La Ley N° 26183 del 18 de diciembre de 2006 deroga en el artículo primero la norma de la Ley Nº 23774, que había modificado el artículo 21 del Decreto Ley Nº 1285/58, texto según Ley Nº 16895 (composición de miembros de la Corte). El artículo 2º estableció: Incorpórase como artículo 21 del Decreto Ley Nº 1285/58, texto según Ley Nº 16895 el siguiente: "Artículo 21.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por CINCO (5) jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la Ley Nº 24.946 y demás legislación complementaria". El artículo 3 como disposición transitoria dijo: La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo. Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. A *posteriori*, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis (6) el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco (5) el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

677.6 La Acordada Nº 4/2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación

Finalmente, en los pasajes históricos, aparece la Acordada N° 4 del año 2007 que, más allá de los cuestionamientos constitucionales que sufre por considerar que la Corte no puede por vía reglamentaria alterar normas que son propias del Congreso de la Nación, significó actuar con auténtica vocación docente, estableciendo un catálogo indicativo de formalidades propias para el recurso extraordinario federal.

La precisión se dispone no sólo para la impugnación prevista en el artículo 14 de la Ley N° 48, sino además para la queja o recurso directo. Con forma de anexo se enumeran los requisitos, y en el segundo punto del acuerdo se dispone requerir la integración de un formulario que sintetice el objeto de la presentación y el cumplimiento concreto de las solemnidades propias del recurso.

No vamos a reseñar ahora el contenido de la acordada, pero es menester adelantar que el primer punto de las "reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" reglamenta que "deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12)", mientras que en el recurso de queja se reduce a diez (10) páginas.

La acordada, a nuestro parecer, no busca aumentar el ritual, ni dar más solemnidades a un recurso que, por sí mismo, requiere de una técnica puntual. En cambio, persigue afanosamente convertir a la pieza en un riguroso escrito donde el recurrente señale con precisión cuál es la cuestión federal que le permite habilitar la intervención de la Corte. Obsérvese que el mismo formulario interroga sobre la decisión que pretende obtener del tribunal.

Al mismo tiempo, la acordada supone cambiar una costumbre arraigada en la redacción del recurso directo, cual es reiterar los argumentos del extraordinario sumado a la impugnación del auto que lo deniega. Si observamos que, ahora, se reduce a diez (10) páginas el escrito de interposición de la queja, es evidente que no se quiere la repetición innecesaria de fundamentos que ya están en el acto rechazado por el Superior Tribunal de la Causa.

Esta acordada se integra con otra del mismo año, la número 2, que varió significativamente el monto del depósito en el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada. Con ella, la Corte envió un mensaje restrictivo.

La Acordada N° 4 del 16 de marzo de 2007 tiene varios registros a considerar. No se trata, únicamente, de formalizar con el acuerdo de ministros el catálogo de requisitos necesarios para interponer el recurso extraordinario federal, sino de advertir los mensajes implícitos que tiene la disposición.

678. Naturaleza jurídica del instituto

El recurso en estudio es de apelación, aunque su procedencia sea extraordinaria. Recuérdese que proviene de la necesidad de revisar aquellas sentencias de notoria injusticia, que en palabras de Couture supone consagrar una nueva súplica ante el Superior, como aquellas que se realizaban en el recurso de mil y quinientas ante el Rey de España, que era el importe de la suma que debía depositarse para afianzar el resultado.[3693]

En la práctica supone agregar una nueva instancia, por consiguiente, se pretende restringir la extensión del proceso acotando los presupuestos de admisión. Es, de algún modo, la tendencia que comienza el Código italiano de 1940 cuando aumenta los poderes del juez y disminuye el número de recursos, o sea, el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta.[3694]

678.1 Cuestiones que admiten el recurso extraordinario

En nuestro país el recurso extraordinario tiene varias posibilidades. La jurisdicción apelada obligatoria que habilita la actuación de la Corte Suprema se encuentra en las siguientes vías:

a. recurso extraordinario de apelación contra las sentencias de Superiores Tribunales de provincia (art. 14, Ley N° 48);

3693. Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 349.
3694. Ídem.

b. recurso ordinario de apelación contra las sentencias de las Cámaras Nacionales de Apelación (art. 24, inc. 6, Decreto-Ley N° 1285/58);
c. cuestiones de competencia entre órganos judiciales que no tengan superior jerárquico común (art. 24, inc. 7, Decreto-Ley N° 1285/58);
d. conflictos entre jueces (art. 24, inc. 7, Decreto-Ley N° 1285/58);
e. recurso por retardo de justicia contra Cámaras Nacionales de Apelaciones (art. 24, inc. 5, Decreto-Ley N° 1285/58).

Sin perjuicio de ellos, la Corte puede intervenir también (decisión discrecional, si tenemos en cuenta lo previsto en el art. 280 del Cod. Proc.) en el recurso extraordinario por arbitrariedad manifiesta (o "nulidad" del art. 22, Ley N° 27); o por avocación superintendencial (art. 22, Reglamento para la Justicia Nacional; y mediante lecturas jurisprudenciales consolidadas, con la invocación de la "gravedad institucional" o la trascendencia relevante de la causa).

A todos estos supuestos de "apelación" en que la jurisdicción de la Corte argentina no viene impuesta como "obligatoria" por el legislador y en las que ya se han dictado una o varias decisiones judiciales anteriores, naturalmente aún es necesario adicionarle el conocimiento de las "causas originarias" que le atribuye el artículo 116 de la Constitución Nacional y, finalmente, aquellas decisiones que adopta como órgano administrativo.[3695]

678.2 El recurso extraordinario como apelación

La naturaleza del recurso como apelación extraordinaria no tiene coincidencia doctrinaria, aunque sea mayoritaria. Rodolfo Rivarola, por ejemplo, sostuvo que en realidad era un recurso de casación y no de apelación;[3696] para ello se basó en la consideración y objeto del recurso, donde los hechos no eran motivo de atención.

Rafael Bielsa dijo que era un recurso autónomo, como si fuera un tipo de revisión singular, dado que no podía ser una apelación

3695. Egües, Alberto, *El certiorari argentino*, *LL*, 1993-C-661.

3696. Rivarola, Rodolfo, "Federación Argentina de Colegios de Abogados", ponencia presentada en la Conferencia Nacional de Abogados, p. 176. Cfr. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional- Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 304.

pues de lo administrativo no se apela ante lo judicial.[3697] Sagüés critica ambas posturas:

> El problema es sumamente significativo, ya que si se concluyera que el recurso extraordinario no implica realmente una apelación, constituiría una vía inconstitucional para acceder a la Corte Suprema. El art. 101 (actual 117) de la Constitución Nacional, efectivamente, sólo posibilita llegar a la Corte originariamente o por apelación; y el recurso extraordinario no es un mecanismo originario de ingreso en la Corte Suprema, ya que el art. 14 de la Ley N° 48 lo programa como medio recursivo de sentencias ya dictadas por tribunales inferiores a ella. En resumen, el recurso extraordinario es un procedimiento de apelación, o es un recurso inconstitucional.[3698]

678.3 El recurso extraordinario como revisión constitucional

Desde otra perspectiva, el recurso es extraordinario porque permite que el Superior Tribunal de Justicia de la nación intervenga como remedio final de conflictos donde la interpretación de cláusulas constitucionales esté en disputa.

Por eso, afirma María Angélica Gelli:

> El recurso extraordinario federal constituye el instrumento procesal mediante el cual se habilita, en última instancia, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. En sus orígenes, ese recurso extraordinario federal constituyó el medio procesal establecido para mantener la supremacía del derecho federal sobre los ordenamientos locales, con la finalidad de asegurar la unidad jurídica de la Nación, en las materias delegadas [...]. Según se mire, el recurso extraordinario federal puede considerarse un instrumento técnico de admisibilidad del control de constitucionalidad o una herramienta política para extender o restringir el análisis de políticas públicas, en tanto ellas afecten la supremacía federal, causando agravios a los derechos reconocidos en la Constitución.
>
> Se diría que la caracterización de las cuestiones federales y la inclusión en ellas de la arbitrariedad; el saltar los óbices formales para admitir el recurso extraordinario, alegando gravedad institucional; la significación dada al concepto de sentencia definitiva en relación también con

3697. Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 748; Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional- Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 304.

3698. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, pp. 304-305.

la gravedad institucional, para abrir o cerrar el recurso extraordinario federal; la exigencia estricta del planteo oportuno de la cuestión federal, en cada ocasión procesal en que se suscite o, por el contrario, la aceptación del control de constitucionalidad de oficio; la admisión del *per saltum*, constituyen ejemplos de la jurisdicción discrecional de la Corte Suprema, consagrada por vía pretoriana, que facilitan al Tribunal las vías para mostrarse permeable a los intereses del gobierno o, en cambio, para nunca cuestionarlos y, de rondón, establecer la propia agenda.

La ampliación de la competencia apelada de la Corte Suprema a que dio lugar la flexibilización de los requisitos del recurso extraordinario federal, fue una de las causas invocada para la incorporación legal del llamado *certiorari* argentino o de denegación del recurso, por falta de agravio federal suficiente o planteamientos insustanciales o carentes de trascendencia. Como se advierte, el *certiorari* negativo, constituye la contra cara de la gravedad institucional mediante cuya invocación la Corte Suprema abrió el recurso pese a la existencia de óbices formales para su admisibilidad o a pesar de la inexistencia de estricta cuestión federal.

De su lado, el reconocimiento o no de la legitimación activa por parte de la Corte Suprema ha constituido otra de las llaves que han abierto o cerrado el recurso extraordinario federal. El tema devino en verdadera cuestión problemática a propósito de la amplitud de la legitimación acordada al afectado, al Defensor del Pueblo y al las asociaciones del sector social, registradas conforme a la ley, en materia de discriminación, de los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. Las recurrentes emergencias públicas y el empleo del amparo como remedio a las vulneraciones de los derechos constitucionales han agregado, si cabe, una incertidumbre más a las cuestiones sustantivas ligadas con el recurso extraordinario federal.[3699]

3699. El desmesurado crecimiento de la competencia extraordinaria de la Corte Suprema que la arbitrariedad y la gravedad institucional produjeron, se quiso remediar con la limitación del "certiorari", ya mencionado. Sin embargo, la innegable cuota de poder que ese instituto implica no ha solucionado el problema ni aliviado el trabajo del tribunal –porque de todos modos debe examinar si hay o no agravio federal suficiente- aunque merced a aquel y a su propia jurisprudencia la Corte ha adquirido un poder discrecional verdaderamente notable–. La discrecionalidad de la Corte Suprema para aplicar el "certiorari" ha llevado, en algunas ocasiones, a calificar de depredador al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial (Gelli, María Angélica, "Dilemas del recurso extraordinario federal", *LL*, 2004-A-1302; *Suplemento especial Emergencia. Económica y Recurso Extraordinario*, 2003 -diciembre-, p. 30).

La condición de recurso supone revisión de sentencia; lo de extraordinario tiene matices distintos. En la clasificación tradicional los remedios ordinarios se resuelven ante el mismo juez, en cambio, los recursos exigen la participación del superior jerárquico. Si la intervención es ordinaria, revisa los hechos y el derecho aplicado, mientras que si es extraordinaria, por vía de principio, la actuación se restringe a verificar la aplicación correcta del derecho.

Cuando la intervención suscitada es de la Corte Suprema, lo extraordinario es la gravedad del caso donde las cuestiones constitucionales se encuentran en controversia, por eso algunos prefieren llamarlo "recurso de inconstitucionalidad".[3700] Claro está que el conflicto constitucional provoca la necesidad de ocuparse de todas las cuestiones que puedan derivar en una violación al principio de la supremacía (art. 31, CN) y por eso las cuestiones de hecho que provocan una injusticia notoria no pueden quedar fuera de la revisión. De algún modo es el permiso que tiene considerar a la "arbitrariedad" como una causal implícita del artículo 14 de la Ley N° 48.

En la dimensión estricta de la técnica procesal, se llama recurso extraordinario porque tiende a evitar que una sentencia inconstitucional o injusta alcance el grado de cosa juzgada, porque de llegar al Estado no habría recurso sino revisión.

678.4 El recurso extraordinario como tercera instancia

Finalmente, cuadra interrogar si el tránsito por la Corte nacional conjetura estar en una tercera instancia. Alsina sostiene que pueden citarse casos de tercera instancia, por ejemplo:

> … las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de provincias terminan definitivamente el juicio, pero se concede contra ellas un recurso extraordinario de apelación, autorizado por el art. 14 de la ley 48, para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se ha debatido un principio de la Constitución Nacional y el pronunciamiento ha sido contrario al mismo. También las sentencias de las cámaras nacionales de apelaciones terminan los juicios seguidos ante la jurisdicción federal, pero se acuerda un recurso ordinario de apelación autorizado

3700. Guastavino, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, T. I, Buenos Aires, La Rocca, 1992, pp. 79 y ss.

por el art. 24 inciso 7º, de la Ley N° 13998 (antes art. 3 de la Ley N° 4055) en los supuestos que el mismo establece.[3701]

La obra clásica de Enrique García Merou propone que se interprete no como instancia plena, sino como etapa de estudio en revisión de la cuestión federal debatida, vale decir, como una tercera instancia reducida o restringida.[3702]

La jurisprudencia suprema, por su parte, entiende que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una tercera instancia ordinaria ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impide considerar el pronunciamiento como "la sentencia fundada en ley" a que refieren los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional –de acuerdo con el voto en disidencia de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti–.[3703]

Criterio que ratifica el sentido que tiene el recurso extraordinario, vale decir, que no tiene por fin revisar en una tercera instancia la apreciación otorgada a hechos y pruebas incorporados al proceso, o la interpretación asignada a normas de derecho común y procesal que es propia de la facultad de los jueces de la causa. No obstante, deben admitirse excepciones a tal criterio cuando la decisión cuestionada no cumple con los requisitos mínimos que la sustenten como acto jurisdiccional válido en el marco de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.[3704]

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso extraordinario cuando se cuestionan situaciones que no reflejan un problema constitucional, toda vez que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto

3701. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. I, p. 134.

3702. García Merou, Enrique, *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *op. cit.*, pp. 37-38.

3703. CSJN, Fallos: 330:3483, "Cuello, Patricia D. c./ Lucena, Pedro A.", *LL*, 2007-E-402, con nota de Domingo M. López Saavedra.

3704. Del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante que la Corte hace suyo (Fallos, 330:1503, "Guixa, Carlos P. c./ Banco Francés BBVA").

transformar a la Corte Suprema en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino más bien procura cubrir casos de naturaleza excepcional.[3705]

En las instancias previas se preserva esta corriente, que considera procedente denegar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró infundada la oposición deducida por el demandado al registro de una marca, toda vez que no se ha demostrado una ausencia de fundamentación que conduzca a la descalificación como acto jurisdiccional , ya que el recurso intentado no tiene por finalidad lograr la apertura de una tercera instancia revisora de las sentencias que se estimen equivocadas.[3706]

El carácter de instancia no significa que el conocimiento deba ampliarse o que las actividades puedan reproducirse. La fórmula del recurso extraordinario abre una instancia que comienza con la admisión del recurso y que se cierra con la sentencia. Por eso, corresponde declarar la caducidad de la instancia si transcurren los plazos procesales sin que medie actividad procesal impulsora por parte del recurrente, cuya misión fuera dispuesta, por ejemplo, mediante providencia simple.[3707]

3705. No corresponde revisar en la instancia extraordinaria la exégesis realizada por el Superior Tribunal provincial en el marco de sus facultades exclusivas, en tanto el recurso no tiene por objeto sustituir a los jueces del proceso en la decisión de cuestiones que le son privativas ni abrir una tercera instancia ordinaria para debatir temas ajenos a la competencia excepcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máxime cuando el fallo cuenta con argumentos suficientes que, aunque sean opinables, impiden descalificarlo por arbitrario (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo (CSJN, Fallos, 329:2941, "Benítez, Francisca Aída c./ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Prestamos de la Provincia del Chaco").

3706. CFed. Civil y Com., Sala III, "Argencard S.A. c./ Total", 25/3/2008, LL *online*. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal (CSJN, Fallos, 329:5520, "Luna, Nicolás Celindo c./ Instituto de Seguridad Social").
Si bien las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos no son, en principio, revisables en la instancia extraordinaria, máxime cuando se trata de pronunciamientos de Superiores Tribunales de provincia, tal principio reconoce excepción cuando lo resuelto implica un exceso de rigor formal que lesiona derechos constitucionales invocados por el recurrente, y conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos, 332:1616, "Yapur, Elvio Alberto c./ Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires").

3707. *V. gr.* la carga de remitir la causa al Tribunal Superior correspondiente no releva a las partes de realizar los actos necesarios para urgir su cumplimiento ante la omisión

Sagüés opina que no existe impedimento constitucional alguno, en el derecho argentino, para que un pleito tenga tres o cuatro instancias (en el derecho comparado, cabe recordar que algunas constituciones previeron expresamente no más de tres instancias, como lo hizo la de Cádiz de 1812 –art. 285–, al disponer que "en todo negocio, cualquiera sea su cuantía, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas").[3708]

679. Objeto del recurso

Para Esteban Imaz y Ricardo Rey, el recurso extraordinario es una apelación excepcional que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional;[3709] criterio que la doctrina más representativa repite y acepta.[3710]

Esta coincidencia la pone de manifiesto Augusto Morello al destacar la capital importancia que en el plano de la política jurídica constitucional tiene el recurso extraordinario y, sobremanera, cuando actúa para asegurar la eficacia del servicio de justicia.

En este aspecto ha dicho:

> ... el carácter es de una verdadera casación *in iudicando*, y su objetivo es el de permitirle a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ser el fiel intérprete

del órgano respectivo (CSJN, "Sivieri, Paula María y otro c./ Poder Ejecutivo Nacional", 12/5/2009, *LL*, 2009-D-133, con nota de Facundo Viel Temperley).

3708. Sagüés, Nestor, *Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 315.

3709. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Nerva, 2ª edición actualizada por Palacio, Lino y Rey, Ricardo, 1962, p. 13.

3710. Carrió sostiene que la Ley N° 48 del 14/9/1863 creó un remedio destinado a asegurar la supremacía de la Constitución nacional, y en general, de los actos federales conforme a esta... El recurso tiende, en términos generales, a asegurar el contralor judicial de constitucionalidad de las leyes, normas y demás actos de los gobernantes y sus agentes. De esta manera la Corte reserva y asegura para sí la última palabra al respecto, en cuanto intérprete final de la Constitución (Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, 2ª ed., [actualizada con la colaboración de Alejandro Carrió], p. 13). Bidart Campos compartía la función recursiva, como también Barrancos y Vedia que, además, sostenía que era una vía excepcional, que tenía como principal función la de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional (Barrancos y Vedia, Fernando, *Recurso Extraordinario y gravedad institucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 23).

> final de la Ley Fundamental –con lo cual mantiene y asegura la supremacía de sus principios y uniformidad de su interpretación–, preservar las garantías, la efectividad del proceso justo y la tutela eficaz de los derechos esenciales. Afirmar en concreto la misión de hacer justicia.[3711]

Quedan expuestas así las dos tendencias que tiene el objeto a perseguir. Una tesis que acentúa el control de las cuestiones constitucionales implicadas en los tres incisos del artículo 14 de la Ley N° 48, de forma que la intervención de la Corte es un reaseguro del control de constitucionalidad y de legalidad; y otra de mayor espectro que admite bosquejar desde el recurso extraordinario la eficacia del servicio jurisdiccional, es decir, proyectando desde la fiscalización del principio de supremacía cuestiones que no son directamente constitucionales (como el error, el desvío legal, la incongruencia normativa, el defecto fáctico de congruencia, la apreciación equivocada de la prueba, la arbitrariedad, etc.) aunque anidan y tienen protección constitucional bajo la garantía común del debido proceso.

Vale decir, sea una u otra, en ambos casos hay apoyos para decidir cuestiones constitucionales que figuran a la Corte como un auténtico "Tribunal de Garantías", de lo que deriva que, al no haber un Tribunal Superior, es a ella misma a la que le corresponde conocer de cualquier recurso a que hubiera lugar, como sucedía en la práctica antigua con el de súplica; y como actualmente sucede con el de revisión.[3712]

La dimensión del recurso extraordinario no se aumenta con esta perspectiva; solamente sitúa sus posibilidades y enmarca el objeto, que no es otro que provocar una doctrina constitucional y la interpretación justa de la ley. Además, reconocida por la Corte la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias, el tribunal genera una corriente que pone entre las finalidades del recurso la de encontrar soluciones razonables y equitativas, teniendo en cuenta que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes.[3713]

3711. Morello, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 1999 (2ª ed. con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello), p. 3.

3712. CSJN, Fallos: 24:199.

3713. Morello, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 10.

El interrogante que cuadra consiste en responder si la "arbitrariedad" de las sentencias es o no un caso constitucional, recordando para ello que el recurso sólo funciona con el estándar reglado de las cuestiones federales, donde la arbitrariedad es doctrina judicial que, como tal, podría abandonarse.

Sin embargo, pensamos que el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento, por la manifiesta carencia de motivos que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado. Son supuestos de extrema gravedad los que permiten invocar el desvío y procurar el arreglo a ese apartamiento palmario de la solución prevista en la ley.

La Corte no desdeña la posibilidad, pero marca el territorio anticipando que sus fallos no la autorizan a sustituir el criterio de los magistrados de la causa cuando el conflicto versa sobre situaciones distintas a las federales regladas.

Recuerda Morello:

> … desde que la Corte estableciera el precedente de Fallos, 184:137 sobre la arbitrariedad de las sentencias judiciales, se preocupó por fijar sus límites restrictivos, establecidos por el carácter específico con que está legislada, su jurisdicción extraordinaria, es decir, como apelación excepcional para el control de supremacía federal previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional, y como casación del derecho federal.[3714] En tal orden de ideas, el tribunal no dejó de advertir, en cuanta oportunidad se le presentó, que no es su función sustituir su propio criterio al que, en materia no federal, está reservado a los jueces de la instancia ordinaria, y que, por eso mismo, en tanto las sentencias contengan fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial, la doctrina de la arbitrariedad no es invocable en torno a supuestos de error en la solución acordada, incluso en los casos en que tal error pudiera existir a juicio de la misma Corte,[3715] pues el recurso extraordinario no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir en un fallo apelado, ni importa extender la jurisdicción de la Corte más allá de sus prerrogativas constitucionales y legales, sino que significa la afirmación de su jurisprudencia constante de rever toda resolución definitiva de cualquier autoridad del país, en la

3714. CSJN, Fallos: 248:189; 256:372; 261:223, entre muchos otros.

3715. CSJN, Fallos: 251:243; 254:505; 255:211; 261:223; 290:95 y 365, entre otros.

cual se haya planteado cuestiones que afecten principios constitucionales y aquella haya sido contraria a la letra, espíritu o supremacía de la Constitución o leyes nacionales invocadas.[3716]

Pero esta doctrina no es impermeable, porque la función del recurso extraordinario opera como proceso constitucional, en el sentido de advertir una función especial que obliga al activismo de los jueces y, en particular, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[3717] Se trataría, por consiguiente, de un medio apto para asegurar el reconocimiento de derechos fundamentales, garantizados por la Constitución, contra pronunciamientos gravemente contrarios a derecho o repugnantes a las pautas valorativas básicas que se desprenden de aquella. Si procediere contrariamente y no revisara la sentencia apelada, la Corte dejaría de actuar como tribunal cimero del control de constitucionalidad.

En otra banda de significativa importancia que en la experiencia del proceso lleva lejos la frontera de la apelación federal, abundan las decisiones que nucleadas en cuestiones de hecho, prueba, derecho común, derecho provincial o local, destacan que tales circunstancias no resultan óbice decisivo para abrir el recurso extraordinario cuando la sentencia recurrida satisface sólo en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación.[3718]

En suma, de lo que se ocupa el recurso extraordinario es de evitar que se menoscabe la justicia como valor cuando se avasallan garantías constitucionales; y pese al supuesto obstáculo que significa considerar hechos que manifiestan el absurdo o la arbitrariedad, ello no es causa de inhibición a la intervención reparadora del Máximo Tribunal, pues implícitamente se suscita una verdadera cuestión constitucional en aspectos circunstanciales pero cardinales para el adecuado desemboque del proceso y de la sentencia final.[3719]

3716. CSJN, Fallos: 158:78 y 186:497. Cfr. Morello, Augusto Mario, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL*, 1987-B-921; *Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales*, La Ley, T. IV, p. 717.

3717. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009T. III, en especial cap. LV.

3718. Morello, Augusto, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL* 1987-B-921; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, La Ley, T. IV, p. 717.

3719. Advierte Morello que este pensamiento que reflejamos no significa deducir que la Corte posea una jurisdicción omnicomprensiva, que le permita avocar el conoci-

Finalmente, es menester ponderar que a la justicia federal y la llamada justicia nacional les falta el Tribunal Superior de la causa, en el sentido de contar con un Tribunal Superior a las Cámaras de Apelaciones. De abortar el recurso extraordinario o de eliminar la doctrina de la arbitrariedad, seguramente ambas jurisdicciones caerían en la más absoluta incertidumbre.

En consecuencia, hemos de coincidir con nuestro maestro Morello cuando afirma:

> Ha de concordarse en un sinceramiento de la funcionalidad de la sentencia arbitraria en la vida jurídica argentina. La experiencia concreta y su evolución actual confirma la resonancia de esta institución que la erige en la pieza maestra que, dentro de nuestro sistema jurisdiccional, asegura -nada menos- la mejor forma de hacer justicia en concreto, en cada controversia particular, con unidad de fines en todo el país, en cuanto al deber constitucional que tienen los jueces de fundar, adecuadamente, sus fallos. Sin despeñarnos en una actitud libre, ni remotamente permisiva, se ha de enclavar a la sentencia arbitraria como un remedio extraordinario pero no excepcional, de regular funcionamiento, en el plafond asignado a la apelación federal.[3720]

miento de cualquier causa en la que no se haya realizado la idea vigente de justicia. De adoptarse tal temperamento, se establecería que la Corte Suprema argentina es la depositaria original de todo el Poder Judicial de la Nación y de las provincias, y que todos los demás órganos judiciales lo ejercen por una suerte de delegación. Convergentemente y en ese orden de ideas, también ha puntualizado que la jurisdicción de la Corte debe sujetarse a los límites que le fijan la Constitución y las leyes, sujeción en la cual la autoridad de sus fallos encuentra uno de sus más claros y sólidos fundamentos (Morello, Augusto, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL*, 1987-B-921; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, T. IV, p. 717).

3720. Morello, Augusto, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL* 1987-B-921; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, T. IV, p. 717).

Capítulo LXXXIX
El recurso extraordinario (2ª parte)
Arbitrariedad y trascendencia

680. Doctrina de la arbitrariedad

Cuando Genaro Carrió emprendió el estudio de la doctrina de la arbitrariedad en las sentencias, alertó que las referencias eran cánones mínimos para una adecuada prestación del servicio de administración de justicia, como rodaje indispensable de la garantía de la defensa en juicio.

> Como tales –esto es, como problemas técnicos– han sufrido en medida mucho menor que otros el impacto de las crisis políticas y sociales que, durante el lapso estudiado, padeció la comunidad argentina. Por ello, y en cierta medida, son susceptibles de ser aislados del contexto social y tratados con (relativa) independencia de este.[3721]

Esta advertencia, sumada a la prédica de no generar con la tesis cánones de validez supratemporal, ha conservado plena vigencia y con el activismo judicial y el trabajo de los juristas se ha conseguido un perfil de la arbitrariedad que la convierte en una cuestión constitucional implícita (por omisión) entre las causales que trae el artículo 14 de la Ley N° 48. En los hechos la arbitrariedad muestra una sentencia inconstitucional y por eso permite al Máximo Tribunal de Justicia de la Nación entender en el recurso.

El origen de la doctrina de la arbitrariedad se da como una suerte de superación del dogma impuesto por el restricto alcance de los tres incisos del artículo 14 de la Ley N° 48. A fines del año 1909, la jurisprudencia cimera comienza a ensanchar el terreno abonado por las cuestiones federales para entrar a remediar procesos donde la sentencia se muestra con error evidente al punto de ser arbitraria. No había pasado tanto tiempo desde la sanción de la ley cuando se advirtió la necesidad

3721. Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, *op. cit.*, p. 14.

de remediar aquellos pronunciamientos que, viciados por error manifiesto, tornaban al fallo en arbitrario e insostenible.

El famoso caso "Rey c./ Rocha"[3722] permitió a la Corte fundar la admisión del recurso extraordinario fuera de los cánones reglados, cuando se alteraba con la decisión el derecho de propiedad. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, dijo por entonces, y consideró que una sentencia que iba contra ese dogma, quedaba desprovista de todo apoyo legal y fundada, tan sólo, en la voluntad de los jueces. No era una interpretación errónea de la ley, sino una aplicación arbitraria tal como expone el *obiter dictum* del fallo.

Desde entonces, el tribunal comenzó a diferenciar entre sentencias arbitrarias y sentencias erróneas, permitiendo sólo las primeras y no las restantes en la admisión del recurso extraordinario. El error en la apreciación de la ley o en la estimación de contingencias sufridas en el litigio no reflejaron problemas de arbitrariedad, sino de faltas o deslices que tornaban al fallo imposible de revisar por la senda del carril extraordinario. Muchas veces se dijo que la gravedad del traspié era una cuestión técnica que no hacía arbitraria una sentencia en el sentido propio y estricto de la expresión, porque la existencia de error era por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se había desentendido de la ley y de la prueba sino que padecía una interpretación equivocada.[3723]

Por mucho tiempo se mantuvo esta diferencia, y recién en 1939 cuando dicta sentencia en la causa "Storani de Boidanich"[3724] refiere a la arbitrariedad del pronunciamiento que afecta el derecho de propiedad. Comienza entonces a bosquejar algunas líneas de interpretación para la doctrina, dando preferencia a dicho derecho individual. En este sentido el fallo sostuvo:

> La declaración constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso para ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces.

3722. CSJN, Fallos: 112:384.

3723. CSJN, Fallos: 207:72.

3724. CSJN, Fallos: 184:137.

En el caso se consideró violatoria del artículo 222 del Código de Procedimientos Civiles supletorio de la Ley federal N° 50 y del artículo 17 de la Constitución Nacional, la resolución que había modificado la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, que estaba cumplida por el demandado y ello, en consecuencia, significó privar a dos de los actores del derecho a la indemnización reconocido en aquella e incorporado a su patrimonio.

Desde entonces, no hay fallos rutilantes que muestren un avance progresivo, pese a que se incrementa la cita de cuestiones arbitrarias. Es más, cuando se analiza la jurisprudencia no se puede eludir la impresión que genera el tipo de cuestiones donde se aplica, básicamente impregnada de motivaciones políticas antes que de razones de carácter jurídico constitucional.

688.1 Desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad

A partir del año 1955 la arbitrariedad expande sus fundamentos; si bien se apoya en el derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y también en la naturaleza de la afectación sobre derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17, CN), pronto amplifica las cuestiones federales a materias que vician la construcción formal de la sentencia. Se califica ahora al pronunciamiento como arbitrario y se deja de lado la tesis del error.

La preocupación del momento es evitar que desde las sentencias se produzcan graves consecuencias que impacten no sólo en el derecho individual, sino en la extensión que puede conseguir el efecto jurisprudencial.

Se aclara, no obstante, que el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento, por la manifiesta carencia de motivos que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado.[3725] Asimismo se resguarda el carácter excepcional, pues sólo atiende supuestos de gravedad extrema en los que se verifique un apartamiento palmario de la solución prevista en la ley.

3725. CSJN, Fallos: 298:360.

La evolución es progresiva, los tiempos político-institucionales lo permiten, y de un plano estricto de control de constitucionalidad, el recurso extraordinario consigue desde la arbitrariedad penetrar en la razonabilidad técnica y discursiva que edifica la sentencia.[3726] Las cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que fueron imposibles de revisar por no ser cuestiones federales, tuvieron excepciones amparadas en la imposibilidad de consagrar injusticias notorias.

La Corte descalifica sucesivamente fallos que, a su juicio, tienen sólo fundamentación aparente, ya por carecer de verdadera motivación o sustento normativo; a veces por dejar a un lado las normas claramente aplicables al caso, otras por apartarse de los hechos probados

3726. Sostiene Morello: "Todo ello es así dado el carácter de aquella tacha, que no autoriza a sustituir el criterio de los magistrados de la causa por los de la Corte para resolver cuestiones no federales. En un resumen lapidario de los fundamentos de esa corriente, en la que nos parece destacado –esto muy respetuosamente–, se proyectan las luces de arrastre del clásico u ortodoxo recurso extraordinario, el plasmado en los tres incisos del art. 14 de la ley 48, se apiñan estas consideraciones: Desde que esta Corte estableciera el precedente de Fallos, 184:137 sobre la arbitrariedad de las sentencias judiciales, se preocupó por fijar sus límites restrictivos, establecidos por el carácter específico con que está legislada, su jurisdicción extraordinaria, es decir, como apelación excepcional para el control de supremacía federal previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional, y como casación del derecho federal (Fallos, 248:189; 256:372, entre muchos otros). En tal orden de ideas, el tribunal no dejó de advertir, en cuanta oportunidad se le presentó, que no es su función sustituir su propio criterio al que, en materia no federal, está reservado a los jueces de la instancia ordinaria, y que, por eso mismo, en tanto las sentencias contengan fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial, la doctrina de la arbitrariedad no es invocable en torno a supuestos de error en la solución acordada, incluso en los casos en que tal error pudiera existir a juicio de la misma Corte (Fallos, 251:243; 254:505; 255:211; 261:223; 290:95 y 295:365, entre otros), pues el recurso extraordinario no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir en un fallo apelado (Fallos, 172:149), ni importa extender la jurisdicción de esta Corte más allá de sus prerrogativas constitucionales y legales, sino que significa la afirmación de su jurisprudencia constante de rever toda resolución definitiva de cualquier autoridad del país, en la cual se haya planteado cuestiones que afecten principios constitucionales y aquella haya sido contraria a la letra, espíritu o supremacía de la Constitución o leyes nacionales invocadas (Fallos, 158:78 y 186:497)" (Morello, Augusto Mario, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL*, 1987-B-921; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, La Ley, T. IV, p. 717).

en la causa, también por presentar otros vicios emparentados con los que se acaban de mencionar e igualmente graves.[3727]

La casuística obligó a definiciones que precisaran cuándo se estaba, o no, ante una sentencia arbitraria. Carrió las estructura y asienta en tres pilares:

a. el derecho de propiedad en sentido amplio, es decir, aquel que trasciende los bienes y las cosas;
b. las acciones que muestran el desvío evidente de la sentencia que, como tales, constituyen una franca transgresión al adecuado servicio de la administración de justicia,
c. el derecho de defensa en juicio, por su impacto en el debido proceso adjetivo.[3728]

Fue también este autor quien elaboró una lista no cerrada de tipos de sentencias arbitrarias, a partir de una gran cantidad de pronunciamientos del alto tribunal. Ella se basa en la múltiple y heterogénea cantidad de vicios ("causales de arbitrariedad") que, según la Corte, justificaban dejar sin efecto una decisión por ser arbitraria.

Alineados con el apunte, se indican como motivos de arbitrariedad:

a. *el objeto de la decisión*. Es decir, cuando no se resuelven cuestiones planteadas o se deciden pretensiones inexistentes;
b. *los fundamentos normativos de la sentencia*. Cuando el juez al fallar se arroga el papel del legislador; o cuando prescinde del texto legal aplicable sin dar razón alguna; o si aplica una norma derogada o aún no vigente; o la sentencia tiene fundamentos de excesiva latitud;
c. *los fundamentos de hecho de la decisión*. Surgen cuando se omite considerar prueba decisiva; o se invoca prueba inexistente; o se contradicen otras constancias de los autos;
d. *cuando existe colisión interna del fallo o defectos de congruencia.* Tales omo la correspondencia entre los dos tipos de fundamentos y la conclusión; por ejemplo cuando se sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o se da un fundamento

3727. Carrió, Genaro, "Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)", *LL*, 1989-E-1131.

3728. Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, *op. cit.*, p. 39.

sólo aparente; o se incurre en excesos rituales; o el pronunciamiento es autocontradictorio;

e. *efectos de la decisión*. Cuando la sentencia vulnera los efectos de la cosa juzgada al dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.[3729]

La posibilidad de encuadrar en categorías a los supuestos de arbitrariedad es compleja y cada autor tiene sus inclinaciones y preferencias. A las trece (13) causales de Carrió se suman otras que la jurisprudencia crea o que la doctrina propone.

Morello, reuniendo las ideas de Bidart Campos, Linares, Vanossi y Palacio, entre otros, sugiere las siguientes:

1. Sentencias arbitrarias con relación al derecho aplicable:
   a. la que decide *contra legem* (en contra de la ley);
   b. la que carece de fundamento normativo;
   c. la que sólo se basa en afirmaciones dogmáticas del juez que revelan apoyo en su mera voluntad personal;
   d. la que se funda en pautas demasiado latas o genéricas;
   e. la que prescinde del derecho aplicable;
   f. la que se aparta del derecho aplicable;
   g. la que aplica una norma que no se refiere al caso;
   h. la que actúa derecho no vigente;
   i. la que invoca jurisprudencia que no se relaciona con el caso;
   j. la que se sustenta en una norma referida al objeto controvertido, pero la desvirtúa y distorsiona en la interpretación que de ella hace para el mismo caso;
   k. la que efectúa una interpretación irrazonable o arbitraria de la norma que rige el tema en decisión.
2. Sentencias arbitrarias con relación a las pretensiones de las partes:
   a. en orden al principio de congruencia: a') la que omite decidir sobre las pretensiones articuladas; a") la que excede las pretensiones de las partes, comprendiendo cuestiones no propuestas (el inciso a' implica defecto, y el inciso a" demasía);
   b. en orden a la prueba referente a las pretensiones: b') la que omite considerar pruebas conducentes, que se han rendido en el proceso; b") la que se dicta sin que el juez haya adoptado las medidas conducentes para descubrir la verdad material a través de los hechos y la prueba; b"') la que valora arbitrariamente

3729. Carrió, Genaro, "Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)", *op. cit.*; también, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, pp. 41 y ss.

la prueba, b"") la que carece de motivación suficiente en orden a los hechos y la prueba; b""") la que no toma en cuenta hechos notorios que es innecesario probar.

3. Sentencias arbitrarias en relación a la irrevisión o inmutabilidad de resoluciones o actos procesales:
   a. la que viola la cosa juzgada;
   b. la que incurre en exceso de jurisdicción, reviendo en la alzada cuestiones que, por no integrar la materia del recurso, adquirieron fuerza de cosa juzgada en la instancia inferior;
   c. la que viola la preclusión procesal;
   d. la que en el proceso penal incurre en reformatio in pejus.
4. Sentencias arbitrarias por exceso ritual manifiesto:
   a. la que ha desnaturalizado las formas procesales en desmedro de la verdad objetiva o material, utiliza excesivo rigor formal en la interpretación de los hechos o del derecho aplicable.
5. Sentencias arbitrarias por autocontradicción:
   a. la que usa fundamentos contradictorios o incomprensibles entre sí;
   b. la que en su parte dispositiva resuelve en contra de lo razonado en los considerandos que le sirven de fundamento.

Otro agrupamiento con criterios parcialmente diferenciables puede ser el siguiente:

En cuanto al tribunal:

1. por renunciar conscientemente a la verdad material u objetiva;
2. por despreocuparse evidentemente del adecuado servicio de la justicia;
3. por convertirse en legislador;
4. por exceso de jurisdicción.

En cuanto al derecho:

1. por apartarse inequívocamente del derecho vigente en relación con la causa;
2. por no ser la sentencia una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa;
3. por decidir dogmáticamente sin el debido sustento normativo;
4. por aplicar derecho no vigente;
5. por incurrir en exceso ritual manifiesto.

En cuanto a la prueba:

1. por omitir la ponderación de prueba decisiva;
2. por dar por probado lo que no lo está;
3. por afirmar erróneamente que no hay prueba.

En cuanto al litigio:

1. por violar el debido proceso;
2. por omisión o por exceso en la decisión respecto de las pretensiones y cuestiones propuestas, y de la relación procesal.[3730]

En suma, la creación de la arbitrariedad abre la intervención de la Corte a cuestiones no tradicionales, producto de la misma elaboración jurisprudencial del Superior Tribunal.

680.2 La arbitrariedad como cuestión federal

En nuestro país el ejercicio de este control de legalidad continúa los presupuestos procesales de viejas Leyes como la N° 27 y N° 48, que con el paso del tiempo no han modificado los requisitos de admisión del recurso extraordinario, en definitiva, la última vía posible para recuperar la fiscalización perdida o inoculada en instancias anteriores.

Aquí, cuando la Corte debiera obrar con aplicación y responsabilidad decide, en cambio, obstruir la plenitud del artículo 31 de la Norma Fundamental (que significa, al mismo tiempo, dejar sin aplicar las normas provenientes del derecho convencional proveniente del artículo 75.22), pues con la Acordada N° 4/2007 resolvió ocuparse más de lo formal y anecdótico que de las arbitrariedades locales (del fuero federal y nacional que no tiene, en los hechos, el derecho al recurso en los términos como lo exige el debido proceso) y de la absoluta inejecución en las provincias de las normas constitucionales, llevando al total descrédito del máximo órgano jurisdiccional de la Nación, y a la más compleja desconstitucionalización que desmorona la confianza social.

Las cuestiones federales del artículo 14 de la Ley N° 48 se espejaron en el derecho americano, pero el federalismo de allí era muy distinto al que existió en el derecho patrio. Fue incoherente entonces adoptar un régimen constitucional pensado con principios muy fuertes para una justicia también poderosa y confiable (en definitiva, este modelo de control también se llama "de la confianza en los jueces") en un país donde el regionalismo con sus caudillos, y Buenos Aires con sus problemas por la insistente autonomía, mostraban un esquema más europeo que americano.

3730. Morello, Augusto, *El recurso extraordinario*, con la colaboración de Rosales Cuello, Ramiro, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 3 ed., 2006, pp. 481/483.

Como la arbitrariedad no estaba prevista como cuestión constitucional, pese a que se trata de una vulneración al debido proceso, de base constitucional, la jurisprudencia recién analizada comenzó a permitir con suma discrecionalidad que el recurso extraordinario portara temas de arbitrariedad de las sentencias.

Y así, entre ajustes y desajustes, entre ampliaciones y restricciones, llegó la Acordada N° 4/2007, cuyo contenido previsto desfiguró el recurso extraordinario.

La base de lo expuesto nos pone dentro de un escenario preocupante. La Corte nacional prefiere seleccionar causas en orden a la trascendencia institucional[3731] sin ningún equilibrio, prudencia ni igualdad. No obstante, se trata de un problema de la discrecionalidad (que en el fondo es también una suerte de arbitrariedad), que no forma parte de este estudio. Aquí se quiere enfocar la cuestión en el ámbito del derecho.

A la pregunta "¿cuál es la dimensión del control de constitucionalidad?" se puede responder con dos propuestas: la primera, destinada a que se afiance el principio de la supremacía constitucional (art. 31, CN). En este aspecto, el objetivo es custodiar la Norma Fundamental con la misma orientación que tuvo el positivismo kelseniano: "La Constitución se defiende por ser intangible, y sus disposiciones se establecen de una vez y para siempre, y es deber de los tribunales evitar que se interprete en un sentido contrario al dispuesto".

La complejidad de este objetivo se confirma en la segunda propuesta: "El control de constitucionalidad lo ejercen todos los jueces, en el marco de una causa concreta y actual, donde el interesado (parte en sentido procesal) debe plantear la cuestión federal conforme alguno de los presupuestos contemplados en el artículo 14 de la Ley N° 48".

La dificultad que tenemos para aceptar este encuadre llega del modelo constitucional americano, cuya impronta marcó nuestra máxima carta de derechos fundamentales, persiguiendo que los jueces interpreten la Constitución y provoquen un resultado conforme.

En "Marbury vs Madison" se estableció:

> El principio de la limitación de poderes y de la supremacía de la Constitución escrita: El gobierno de los Estados Unidos tiene poderes limitados,

3731. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007", en *La Ley*, 2010-C, suplemento del 5 de mayo de 2010 pp. 1 y ss.

> y precisamente para que tales límites no sean equivocados u olvidados es por lo que la Constitución es escrita. La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, al igual que otras son alterables a discreción de la legislatura y entonces la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Todos aquellos que han establecido constituciones escritas las han considerado como *la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo.* Esta teoría está vinculada a las constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por este tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

La función de los tribunales, para Marshall, fue aplicar la ley correspondiente el caso, pero:

> Si dos leyes están en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular..., el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican.[3732]

Es decir, la relación entre objetivos y presupuestos está cambiada, porque la Constitución, cuando se interpreta, puede ser flexible y acordar una lectura propia de su tiempo (por ejemplo, si se dijera que la prohibición de esclavitud del art. 15 es inaplicable porque en Argentina hoy no hay esclavos, mientras que, con apertura, se podría aplicar el precepto para cualquier forma de esclavitud). En cambio, si la preferencia radica en una Constitución pétrea, sin dinamismo, los fines de protección se difuminan porque no hay posibilidad de pensar ni aplicar derechos o garantías sin atender los cambios sociales. Aún más, el pensamiento constitucional siempre elige la continuidad y persistencia de dichos derechos y garantías; ello consolida la seguridad jurídica,

3732. Amaya, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control de constitucionalidad*, La Ley, Paraguay, Asunción, marzo de 2012, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2012; Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, Rosario, 2014. También ver: "Marbury vs. Madison. O de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución", *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), pp. 1-22.

la previsibilidad de conductas, y la preservación del sistema, por eso la conducta de la sentencia que legisla es intolerable, como la que no existe por omisión intencionada.

Esto es cuanto ocurre en la actualidad. El marco legal que posibilita el recurso extraordinario son las causales del artículo 14 de la Ley N° 48, y las condiciones formales se regulan en el Código Procesal y en una acordada reglamentaria que deja pocas probabilidades de control efectivo.

Vale decir que el conjunto normativo quiere una actuación del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación sólo para causas concretas, donde la inconstitucionalidad no es posible porque, en su lugar, corresponde inaplicar la ley, dejando claramente establecido que la Norma Madre es una ley de fines, y como tal, el juez será la boca que exprese la voluntad divina de nuestros representantes creadores de aquella. Lo conflictivo del aserto no es el parámetro donde radica, sino el carácter desactualizado de los pilares donde asienta el control de constitucionalidad.

680.3 La arbitrariedad y el debido proceso

Argentina no tiene sólo en el artículo 31 el deber de fiscalizar el compromiso con la supremacía, sencillamente porque en la cúspide de la organización de los derechos hay una clara transformación que amplió la base, destruyendo el vértice pensado en los ideales de Kelsen.

Los derechos provenientes de Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos que se incorporan con jerarquía constitucional evidencian un plano más de libertades que de derechos, más de principios que de reglas, más de valores que de estándares. Es el fin de los paradigmas, sin que se haya prestado atención a cuanto supone trabajar con estas variables.

Es cierto que desde hace tiempo nuestra jurisprudencia aplica sin remilgos los derechos provenientes del llamado *bloque de constitucionalidad*, pero no existe el mismo ajuste en los parámetros de admisión del recurso extraordinario.

Hoy no se puede seguir pensando en custodiar una Constitución sin vida, ni acompañar el criterio de adecuación a fines estandarizados, como es inaceptable aceptar que la confusa redacción de las cuestiones federales siga siendo el templo donde invocar la intervención de la Corte Suprema.

¿Por qué no se puede seguir con esta idea? La respuesta está en el debido proceso. Y este no es el regulado en la Constitución dentro del artículo 18, que sólo focaliza el derecho de defensa e insinúa derechos específicos para el proceso penal, sin ocuparse de cada una de las actualidades que provienen de las normas del Pacto de San José de Costa Rica, y de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en resumen, pone en juego una garantía diferente. Lo que no quiere decir que el debido proceso actual deje de estar en la Norma Fundamental, porque sería afirmar que los derechos provenientes del artículo 75.22 están inertes o son sencillamente programáticos.

La Ley N° 48 sigue pensando en trances entre leyes y actos con la Norma Fundamental, pero hoy es un presupuesto esquivo con la realidad emergente del conflicto social. El problema no son los derechos, sino su efectividad, su aplicación, el conocimiento que de ellos existe, el reclamo que haga posible su ejecución, la omisión inconstitucional de cuanto se tenga por incierto o pendiente, y en suma, todo este conglomerado se protege desde el debido proceso contra la arbitrariedad.

El cambio radica en la constitucionalización del proceso y el derecho a la verdad. Sostener lo contrario supone consentir que el proceso sea un juego de ficciones entre partes, más no cuestionaremos ello, porque la idea es mostrar la controversia entre derechos.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema, en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses acoge adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de antemano que ello será para situaciones de excepción.

Con lo que tenemos, es muy poco probable que se consiga la efectividad en el control constitucional. Con jueces timoratos y fugitivos de su compromiso social, con normas previstas para un tiempo que se eterniza como si todo continuara como hace dos siglos atrás, todo conduce a una fastidiosa y cruda realidad. Se vive con normas envejecidas que conservan lozanía por la continuidad que la Corte nacional promueve, sin darse cuenta de que, *mutatis mutandis*, no hace más que perder prestigio, confianza y, lo que es peor, deja al pueblo sin el efectivo

equilibrio prudente de fiscalizar que la Constitución se cumpla, que en los procesos no cunda la arbitrariedad, que el legislador sea consciente del rol que representa, y que quien administra no sea un todopoderoso y se ampare en una democracia de mayorías.

681. La gravedad institucional

La gravedad institucional como factor de apertura al recurso extraordinario es también una herramienta argumental que exige suficiente demostración, aunque puede traerla de oficio el Superior Tribunal cuando considera que ella está presente y flexibiliza la aplicación de todos los presupuestos de admisión del recurso extraordinario.

El origen de la institución data de 1903[3733] cuando la Corte, en un asunto de contenido patrimonial donde podía estar discutido el alcance de sentencia definitiva (se trata de un juicio de apremio) permite la defensa del Estado ante una excepción interpuesta.

Es la Corte de Bermejo, y pese a que la integración del tribunal en este tiempo se caracterizó por el empleo de un método de interpretación indiscutiblemente literal e histórico, que condujo a un positivismo jurídico exagerado que privilegió los intereses del Estado sobre los derechos individuales; también hizo suya la aplicación dinámica de situaciones rituales que motivaron decisiones en las que se instrumentó la pauta de la "gravedad institucional".[3734]

Históricamente, la apertura fue acordada cuando los intereses del Estado podían quedar afectados, de manera que la gravedad fue leída con sentido patrimonial. Por ejemplo, pese al aspecto procesal de la cuestión, se toleraba el recurso cuando la solución podía afectar el régimen y regular funcionamiento del impuesto a los réditos;[3735] o si estaba alterada la prestación de un servicio público;[3736] o existían razones institucionales que obligaban a preservar la percepción de impuestos

3733. CSJN, Fallos: 98:309.

3734. Sahab, Ricardo, *El recurso extraordinario por gravedad institucional*, Buenos Aires, Ediar, 1978, p. 34.

3735. CSJN, Fallos: 197:426.

3736. CSJN, Fallos: 228:542.

nacionales.[3737] Después, comienza a citar la eventual restricción de garantías básicas de la organización nacional,[3738] en definitiva:

> … estos precedentes fueron configurando y preparando el terreno para el empleo de la pauta valorativa de la *gravedad* o *interés institucional*, excluyente de la sujeción estricta a ciertos requisitos de admisión del recurso extraordinario, como ser la exigencia de que la sentencia apelada sea *definitiva* o recaudos de índole procesal para su admisibilidad.[3739]

No obstante, no está bien perfilada la idea cuando se confronta el desarrollo jurisprudencial y se advierte que no todos son conflictos del Estado los que generan la apertura por gravedad institucional. A veces, el interés público, la trascendencia de los hechos, la urgencia en resolver, entre otros motivos, han permitido abrir el recurso invocando el permiso mencionado.

La causa "Antonio, Jorge" permitió explanar algo más, al punto que desde aquí se elaboraron proyecciones que expandieron el uso de la institución.

En el caso se trataba de resolver si los bienes que poseía el señor Jorge Antonio, que había sido funcionario del Gobierno justicialista derrocado por la llamada "Revolución Libertadora" en el año 1955, habían sido legítimamente obtenidos. El patrimonio registrable estaba interdicto, dando lugar a que los abogados del afectado requirieran la custodia en calidad de depositarios, lo que fue denegado en primera instancia, pero acordado por el Tribunal de Apelaciones. La Comisión liquidadora, representada por quien continuara su personalidad tras el cese de actividades de la "Junta de Recuperación Patrimonial", dedujo recurso extraordinario y, tras la admisión, la Corte resolvió lo siguiente:

> El recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte Suprema la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, con su decisión por ella […]. Así como la ausencia del interés institucional, que la jurisprudencia contempla con el nombre de "cuestiones federales insustanciales", autoriza el rechazo de plano de

3737. CSJN, Fallos: 230:469.

3738. CSJN, Fallos: 242:55.

3739. Barrancos y Vedia, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, *op.cit.*, p. 54.

la apelación extraordinaria, así también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte Suprema, superando los ápices procesales frustratorios de su control constitucional. Constituye cuestión institucional de gravedad lo atinente al alcance del art. 10 del decreto ley 5148/55, tanto por el carácter federal de sus disposiciones como por el orden de valor ético a que corresponden y la naturaleza de los bienes a que se aplican.
La representación del Estado, en los procedimientos de interdicción ante la justicia federal Decreto-Ley N° 5148/55 por estar encomendada al Procurador del Tesoro, hace dudosa la facultad de la Comisión Liquidadora de bienes transferidos al Estado Nacional para intervenir en los autos. Sin embargo, ello no obsta a la consideración por la Corte del fondo del asunto con motivo de la apelación deducida por la Comisión contra la sentencia que designa depositarios de algunos bienes a los representantes del interdicto antes del fallo sobre la intervención y denegada, en los hechos, al desconocerse la personería de la recurrente. Ello es así por la vinculación de lo resuelto con las funciones encomendadas al mencionado organismo y por la inexistencia de precepto expreso que vede su tutela judicial.[3740]

681.1 Posibilidades que ofrece el motivo

Sostiene Fernando Barrancos y Vedia:

... si volvemos la mirada hacia la doctrina de la gravedad institucional desenvuelta por nuestra Corte Suprema de Justicia y tenemos presente la sucesión de fallos en que la Corte hizo uso de tal pauta, llegamos a la conclusión de que el Alto Tribunal, en el desarrollo de un verdadero plan de acción para conservar nuestro sistema institucional y mantener la supremacía de la Constitución Nacional, se sintió habilitado por el orden jurídico para seleccionar los problemas que por la importancia de los intereses que afectaban no podían escapar del control constitucional de la Corte mediante la alegación de obstáculos de índole formal o procesal. Y al obrar de tal modo procedió ciertamente en el desempeño de una alta tarea de política judicial, impuesta por la firme defensa del orden constitucional y afirmada de tal modo como su más alta e ineludible función jurisdiccional.[3741]

3740. CSJN, Fallos: 248:189, "Antonio, Jorge".

3741. Barrancos y Vedia, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, *op.cit.*, p. 177.

La afirmación es parcialmente cierta, porque la gravedad institucional encontró reposo, también, en cuestiones que distaban de ser posibles de atención en los estrados superiores.

Testimonia ello el caso "Penjerek, Norma Mirta", que fue una joven secuestrada y hallada muerta en la década de los años 60. Era una causa penal, y el recurso llegaba por un tema procesal. Sin embargo, la Corte dijo:

> … la jurisprudencia con arreglo a la cual es improcedente el recurso extraordinario respecto de resoluciones atinentes a la recusación o inhabilitación de los jueces de la causa, por el carácter procesal del punto y la falta de sentencia definitiva, no obsta a su procedencia cuando, como en el caso, la recusación se vincula con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es elemento de la defensa en juicio.
>
> Procede el recurso extraordinario aunque la materia del pronunciamiento sea de carácter procesal, cuando lo resuelto reviste gravedad institucional, con miras a la debida preservación de los principios básicos de la Constitución Nacional.
>
> El pronunciamiento de la Cámara que declara no haber hechos controvertidos en una incidencia de recusación y prescinde de la audiencia oral que prescribe el art. 37 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires, rechazándola por infundada sin que aquella resolución se hallara firme, vulnera la garantía de la defensa en juicio, pues priva al recurrente de la oportunidad de alegar y probar en defensa de su derecho. El juicio a que la ley se refiere no es, sin más, la sentencia que pone fin al artículo.[3742]

Tantas son las excepciones que Sagüés considera que la gravedad institucional puede operar en cuatro supuestos: a) como factor de moderación de los recaudos de admisibilidad del recurso extraordinario; b) como nueva causa de procedencia; c) como motivo para suspender

3742. CSJN, Fallos: 257:132. La actual integración de la Corte sostiene: "… la gravedad institucional no puede confundirse con la repercusión periodística del caso si no se demuestra que la intervención de la Corte tuviera otro alcance que el de remediar –eventualmente– los intereses de la parte -del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-" (Fallos, 329:4783, "Vargas, Emilio Eduardo s/ p.s.a. de abuso sexual con penetración").

la ejecución de sentencias recurridas, y d) como pauta de selección de las causas a resolver por la Corte Suprema.[3743]

Lo cierto es que las posibilidades fueron evolucionando de acuerdo con el tiempo cuando se suscitaron. Así, como en la década inicial del siglo XX, la gravedad institucional se ofreció como ventana abierta para defender la renta pública; con la aparición en 1939 de la doctrina de la arbitrariedad aumenta la dimensión de ingresos a la Corte Suprema, esta vez generada por la grave perturbación que a la sociedad le provocaban los fallos del interior del país que respondían al caudillismo político imperante. Esta situación regresa como de relevante interés institucional cuando en 1947 cambia la composición del Alto Tribunal y desde 1949 hasta 1955 los fallos acentúan la aplicación de una nueva Constitución. Dice Jorge Vanossi:

> … en este período podríamos decir que predominaron las notas políticas, y, por lo tanto, la concepción más restrictiva del recurso por arbitrariedad, ya que *el superior siempre tiene razón y si se equivoca, más razón aún tiene*. Por lo tanto era muy difícil que la Corte –con la composición que tuvo en esos años– enmendara la plana a los jueces inferiores que, a su vez también, habían todos ellos sufrido una gran purga a raíz de que la reforma de 1949 puso en comisión al Poder Judicial, al requerir en todo el país un nuevo acuerdo del Senado y por lo tanto un nuevo pedido de acuerdo por el Ejecutivo para todos aquellos funcionarios que necesitaban para su estabilidad constitucional ese requisito.[3744]

Después de 1955, con la caída del peronismo, la Corte se renueva y profundiza la apertura del carril extraordinario. Las causales de expansión no son únicamente la gravedad institucional y la arbitrariedad, sino el dinamismo de la actividad que impulsa el tribunal y provoca nuevas instituciones, como el juicio de amparo. Esta época de activismo se prolonga un tiempo más hasta el momento en que la Corte queda abrumada por el exceso de causas. La situación imperante, especialmente, a partir de la década del setenta (inflación, convulsión política, etc.), la crisis de los ochenta (en especial, la económica e ins-

3743. Sagüés, Nestor, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso extraordinario*, *op. cit.*, T. II, p. 363.

3744. Vanossi, Jorge Reinaldo, "La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de certiorari criollo)", *Academia Nacional de Derecho*, 2000, p. 228.

titucional) y los singulares "noventa" (con los cambios de composición en la Corte y el uso excesivo de la doctrina de la emergencia) fue un péndulo constante en la apertura y cierre del recurso extraordinario.

De ahí que no sea fácil encontrar una definición clara para el instituto de la "gravedad institucional". Morello, atento con los tiempos y las circunstancias cuando la doctrina se aplica, insiste en que concurran estos datos: a) que lo decidido exceda el interés individual de las partes y ataña, de modo directo, al de la comunidad;[3745] b) que se vean afectados principios fundamentales de orden social y atinentes a instituciones básicas del derecho, toda vez que la intervención de la Corte, en supuestos contrarios, no tenga otro objetivo que remediar, salvo, eventualmente, intereses particulares.[3746] [3747]

En suma, la elasticidad con la que se mueve esta causal da muestra del grado de discrecionalidad que tiene, a tal punto que hoy está medianamente sustituido por el requisito de la trascendencia que incorporó la Ley N° 23774 en la reforma del artículo 280 del Código Procesal.

Al respecto, Guastavino opina:

> La doctrina de la gravedad institucional, en su primitiva etapa de creación jurisprudencial y en la ulterior marcada por la Ley N° 23774 involucra un concepto opuesto al de las cuestiones federales insustanciales. Estas autorizan la desestimación de plano de ciertas apelaciones extraordinarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional. La noción de cuestión insustancial ha sido utilizada expresamente en la legislación por la reforma del año 1990, mediante la Ley N° 23774, al art. 280 del mencionado Código Procesal. Desde ya conviene anticipar que no todas las cuestiones federales *sustanciales* importan cuestiones de *gravedad institucional.* Ello así, al menos, en el sentido estricto que caracteriza a esta última noción en la doctrina mencionada.[3748]

3745. CSJN, Fallos: 301:1045.

3746. CSJN, Fallos: 248:232; 249:119; 250:108; 257:132; 264:415; 265:96, entre otros.

3747. Morello, Augusto Mario, *Recursos extraordinarios*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 2000, p. 582.

3748. Cabría establecer la siguiente relación: si la cuestión no es sustancial o trascendente, no debería ser posible detectar gravedad institucional en la causa. Empero, la presencia de una cuestión sustancial o trascendente no bastaría para verificar la gravedad institucional. De existir cuestión federal sustancial o trascendente, es inapropiado que la Corte Suprema en ejercicio de la facultad selectiva discrecional que le confiere la Ley N° 23774 rechace el recurso extraordinario. Sin embargo, la sola exis-

681.2 Cuestión federal y gravedad institucional

Las dudas que tiene la gravedad institucional aplicada como "causal independiente" o como "excusa formal" se ponen de manifiesto con la contradicción jurisprudencial existente. La actual composición de la Corte sostiene que la gravedad institucional admite prescindir de ciertos requisitos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal.[3749] Sin embargo, fue dicho que este motivo lleva como finalidad superar el requisito sustancial de la inexistencia de cuestión federal.[3750]

Probablemente, la diferencia de criterios tenga causa en la distinción proveniente de adoptar a la gravedad institucional como un motivo independiente para argumentar el acceso a la Corte mediante el recurso extraordinario. En tal caso, al cuarto inciso no escrito del artículo 48, que implica la arbitrariedad de las sentencias, habría que agregar un quinto implícito para la gravedad institucional, respecto al criterio de flexibilización de causales que desarrolló la jurisprudencia, o la discrecionalidad pura que instaura la Ley N° 23774.

Recientemente el tribunal cimero pone de relieve la necesidad de fundamentar con independencia del resto de los requisitos (procesales y materiales) la cuestión de interés general que torne viable el supuesto de gravedad institucional.

En efecto, sostiene la sentencia:

> … la alegada trascendencia económica y jurídica del litigio no alcanza para configurar un supuesto de gravedad institucional, si no aparece fehacientemente demostrado que lo decidido en la causa, en torno al rechazo de la capitalización de intereses devengados por el monto de la condena, pueda afectar principios del orden social vinculados con instituciones básicas del derecho que autoricen a prescindir de los recaudos formales y sustanciales de la apelación extraordinaria intentada.[3751]

---

tencia de una cuestión sustancial o trascendente sería insuficiente para que se comiencen a aplicar los excepcionales efectos de la gravedad institucional, autorizando a prescindir de algún recaudo de la apelación extraordinaria del art. 14 de la Ley N° 48 (Guastavino, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, T. I, p. 349).

3749. CSJN, "Alsogaray, María Julia, 22/12/2008; *DJ*, 11/2/2009, p. 288, con cita de Fallos, 331:2799; 318:2611, disidencia del doctor Fayt; 325:2534; 326:183, entre otros.

3750. Morello, Augusto, *Recursos extraordinarios*, *op. cit.*, p. 575.

3751. CSJN, Fallos: 332:466, "Automotores Saavedra S.A. c./ Fiat Concord S.A.".

La atención fue puesta en la realidad económica y en la duración del pleito –casi 30 años–, donde un conflicto suscitado por la capitalización de intereses devengados por el monto de la condena, que por vía de principio son cuestiones fácticas y de índole procesal, ajenas a la instancia del artículo 14 de la Ley N° 48, permitió interpretar que había cuestión federal ante el menoscabo de los derechos de propiedad y de defensa en juicio, y desatención de las consecuencias patrimoniales implicadas.

Por ello, concluyó:

> … dada la inusitada duración del pleito, el rechazo de la capitalización de intereses del monto de la sentencia tiene suficiente relevancia institucional, a los fines del recurso extraordinario, pues, la falta de consideración de intereses adecuados, el premio a la conducta de quien no cumple con las reglas e incurre en mora, el impacto que ello tiene en la actividad económica y en el incremento de la litigiosidad innecesaria, justifica que la Corte Suprema intervenga, ya que, si se subsidian tales conductas –en el caso, el deudor se encuentra en mora desde 1976–, se consolida una regla que, indirectamente, afecta el derecho a un proceso que transcurra en un tiempo razonable.[3752]

Inclusive, la idea de singularizar el agravio se identifica cuando se lee: "… no basta con la invocación genérica de gravedad institucional sino que es preciso, además, demostrar qué perjuicios concretos por su magnitud o entidad trascienden el interés de la parte y afectan de modo directo a la comunidad".[3753] Estetemperamento será acentuado al exigir fundamentación autónoma, como se verá de inmediato.[3754]

Con esta perspectiva, anticipada en los causas "Mozzatti",[3755] "Riveros de Pacheco"[3756] y "Aída Fernández",[3757] se puede compartir que la

3752. CSJN, Fallos: 332:466, "Automotores Saavedra S.A. c./ Fiat Concord S.A.".

3753. CSJN, Fallos: 328:3061, "Austral Líneas Aéreas s/ excepción falta de acción".

3754. Si al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, la alzada lo concedió sólo en lo que respecta a la interpretación de las normas federales y no así en lo que atañe a la arbitrariedad y gravedad institucional, dado que la recurrente no dedujo recurso de hecho, la jurisdicción queda expedita en la medida de la concesión por el tribunal (Fallos, 329:2552, "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo").

3755. CSJN, Fallos: 300:1110.

3756. CSJN, Fallos: 294:430.

3757. CSJN, Fallos: 293:376.

gravedad institucional pasa a revestir, prácticamente, condición análoga a una cuestión federal.[3758]

De todos modos, es aventurado jugar con este encuadre, esencialmente por dos motivos: uno, por el sitio actual del artículo 280 del Código Procesal y la exigencia del recaudo de *trascendencia* para admitir el recurso extraordinario; otro, porque continúa la jurisprudencia que requiere demostrar la gravedad institucional del caso.

681.3 Parámetros de la gravedad institucional

Los parámetros a seguir, a nuestro parecer, son los siguientes:

a. demostrar que el tema excede el mero interés de las partes y afecta a un sector importante de la comunidad.[3759]

3758. Sagüés, Nestor, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. II, p. 366. También la jurisprudencia acompaña (con las oscilaciones ya advertidas) este criterio. Por ejemplo, cuando se dice que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario con sustento en la *invocación de la gravedad institucional,* pues aun cuando el recurso presente serias deficiencias formales y no se haya logrado demostrar cuál sería la norma con base en la cual debería entenderse que la interposición de recursos inadmisibles ante las instancias anteriores suspendió el curso del plazo para deducir el recurso de queja ante la alzada, la vía extraordinaria constituye el único medio eficaz para la tutela del derecho federal invocado -inmunidad de ejecución de los estados extranjeros (CSJN, "Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita", 14/6/2005, Fallos, 328:2391). Inclusive, en la reconocida solución del llamado corralito se dijo que, si bien el Decreto 214/02 constituye una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el art. 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad en lo que se refiere a la alteración del capital depositado en las entidades financieras, *razones de gravedad institucional* tornan prudente arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución (voto de la Dra. Carmen M. Argibay) (CSJN, Fallos, 329:5913, "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1570/01 y otro s/ amparo Ley N° 16986"). El recurso extraordinario contra la sentencia que al hacer lugar al recurso de casación resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley N° 22278 promueve cuestiones de índole federal en los términos del art. 14 de la Ley N° 48, *de gravedad institucional* y, *prima facie* considerado, también reúne los restantes recaudos de admisibilidad, por lo que corresponde habilitar la instancia extraordinaria y suspender la ejecución del fallo impugnado, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Fallos, 331:434, "García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/ causa N° 7537").

3759. El recurso planteado es formalmente admisible pues se ha objetado la validez e inteligencia de normas federales (Ley N° 25561, Decreto N° 214/02 y normas dictadas en su consecuencia) y la sentencia definitiva del Superior Tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3, de la Ley

b. se funde adecuadamente la trascendencia del caso o la repercusión social que importa al grado de alcanzar relevancia notoria que signifique interés institucional.[3760]
c. se enlace la argumentación de la trascendencia institucional con la cuestión federal implícita que permita concretar el control de constitucionalidad que se propone.[3761]

La tendencia actual del recurso extraordinario es restrictiva. No solamente expresada en la jurisprudencia que utiliza la Acordada N° 4/2007 como elemento desintegrador de los requisitos propios, comunes y procesales del remedio excepcional, sino aumentado en su rigor por la vía del artículo 280 del Código Procesal.

Se comprueba cuando está repetido que la invocación de la gravedad institucional solamente se tiene en cuenta para superar obstáculos de forma a la procedencia del recurso, pero no para suplir la inexistencia de cuestión federal o de arbitrariedad. Por ejemplo, sirve para excusar la sentencia definitiva que no existe;[3762] para aligerar cargas formales como la legitimación del recurrente, o para denegarla por el mismo motivo;[3763]

N° 48), *aparte de que media gravedad institucional porque el tema excede el mero interés de las partes y afecta a un sector importante de la comunidad*, invocándose además causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser tratadas conjuntamente, tarea para la cual la Corte no se encuentra limitada por los argumentos expresados por las partes (Fallos, 331:1040, "Fecred S.A c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria").

3760. La causal de gravedad institucional no puede prosperar si no fue objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable su configuración, ni se advierte que la intervención del tribunal en la causa tenga otro alcance que el de remediar eventualmente los intereses de la parte (Fallos, 329:1787, "Peralta, Joaquín Alberto c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva").

3761. La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella (Fallos, 328:2391, "Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita").

3762. Es inadmisible el recurso extraordinario contra la sentencia que no importa un pronunciamiento contrario a los derechos de las apelantes, sino sobre la improcedencia de la acción instaurada -por ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta- para poner en debate el respeto a esos derechos si tampoco existe gravedad institucional que justifique prescindir del requisito de sentencia definitiva previsto en el art. 14 de la Ley N° 48 (Fallos, 330:4606, "Comunidades Indígenas La Bendición y El Arenal c/ Refinería del Norte S.A. (Refinor) y Conta S.R.L. s/ amparo").

3763. El exceso incurrido por el juez, al reconocer una legitimación inexistente en la persona del peticionario, que se ha traducido en una inmotivada interferencia en la marcha de negocios públicos, de evidente importancia y repercusión político económica, configura un caso de gravedad institucional (Fallos, 313:863, "Dromi, José

para proyectar la necesaria y oportuna recaudación de la renta fiscal;[3764] o actuar sobre los intereses de la economía nacional.[3765]

No obstante, es imposible invocar la doctrina de la gravedad institucional sin fundamentarla adecuadamente y probar en su caso que ella es procedente. No es una causal asimilable a la arbitrariedad, aunque esta pueda constituir el motivo central del agravio; tampoco suple la cuestión no justiciable, si bien la revierte por la trascendencia que se exhorta.

En síntesis, no corresponde hacer lugar a la gravedad institucional si el punto no es objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia, o advierta a la Corte que su intervención es necesaria para remediar mucho más que los intereses de la parte.[3766]

681.4 Proyecciones de la doctrina de la gravedad institucional

La potestad excepcional de la Corte de suspender los procedimientos en circunstancias en que se ha acordado la ejecución de la sentencia apelada se halla limitada a los supuestos en que medien claras exigencias de orden institucional que, articuladas por la senda del recurso extraordinario, han encontrado recepción con el argumento de la gravedad emergente.[3767]

También el problema de la indefensión resultante de privar el acceso al recurso se estudia en la dimensión donde gravita el hecho en sí. Por ejemplo, deducida una acción de amparo fundada en que, si se decretase un feriado judicial como consecuencia del problema salarial y presupuestario por el que atraviesa el Poder Judicial de la Nación, el trámite de reconocimiento de un partido político quedaría interrumpido y se crearía un estado de indefensión y de negativa de justicia contrario al artículo 18 de la Constitución, habilitó a la Corte a sostener:

> La gravedad institucional puede ser invocada en el supuesto de utilizarse la vía recursiva del art. 14 de la Ley N° 48, solamente con el objeto

Roberto -Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación- s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional").

3764. CSJN, Fallos: 281:379.

3765. CSJN, Fallos: 279:291.

3766. CSJN, Fallos: 303:221.

3767. CSJN, Fallos: 247:460.

> de superar obstáculos de forma a la procedencia del remedio federal y no cuestiones sustanciales. De manera que sostener un supuesto de gravedad institucional no justifica el apartamiento del criterio según el cual la competencia originaria de la Corte se encuentra taxativamente limitada a los supuestos del art. 101 (actual 117) de la Constitución Nacional y no puede ser extendida ni limitada por las leyes que la reglamentan.[3768]

Empero, no es un razonamiento recurrente, y como dice Sagüés, "no siempre hay uniformidad, coherencia ni paridad de trato en la aplicación de la tesis del *interés institucional*. Un excesivo casuismo, sumado a una llamativa dosis de discrecionalidad, torna difícil encontrar estándares claros en esta discutible materia".[3769]

De todos modos, el riesgo de la discrecionalidad excesiva sopesa el respeto institucional por la confianza en los jueces. Esto lleva a sostener que la gravedad institucional es un elemento de justicia implícita para segurar la eficacia de la jurisdicción en asuntos donde la urgencia, económica o social, y aun en cuestiones de interés singular pero respetables por la proyección del perjuicio, necesita que la Corte actúe sin indiferencia.

682. El requisito de la trascendencia (*certiorari*)

El *writ of certiorari* es un precepto que introdujo la Ley N° 23774, tomado del sistema judicial de Estados Unidos de América, por el cual el Tribunal Superior puede entrar a considerar el fondo de una causa superando obstáculos formales de admisión. La diferencia está en que en nuestro país se le ha dado una práctica diferente, pues se le permite a la Corte Suprema inhabilitar la instancia federal sin dar otro fundamento que la discrecionalidad para seleccionar las causas, con la sola invocación del precepto para rechazar el recurso extraordinario, sea ya por falta suficiente de agravios, por ser cuestiones insustanciales o carecer de trascendencia alguna.

Con el sistema no se resuelve el acierto o el error de la decisión recurrida, porque la providencia es una facultad discrecional que se

3768. CSJN, Fallos: 312:640, "Orden y Justicia c/ Estado Nacional s/ recurso de amparo".
3769. Sagüés, Nestor, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, *op. cit.*, T. II, p. 387.

funda en la selección de casos que tenga para la Corte interés o trascendencia suficiente. Es decir, más allá de los cuestionamientos constitucionales que importe esta disposición, la Corte puede rechazar el recurso sin razones que no sean alguna de las siguientes:

a. simple invocación de que la causa no se trata de alguna de las cuestiones que el artículo 280 habilita (discrecionalidad técnica). Este temperamento es resistido por su contrariedad con el principio de que todas las sentencias han de ser fundadas;
b. cuestión federal insustancial, que supone la ausencia de alguno de los casos establecidos en el artículo 14 de la Ley N° 48 y que por ello acarrea la denegatoria;
c. cuestión insuficiente o carente de mínima fundamentación, en cuyo caso se invoca la ausencia de presupuestos o la falta de cumplimiento con los recaudos de la Acordada N° 4/2007.[3770]

En suma, *cuestión sin trascendencia* significa, en algunos casos, interés o gravedad institucional inexistente; pero algunos consideran que esto es también comprensivo de asuntos que, sin incidir en el interés de la comunidad, presentan una proyección jurídica económica.[3771]

3770. Para Sagüés "el nuevo art. 280 del Código Procesal alude, según vimos, a tres razones que autorizan nuestro *writ of certiorari*: a) *Falta de agravio federal suficiente*. Esta expresión ha sido criticada, y con motivo. ¿Cuál es la medida de lo 'suficiente' o de lo 'bastante'? ¿Cómo es posible imaginar que el derecho federal sea lesionado 'poco' o 'mucho'? ¿No es, acaso, un problema cualitativo, antes que cuantitativo, la infracción que una sentencia o un acto pueden hacer al derecho federal en juego? De todos modos, la nueva redacción del art. 280 del Código Procesal se remite a una reiterada terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. b) *Cuestiones insustanciales*. Bajo este rótulo la jurisprudencia de la Corte Suprema refiere, habitualmente, a recursos extraordinarios que objetan líneas jurisprudenciales firmes de la misma Corte, sin dar motivos valederos para apartarse de ellas. En tales hipótesis, puede haber 'cuestión federal' de por medio, pero ella es baladí o frívola, y no da lugar a la apelación federal extraordinaria. También se incluyen aquí supuestos de recursos extraordinarios que carecen de una fundamentación mínima; c) *Cuestiones sin trascendencia*. El concepto de 'trascendencia', en el recurso extraordinario, se vincula con el de 'interés' o 'gravedad' institucional. Dicho de otra manera, un recurso extraordinario es 'intrascendente', si no presenta un problema que tenga 'interés' o 'gravedad institucional' (Sagüés, Néstor Pedro, "El '*writ of certiorari*' argentino (Las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario)", *LL* 1990-C-717).

3771. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 204.

682.1 Antecedentes

Originariamente, en Estados Unidos, el *certiorari* fue pensando como un instrumento del control de constitucionalidad. La prevención sobre los fallos locales que pudieran impactar en el derecho de la confederación tuvo especial énfasis; pero tras la organización institucional federativa, el Poder Judicial se jerarquizó como último y fiel intérprete de la Constitución, de manera que aquel instituto se aplicó para evitar que, por cuestiones formales, quedara obstruido el principio de la supremacía.

En la historia ha quedado impresa la decisión de "Marbury vs. Madison" como la columna vertebral del sistema de fiscalización constitucional, pero lo cierto es que un número importante de inconstitucionalidades declaradas por la Corte Suprema de los Estados Unidos fueron sobre leyes estaduales que restringían derechos constitucionales. Esa extensión del control se hizo evidente a partir de la sanción de la Enmienda XIV, que, entre otras cosas, prohibía a los Estados el dictado de normas que privasen a las personas de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, o negasen a aquellas personas la igual protección de las leyes.[3772]

Posteriormente, el *certiorari* instaló el poder de selección de causas, ante la creciente cantidad de expedientes que llegaban a la Corte. Por entonces (fines del siglo XIX), los jueces supremos también eran jueces distritales, aumentando así sus funciones y demorando la decisión de causas radicadas ante la Corte Federal. Por ello, en 1891, se redacta la ley *Everts Act* con el fin de filtrar el acceso mediante la creación de las Cortes de Apelación.

3772. Gelli, María Angélica, "El '*writ of certiorari*' en perspectiva", *LL*, 1994-B-880. En este siglo, varios casos resonantes dan testimonio de ello, por ejemplo, "Brown vs. Board of Education" (Brown I) y "Brown vs. Board of Education (Brown II) (347 US 483 -1954-, y 349 US 294 -1955-, respectivamente. En estas sentencias se declaró que la segregación racial en las escuelas públicas violaba la enmienda XVI); "Roe vs. Wade" (410 US 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d. 147 -1973-. En este caso, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Texas que penaba el aborto en los primeros tres meses del embarazo, aunque sin pronunciarse acerca del momento en el que comienza la vida); y "Wisconsin vs. Yoder" (406 US 205, 92 S. Ct. 32 L. Ed. 2d. 15 -1972-) Aquí el tribunal amparó el derecho de los Amish –una secta religiosa muy antigua que vive en comunidad y separada del resto de la sociedad, aunque mantiene relaciones comerciales con ella– a no enviar a sus hijos a la escuela pública para cumplir con la obligatoriedad escolar de nivel medio.

En 1925, la ley de reformas profundiza el *certiorari* con el fin de acentuar la exclusión, y dejar vigente la discrecionalidad técnica para admitir que las cuestiones trascendentes o de interés jurídico relevante pudieran ingresar y mantener la uniformidad del derecho federal ante eventuales sentencias contradictorias dictadas por las Cortes de Apelación. El cambio disminuyó la jurisdicción apelada obligatoria de la Corte Suprema y aumentó la jurisdicción discrecional para admitir o rechazar recursos de acuerdo a la importancia de la cuestión, por lo que fue intensamente debatida.[3773]

682.2 Las reglas usadas como antecedentes

La Regla 19 de procedimiento deja en claro que el instrumento no es una cuestión de derecho, sino de discrecionalidad judicial. Una petición de *certiorari* (que es una de las formas de llegar a la Corte Suprema) es otorgada solamente cuando existen para ello *importantes y especiales razones*. En otras palabras, dice Bianchi:

> … más allá de la justicia del reclamo del peticionante, el tribunal sólo decide actuar cuando se encuentra frente a un caso que considere de importancia decidir. De ello se deduce, inmediatamente, que la denegación del *certiorari* no tiene valor como precedente. Si el caso es rechazado, el tribunal no sienta precedente alguno, ni compromete opinión sobre el punto. Incluso, no es necesario que se analicen todas las cuestiones presentadas. Pueden ser tomados los puntos que el tribunal desee.[3774]

La opción de tomar una causa y desechar otra depende, a veces, de la intervención que se requiere. Una de las alternativas es impetrar un *certiorari* que se podría colegir como un pedido de avocación; pero también el tribunal entiende por *apelación* (una suerte de recurso extraordinario federal) y por *certificación*, que es una especie de consulta que solicitan las magistraturas de apelación o provienen del tribunal de reclamaciones (*Court of Claims*), que refieren sobre el modo de resolver un litigio.

La discrecionalidad suele ser común en las apelaciones y en los *certiorari*, y de poca práctica en la consulta. Dichas reglas, si bien no

3773. Gelli, María Angélica, "El '*writ of certiorari*' en perspectiva", *op. cit.*.

3774. Bianchi, Alberto Alberto y Legarre, Santiago, "El 'certiorari' en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)", *LL*, 1993-C-841; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*; T. IV, p. 739.

controlan ni determinan totalmente la discrecionalidad de la Corte, indican la naturaleza de las razones que habrán de ser consideradas:

a. cuando un tribunal estadual hubiera resuelto una cuestión federal sustancial que no tuviera hasta ese momento precedentes de la Corte, o las hubiera decidido en forma contraria o contradictoria con el fallo del tribunal nacional;
b. cuando una Cámara Federal de Apelaciones ha dictado una sentencia contradictoria con la dictada por otra Cámara Federal de Apelaciones sobre el mismo tema;
c. o ha decidido una importante cuestión estadual o territorial de manera contraria al derecho estadual o territorial aplicable;
d. o haya sentenciado una importante cuestión de derecho federal que no tenga precedente de la Corte considerada imprescindible; o en su caso,
e. que la decisión fuera contraria o se hubiera apartado del curso normal y usual de los procedimientos judiciales, o
f. estuviera ratificado tal apartamiento por parte de un tribunal inferior, de modo de hacer posible el ejercicio por la Corte de sus poderes de supervisión.

Las mismas consideraciones tienen los casos que llegan del tribunal de reclamaciones, o en cuestiones de patentes y de aduana, o de cualquier otro tribunal cuyas resoluciones puedan, de acuerdo con la ley, ser revisadas mediante un *writ of certiorari*.[3775]

682.3 Procedimiento en Estados Unidos

El *certiorari* funciona como una resolución de la Corte Federal dirigida a un tribunal inferior en la que se requiere la remisión del expediente de que se trate, con el fin de revisar la resolución recaída. La orden se realiza después de actuar ante una petición concreta de parte interesada, que no es otra que aquella que, siendo parte de la causa, se considera perjudicada por la decisión judicial en los casos en que no procede el recurso de apelación.

El estudio de admisibilidad exige la conformidad de al menos cuatro (4) integrantes de los nueve (9) jueces que integran la Suprema Corte. Esta viabilidad reposa en muchos factores, el principal de

3775. *United States Supreme Court Digest*, vol. 17, pp. 17-18, ed. 1959.

los cuales es que el asunto haya tenido una gran trascendencia en la opinión pública. De tal manera el Tribunal Supremo puede, por ese medio, revisar sentencias definitivas de los tribunales estatales en conflictos (causas) en que se hubiera planteado una cuestión federal, cuando no exista apelación para dicha sentencia; igualmente, por ese procedimiento se pueden reconsiderar –fuera de la apelación–, las decisiones de los tribunales de segunda instancia y de los legislativos.

La determinación de los supuestos en que procede el recurso de apelación o en su lugar la petición del auto de *certiorari*, queda, en definitiva, al arbitrio exclusivo, discrecional de la Corte, a quien le corresponde decidir si el asunto al que se pretende apelar o revisar plantea o no un problema constitucional.[3776]

La importancia del caso es una cuestión prácticamente decisiva para la concesión del *certiorari*. Se explica:

> … aquellos conflictos que poseen una entidad tolerable, no son resueltos hasta que dos o más Cortes de Apelaciones se han ocupado de la cuestión. No interesa el conflicto que se suscite respecto de una ley derogada o que ha sido modificada de manera que no provoca ya la controversia. Se trata indudablemente de una aplicación de la doctrina de los casos abstractos. De todos modos la regla no es absoluta y el *certiorari* puede ser concedido si subsiste algún interés en resolver el caso. No se concede cuando el conflicto se suscita con una sentencia que ha perdido valor jurisprudencial por virtud de decisiones posteriores de la Corte Suprema. Se trata de una aplicación de la regla anterior, respecto de decisiones jurisprudenciales, que funciona también con sentencias producidas varios años atrás. Sin embargo ha habido casos en que se ha concedido mediando conflictos con sentencias de dieciocho (18) y veintidós (22) años de antigüedad. No se concede el *certiorari* cuando el conflicto no puede ser resuelto por esta vía procesal y se requiere de otra distinta. Tampoco procede si el conflicto planteado es irrelevante para la decisión del caso. Existe una tendencia a denegarlo cuando el conflicto se plantea con decisiones interlocutorias, ya que generalmente el *certiorari* queda reservado para las definitivas. Aun así, el conflicto jurisprudencial sigue siendo un medio adecuado de obtener la revisión vía *certiorari*. Estadísticamente, la Corte Suprema lo

3776. Morello, Augusto Mario, "El certiorari (Aproximación al modelo de los EE. UU. de América)", *LL*, 1985-D-1098.

concede, ante un mero conflicto, aproximadamente en el cincuenta por ciento (50%) de los casos en que la revisión es admitida.[3777]

682.4 Origen del *certiorari* en la Argentina

La necesidad de actualizar el mecanismo de selección de causas a resolver por la Corte Suprema de Justicia de la Nación llevó al Gobierno nacional a formar una comisión asesora integrada por los reconocidos juristas Germán J. Bidart Campos, Juan F. Linares, Héctor Masnatta, Augusto M. Morello, Guillermo Moncayo y Ricardo Colombres (Resolución N° 772/84 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, de reformas a la Ley N° 48 y normas complementarias referidas a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema), quienes propiciaron incorporar la institución americana.

La Ley N° 23774 redactó nuevamente el artículo 280 del Código Procesal siguiendo el dictamen de la comisión y quedó expuesto:

> Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Se tuvo en cuenta el consejo de Bidart Campos de agregar la "sana discreción" como pauta selectiva, y los primeros trabajos de la doctrina pusieron esperanza en que dicha facultad permitiría orientar al justiciable sobre el adecuado y útil remedio de la senda extraordinaria.

Morello sostuvo en 1990 (la modificación es de ese año):

> La reforma de la Ley N° 23774 profundiza un sistema impugnativo extraordinario donde ya existían cuestiones federales insustanciales (en las que no había razón de ser para el control federal); lo corporiza por una doble avenida: 1) ensanchando el carril de cuestiones insustanciales; y 2) con la copernicana cuña de la cuestión carente de trascendencia. Con lo que está dibujando otro rostro al recurso extraordinario, a fin de que dejemos de ser aldeanos a su respecto, y nos comportemos con una visión de más excelen-

3777. Bianchi, Alberto Alberto y Legarre, Santiago, "El 'certiorari' en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)", *LL*, 1993-C-841; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, T. IV, p. 739.

cia y excluyente, adjudicándole los asuntos importantes y dándole a la Corte el tiempo suficiente de reposo y estudio para definir esas cuestiones.[3778]

En 1992 Guastavino decía:

> La facultad de seleccionar causas a decidir se puede otorgar de diversas maneras. Una que se podría denominar *writ of certiorari* positivo, enuncia en qué supuestos, con cierta generalidad o vaguedad de términos, puede la Corte Suprema entrar a resolver los agravios planteados. Se agregarían a las situaciones del art. 14 de la Ley N° 48 ciertos condicionamientos genéricos relacionados con la significación de las cuestiones planteadas. Otra manera de encarar normativamente el problema, configurativa del *writ of certiorari* negativo, establece los casos en que la Corte Suprema puede rechazar el recurso extraordinario por la no satisfacción de ciertos recaudos adicionales a los del art. 14 de la Ley N° 48. Tales recaudos se conciben en términos muy amplios o generales, de la especie de los conceptos jurídicos indeterminados, a precisar prudencialmente en cada caso por el alto tribunal, tales como la falta de relevancia de la cuestión, su insustancialidad, etcétera.[3779]

La ilusión duró poco. Ya en 1994 Gelli advierte dos inquietantes cuestiones que habían generado polémica, como fueron las que autorizan a la Corte a elegir las causas en las que va a conocer, según su *sana discreción*, y decidir el *rechazo sin fundamentación*. La primera pretendió quedar resuelta sobre la base de considerar que, en realidad, la Corte no podía ser discrecional aunque lo quisiera, dado que la cuestión federal suficiente formaba parte de un concepto indeterminado que, como tantos, requería ser determinado en cada caso por el tribunal.[3780] Esta ingeniosa argumentación confrontaba, en definitiva, con el sistema constitucional y sus valores, poniendo en duda si era posible dejar en manos de la Corte la determinación de la cuestión federal suficiente y, también, las cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia.[3781]

3778. Morello, Augusto Mario, *La nueva etapa del recurso extraordinario. El "certiorari"*, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 1990, p. 111.

3779. Guastavino, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, T. I, pp. 466-467.

3780. Bianchi, Alberto, "El '*writ of certiorari*' en nuestra Corte Suprema (La "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado)", *ED*, 125-857.

3781. Gelli, María Angelica, "El '*writ of certiorari*' en perspectiva", *LL*, 1994-B-880.

La segunda crítica –la carencia de fundamentación en la decisión que deniega el examen–, que por entonces era exacerbada, pensó en la necesidad de indicar, al menos, cuál de las tres causales establecidas se estaba aplicando.

En un primer momento el trabajo estadístico creyó relevar la mejor defensa para el *certiorari*: las cuatro mil (4.000) causas promedio que trabajaba anualmente la Corte antes de la Ley N° 23774 podían haber bajado, pero no fue así. Con los años se multiplicó el número de expedientes, y quedó claro que el *certiorari* no era la mejor vía para la descongestión.

Sin embargo, podemos compartir con Gelli:

> … no es adecuado hacer una estimación del *certiorari* en abstracto y con independencia del contexto político social en el que la institución se aplica. De allí que el *writ of certiorari* es ambivalente y su valor como instrumento para una mejor administración del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema depende, en mucho, del sistema político global, del papel y consideración que el tribunal merezca a la opinión pública y del grado de desarrollo de las creencias sociales acerca de la importancia de la separación de poderes en general, y de la independencia de la justicia en particular. Y ello así, pues el *certiorari* implica, en teoría, un grado de poder discrecional de la Corte muy fuerte –puede rechazar recursos invocando una norma y sin fundamentar su decisión– siempre que pueda actuar libremente y que sus decisiones estén revestidas de autoridad –es decir, de poder moral– para la población. Si, en cambio, la Corte es débil, en términos de percepción social y está cercada por la acción político partidaria, el *certiorari* la debilitará aún más. En efecto, al no estar obligada a fundar el rechazo del recurso la escueta fórmula recibirá, en general, poca atención por parte de la opinión pública y, así, la presión política será menos visible pero más contundente.[3782]

683. Cuestionamientos de constitucionalidad

La sanción de la Ley N° 23774 fue objeto de varias objeciones. La Corte, por ejemplo, en la Acordada N° 44/1989 se opuso al aumento del número de jueces integrantes del Superior Tribunal, aunque acompañó la selección discrecional de casos afirmando que ello no iba contra el sistema democrático, sino que afirmaba las potestades

3782. Ídem.

jurisdiccionales, al mismo tiempo que reconocía una necesidad pragmática para reducir el número de expedientes.

La inconstitucionalidad del artículo 280, fue planteada sobre la base de considerar que violaba los artículos 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Ley Suprema. Esencialmente, el problema estaba en la eventual desigualdad que provocaría la selección discrecional de causas ante la hipótesis de expedientes vinculados dentro de los cuales uno no fuera admitido frente a otro que reciba el plácet de entrada. Está claro que lo inconstitucional no es la elección de cuál de entre ellos es más *trascendente*, sino la difusa valoración entre los *intrascendentes*, porque en igualdad de casos las soluciones deberían, por vía de principio, ser equivalentes.

El segundo conflicto con garantías sucedía con el derecho a tener una decisión debidamente motivada, pero no es en principio así el auto que "con la sola invocación de esta norma" –art. 280, Cód. Proc.–, podía expulsar del recurso extraordinario una causa eventualmente importante.

La apuntada "sana discreción" que nos consta fue prevista por Germán Bidart Campos con una intención diferente a la que después se aplicó, jamás eludió la garantía que salvaguarda la fundamentación de toda sentencia; omisión que no queda salvada con la remisión a facultades discrecionales.

Sagüés indica:

> La discrecionalidad sana parece referirse a un arbitrio legítimo, sensato, aproximadamente igualitario, y desde luego, no arbitrario, ni inequitativo, ni discriminatorio e irrazonable. En una palabra, la discrecionalidad sana es impuesta por la ley 23.774, y resultaría compatible con la Constitución. Pero la discrecionalidad no sana resultaría primero ilegal (por vulnerar el art. 280 del Código Procesal), y además inconstitucional (por atentar contra el debido proceso y la igualdad).[3783]

Inclusive, la denegación sin otro argumento que la voluntad infundamentada daría lugar a la aplicación del artículo 46, inciso 2 b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referida al acceso de las personas al sistema interamericano cuando el tránsito exigido por el derecho interno se obstruye indebidamente o se torna inútil y/o dilatorio.

3783. Sagüés, Néstor, "El 'writ of certiorari' argentino (Las reformas de la Ley N° 23774, respecto al recurso extraordinario)", *LL*, 1990-C-717.

La Corte, en una de las primeras observaciones que se efectuaron, salió del paso sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 280 del Código Procesal (modificado por la Ley N° 23774) debía plantearse en oportunidad de interponer el recurso extraordinario, ya que desde ese momento constituía una contingencia previsible que la Corte rechazara la vía intentada mediante el texto legal tachado de inconstitucional. No obstante esa inoportunidad, algunos dijeron que podían ser atendidos los agravios de conformidad con la consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por mediar óbices procesales (voto de los Dres. Rodolfo C. Barra, Augusto César Belluscio y Antonio Boggiano). No obstante, el permiso de análisis los condujo a sostener que el artículo 280 del Código Procesal faculta a la Corte a ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a esta; sin que la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación de dicha norma importe confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida.

En suma, el rechazo de un recurso extraordinario con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal implica que la Corte ha decidido no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso.[3784]

En realidad, debatir sobre la constitucionalidad de una providencia simple nos parece exagerado. El problema del recurso extraordinario no es la queja, que es una de las oportunidades para utilizar la selección discrecional que indica el artículo 280 del Código Procesal. Cuando el Tribunal Superior de la causa emite un interlocutorio que resuelve la admisión del recurso da razones a la denegatoria. El *certiorari*, puesto en práctica, no hace más que revisar el criterio de valoración de la cuestión constitucional y de la gravedad institucional que pueda tener la controversia, exigiendo al interesado que presenta el recurso directo que demuestre el equívoco de la providencia de rechazo, la que se debe atacar por inconstitucionalidad y no por nulidad, dado que esto no es un agravio federal.

3784. CSJN, Fallos: 316:64, "Rodríguez, Luis Emeterio c/ Rodríguez de Schreyer, Carmen Isabel y otro".

Además, el recurso de queja por denegación del extraordinario no es un remedio autónomo; sólo promedia cuando es necesario revisar la decisión adoptada por las cortes locales o por quienes sean los Tribunales Superiores de la causa, pudiendo seleccionar entre aquellos que considere conveniente.

Ahora bien, la crisis se puede plantear cuando concedido el recurso y, de acuerdo con el artículo 280 del código referido, se llamen autos a sentencia, la Corte pueda resolver aplicar su "sana discreción" y: a) rechazar por falta de agravio federal; b) por ser la cuestión constitucional insuficiente; c) por resultar una cuestión insustancial; o d) por carecer de interés o trascendencia, bastando en todos los casos con señalar alguna de estas causales sin necesidad de motivos o más agregados.

En estos casos, la denegatoria parece, al menos, violatoria del derecho a obtener una decisión fundada siguiendo el temperamento que se trata de un recurso admitido. Las posibilidades, no obstante, tienen caminos alternos. Uno de ellos es considerar que el Tribunal Superior no ha resuelto la cuestión constitucional y por eso tiene que devolver el expediente a tales efectos, pero manteniendo en suspenso la cuestión de pertinencia. Otro camino es considerar que fue mal concedido, en cuyo caso debería hacerse cargo de fundamentar las razones por las cuales lo sostiene, sin posibilidad de aplicar los supuestos indicados del artículo 280.

Cabe pensar, al cabo de estas reflexiones, que cuando la Corte decide aplicar el *certiorari*, las diferencias de criterios entre quienes así lo votan y los que argumentan la procedencia formal, no permiten visualizar esquema alguno que posibilite reconocer dónde está la trascendencia. Bien dice Oteiza:

> La falta de definiciones ha ido deslegitimando el uso de la herramienta ya que la Corte no ha fijado reglas claras sobre qué cuestiones son dignas de atención. En este sentido la sana discreción debe ser tratada con sumo cuidado para no dejar margen a la inseguridad que hoy pareciera estar presente.[3785]

3785. Oteiza, Eduardo, "El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema sin un rumbo preciso", *JA*, 4/2/1998.

684. El requisito de la trascendencia y la gravedad institucional

La incorporación del *certiorari*, tras la experiencia habida desde su consagración legislativa, ha sido útil para rechazar recursos extraordinarios con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal; y, al mismo tiempo, permitió tener un mecanismo de selección de causas cuando ellas se consideraron de trascendencia política o institucional.

Precisamente, al invocar la trascendencia como motivo, se entabla un paralelo con la "gravedad institucional" que, como vimos, fomenta una causal más en el cuadro de cuestiones federales que permiten la intervención de la Corte. El interrogante que se formula es saber si actúan con independencia, o uno sustituye al otro, o bien la trascendencia es un caso especial de gravedad institucional que obra en sus límites o con fronteras más amplias.

La relación directa entre *writ of certiorari* y gravedad institucional fue puesta de relieve por la doctrina y tomada en cuenta en los primeros fallos de la Corte después de sancionada la Ley N° 23774. En "Dromi" afirmó que "el objeto del proceso es de inequívoca sustancia federal y, por su trascendencia, exhibe gravedad institucional";[3786] pero paulatinamente fue confundiendo la relación para aislarla en algunos casos y unificarla en otros. El vínculo pareció asentar cuando se aceptaba el recurso extraordinario fundado en la protección de las instituciones básicas de la nación, o para proteger el orden institucional, o la emergencia económica, cuando no, por simples razones institucionales. Es decir, el nexo fue que la gravedad institucional era más importante que los purismos formales de forma tal que, por la vía del *certiorari* positivo, la trascendencia del caso permitía ingresar en un terreno que, *prima facie*, no ostentaba cuestión federal suficiente.

Para Gelli, la similitud entre el *certiorari* y la gravedad institucional deriva de que, en ambos, la Corte Suprema admite la revisión con fundamento en la trascendencia del caso. Y eso es todo, pues el primero fue establecido para restringir el control y el segundo para extenderlo.[3787]

3786. CSJN, Fallos: 316:64.

3787. Gelli, María Angélica, "El '*writ of certiorari*' en perspectiva", *LL*, 1994-B-880.

La jurisprudencia nacional fue definiendo la gravedad institucional con sentencias donde el concepto de *trascendencia* se releva más como adjetivo que como condición o presupuesto. De ahí que se indiquen situaciones trascendentes (relevantes) de carácter constitucional, institucional, bienestar público, etcétera, que impactan en la buena marcha de las instituciones. No obstante, la trascendencia también se aplica fuera de contextos, cuando se resuelve como presupuesto de admisión, sin tener en cuenta el compromiso con las instituciones básicas de la nación,[3788] las instituciones fundamentales del país[3789] o las bases mismas del Estado,[3790] donde la "gravedad institucional" toma cuerpo singular y la trascendencia actúa entre los recaudos procesales.

Sin embargo, en situaciones donde no hay cuestión federal la gravedad institucional sin mención de la trascendencia ha permitido entrar en el recurso extraordinario con el fin de preservar los principios básicos de la Constitución nacional en casos que conmueven a la sociedad entera,[3791] o cuando está afectada la buena marcha de las instituciones,[3792] o cuando se trata de un conflicto que afecta a la conciencia de la comunidad.[3793]

Puesto en práctica el *certiorari*, nos parece que la trascendencia excede la figura de la gravedad institucional. Con él se puede invocar el artículo 280 y rechazar el recurso extraordinario con laconismo (no conveniente pero legal), como es el modelo norteamericano (*certiorari denied*); o denegarlo por falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales; pero al mismo tiempo, el abogado que quiere anticiparse a una supuesta repulsa debe motivar la cuestión de trascendencia.

Por lo tanto, podemos distinguir las siguientes cuestiones federales: a) las directas y complejas que indica el artículo 14 de la Ley N° 48; b) las insustanciales pero de gravedad institucional; c) las que se fundan en la arbitrariedad de las sentencias, y d) las que ostentan

3788. CSJN, Fallos: 289:36; 292:229; 307:973.
3789. CSJN, Fallos: 238:391.
3790. CSJN, Fallos: 306:250.
3791. CSJN, Fallos: 257:132.
3792. CSJN, Fallos: 300:417.
3793. CSJN, Fallos: 300:1110.

trascendencia e interesan no sólo a las partes en el litigio sino también a la comunidad o a algún sector de ella.

684.1 La determinación de lo trascendente

La ausencia de orientación jurisprudencial sumada a la discrecionalidad poco metódica de los fallos de la Corte impide generar un esquema en el que encuadrar situaciones donde la trascendencia pueda apoyarse siguiendo la actual tendencia de la Corte:

> … no obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes.[3794]

Con esta pauta, se puede ofrecer una visión probable de cuestiones trascendentes. La primera llega de la mano de las que, indudablemente, son *cuestiones federales o constitucionales*, cuya relevancia está implícita en el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes. Si se espera que la Corte Federal sea la última intérprete de la Norma Fundamental no se ve posibilidad alguna para rehuir de esa misión con el argumento de la intrascendencia. En estos casos, el problema de eludir el recurso por ausencia de cuestión federal no es posible, por lo cual, como dice Guastavino "de existir cuestión federal trascendente sería incorrecto que la Corte Suprema en ejercicio de la facultad selectiva discrecional conferida por la Ley N° 23774 rechazase el recurso extraordinario".[3795]

En segundo lugar, aparecen los *conflictos normativos derivados de leyes infraconstitucionales*, que al ser cuestiones federales tienen el mismo estándar que el recién expuesto. Aunque según Sagüés:

> … hay que distinguir entre interpretación de un precepto de derecho federal, y aplicación del mismo. La interpretación de una norma tiene comúnmente proyección (al menos eventual) a otros litigios. La aplicación

3794. CSJN, Fallos: 332:1488, "Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo - recurso de casación e inconstitucionalidad".

3795. Guastavino, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, T. I, p. 488.

> (o efectivización de una regla a un caso concreto), puede que sí o puede que no, y de darse esta última situación, carecería de "trascendencia".[3796]

El tercer orden de análisis se da con las *sentencias arbitrarias* que, según nuestra opinión, son pronunciamientos inconstitucionales porque violan el debido proceso en cualquiera de sus manifestaciones. Este es uno de los aspectos más conflictivos, porque la tendencia de la Ley N° 23774 fue, justamente, eludir con el *certiorari* los recursos fundados en la arbitrariedad, basados en lo *insustancial* o *intrascendente*.[3797] Los tipos de arbitrariedad repercuten en la validez del fallo e inciden en los derechos de las partes y, a veces, se proyectan por la extensión y efectos de la cosa juzgada y el peso de la jurisprudencia.

Que sea una cuestión procesal (*v. gr.* omisión de considerar prueba esencial) no disminuye el sacrificio al derecho de defensa en juicio, la inviolabilidad del derecho de propiedad o el derecho a la eficacia de la prestación del servicio jurisdiccional. Como consecuencia de ello, se comparte:

> … las reformas establecidas en la Ley N° 23774 sólo justifican extremar el rigor para considerar manifiestamente arbitrarias a las sentencias, pero en modo alguno –una vez acreditada esa palmaria causal descalificatoria de los pronunciamientos recurridos– pueden justificar el rechazo por intrascendente del recurso extraordinario donde se impugne la sentencia por tales vicios evidentes.[3798]

3796. Sagüés, Nestor, "El '*writ of certiorari*' argentino (Las reformas de la Ley N° 23774, respecto al recurso extraordinario)", *LL* 1990-C-717.

3797. Ídem. Para Sagüés hay que distinguir la arbitrariedad normativa de la fáctica. En materia de *arbitrariedad normativa*, los maxierrores de interpretación tendrán generalmente trascendencia, ya que una exégesis insalvablemente errónea, absurda, imprudente, inequitativa, etc. de una norma, importa un problema que puede exceder el mero interés de las partes y proyectarse a otras situaciones. Los maxierrores de aplicación, en cambio, podrán o no tener trascendencia, según las distintas situaciones. En cuanto la *arbitrariedad fáctica*, los maxierrores en la valoración de las pruebas (*v .gr.*, omisión de probanzas decisivas; sentencias basadas en pruebas inexistentes, o que no realizan una meritación razonable de las pruebas, etc.), conciernen habitualmente nada más que al caso específico donde se presenta el vicio, y no se proyectan (dada su singularidad) a otros expedientes. No habría pues aquí -en principio- "trascendencia". En síntesis, la "trascendencia" se emparentaría, *prima facie*, con asuntos de interpretación normativa, antes que con problemas de aplicación o de arbitrariedad fáctica.

3798. Guastavino, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, T. I, p. 491.

El cuarto eslabón está puesto para las sentencias de *gravitación institucional*, que importan en sí mismas una cuestión federal trascendente, que debe demostrarse en la fundamentación del recurso. Es aquí donde la jurisprudencia del Tribunal Superior muestra su divagar, porque desde el caso "Jorge Antonio"[3799] al presente, una misma línea de situaciones tiene interpretaciones distintas. Creemos así que no es sólo la Corte quien debe orientar, sino el abogado, también, el que debe justificar razonadamente por qué entiende que el problema trasciende el interés de las partes.

El último escalón se instala con la *trascendencia, propiamente dicha*. Esta es la repercusión social, la evaluación de los efectos, la significancia del fallo, la urgencia del conflicto, etcétera. Para ellos el requisito de la cuestión federal es "intrascendente" aunque siempre exista una cuestión constitucional implícita, dado que todos los derechos tienen un fundamento directo o mediato en la norma básica del Estado. Con esto quiere significarse que un asunto sin trascendencia normativa puede contar con trascendencia social, y entonces resultaría irrechazable el recurso extraordinario.[3800]

684.2 Fundamentación de la trascendencia

La contrariedad que refleja la trascendencia se evidencia al ser una facultad discrecional para seleccionar causas, en lugar de disponer que el recurrente, al interponer el recurso extraordinario, funde la trascendencia suficiente del caso para movilizar la intervención de la Corte nacional. De este modo, se salvaguardaría la bilateralidad y contradicción necesaria, en lugar de correr el riesgo del abuso con una herramienta técnica que trabaja para expulsar antes que para dar acceso a la justicia. Por ello, la trascendencia no se debe considerar en el cuadro de las cuestiones federales, sino en el marco de las potestades discrecionales de elección de recursos que posee la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No es, entonces, una potestad del Superior Tribunal de la Causa, quien pese a la delegación de facultades que le hace la Acordada N° 4/2007 no alcanza a lo que es resorte exclusivo del máximo órgano jurisdiccional.

3799. CSJN, Fallos: 248:195.

3800. Sagüés, Néstor, "El '*writ of certiorari*' argentino (Las reformas de la Ley N° 23774, respecto al recurso extraordinario)", *LL*, 1990-C-717.

Esto provoca una conmoción técnica porque si la "gravedad institucional" se suma como cuestión federal implícita, ella puede denegarse o desconocerse en la etapa de admisión del recurso, pese a la revisión que se suscita con la queja o recurso directo. Lo mismo sucedería con la trascendencia desvinculada de lo puramente relevante por razones de política institucional o por el orden público emergente, en la medida que, tratándose de una potestad discrecional, no admite traslados a quien la ley no le concede tales atribuciones.

En consecuencia, la actuación del abogado en el recurso es fundamental por varios motivos: ya sea por la rigurosidad formal del medio de gravamen que exige acabados conocimientos sobre la fundamentación autónoma de cada requisito; porque se tiene que demostrar la trascendencia del caso, la gravedad institucional emergente o, llegado el caso la arbitrariedad correspondiente que se denuncia. Y todo ello con una mirada común: evitar que la Corte invoque el *certiorari*.

Aunque sea diferente la técnica de nuestro recurso extraordinario con el de las peticiones de *certiorari* del sistema americano, se ofrecen pautas de ineludible atención. Toda presentación tiene que portar enumeradas y ordenadas:

1. las citas de las disposiciones legales que establecen la jurisdicción de este tribunal;
2. una referencia a la sentencia, resolución u orden cuya revisión se solicita, incluyendo el nombre y número del caso, el tribunal que dictó la sentencia, resolución u orden, la fecha en que se dictó, la fecha en que esta fue notificada, y en casos apropiados, la fecha en que se archivó en autos copia de la notificación de la sentencia; además, en casos que hayan originado en el tribunal de distrito o en una agencia administrativa, o que hayan pasado del Tribunal Superior a la división de apelaciones de dicho tribunal la información anterior se suministrará para cada una de las etapas del caso;
3. una breve relación de los hechos del caso que sean relevantes a la petición de *certiorari*;
4. un señalamiento breve y conciso de las cuestiones de derecho planteadas por el recurso; y
5. el argumento de las cuestiones planteadas.

Inclusive la simetría formal se aumenta con la Acordada N° 4/2007, dado que la formulación del *certiorari* necesita de una cubierta de la petición que tiene solamente en el epígrafe: el nombre, dirección y teléfono del abogado del peticionario y el nombre, dirección y teléfono del abogado o abogados de las demás partes. Inmediatamente después habrá un índice detallado de la petición.

En Puerto Rico, por ejemplo, la petición no puede tener más de veinte (20) páginas, índice y apéndice exclusive. Forma parte de la petición un apéndice que contiene una copia literal de: 1) las alegaciones de las partes; 2) la sentencia, resolución u orden del Tribunal Superior (incluyendo las conclusiones de hecho y de derecho en que se funda) cuya revisión se solicita; y 3) cualquier otra resolución u orden, o escrito de cualquiera de las partes, que forme parte del legajo en el Tribunal Superior y en que se discuta expresamente cualquier asunto que se plantee en la petición de *certiorari*; y 4) cualquier otro documento que forme parte del récord en el Tribunal Superior y que pueda ser útil a este tribunal para tomar su decisión sobre la expedición del auto.

No se permite la presentación de un memorando de autoridades separado, se debe incluir la argumentación y fundamentos de derecho en el mismo cuerpo de la petición. El peticionario notifica la petición a todas las demás partes. Dentro de los diez (10) días de dicha notificación, las otras partes, si así lo desean, pueden presentar memorandos en oposición a que se expida el auto de *certiorari*, y tales memorandos no puden tener más de quince (15) páginas, índice y apéndice exclusive.

La mera radicación de una petición de *certiorari* no afecta en forma alguna los procedimientos en el tribunal de instancia, a menos que este tribunal, *motu propio* o a solicitud de parte, dicte una orden a tales efectos. La pretensión de que se dicte una orden de este tipo se puede hacer en cualquier momento luego de radicada la petición de *certiorari*; pero siempre debe hacerse en una moción separada y debidamente fundamentada.

684.3 La Acordada Nº 4/2007 CSJN ¿abandona el requisito de la trascendencia?

El alistamiento del *certiorari* en la etapa de admisión del recurso extraordinario debilitó notablemente el uso de la arbitrariedad y

concretó un freno al activismo judicial que mostró la Corte de los años 1984/1990. Antes que un *self restraint* o un regreso a las cuestiones no justiciables, el uso discrecional del artículo 280 del Código Procesal entronizó la *trascendencia* como eje de la selección de causas.

Para este comportamiento influyó decisivamente la vinculación del tribunal al Gobierno central. Había un *estilo global* que prefería el gobierno por decretos contra el imperio de la ley. La Corte justificó el uso incalificable del argumento de la necesidad y urgencia (caso "Peralta"), pero actuó con disparidad en otras cuestiones como el derecho de propiedad frente a los derechos individuales. En la síntesis, hubo una clara retracción de la doctrina de la arbitrariedad sin que fuera un modelo en retirada.

La preocupación de ello fue objeto de claros señalamientos de la doctrina. Morello, por ejemplo, sostenía:

> Mientras las fallas del servicio subsistan (déficit en el nivel de motivación de las decisiones de instancia) no cabe sino el funcionamiento de ese reaseguro último para la recta prestación de la justicia y merced al cual mantiene la confianza el edificio global. Una cosa es cortar el abuso y otra cancelar un instrumento que al ser usado responsablemente afianza la justicia.[3801]

Lo cierto es que la continuidad de la incertidumbre para precisar cuándo una causa era o no trascendente se mantuvo (se mantiene) por mucho tiempo hasta que en el mes de marzo de 2007 (16/3/2007), una nueva integración del tribunal, que en el año 2006 (Ley N° 26183) pasó a quedar compuesta por siete miembros con la intención de volver al número de cinco (5) tal como era en sus orígenes en 1860, dispuso poner en marcha la Acordada N° 4/2007. Ya tendremos oportunidad de estudiar completamente esta reglamentación del recurso extraordinario, pero en la antesala corresponde responder el interrogante que titula este parágrafo.

La acordada tuvo la fina intención de esquematizar la técnica recursiva, ofreciendo instrucciones y formularios que se completan a los fines de interponer ante el Superior Tribunal de la Causa el recurso extraordinario, o ante la Corte Federal cuando sea el caso del recurso directo.

3801. Morello, Augusto, *Actualidad del recurso extraordinario*, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 1995, p. 81.

En el texto se lee que es obligación del interesado cumplir con los recaudos procesales, y en especial hacer un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. Además, se debe indicar el momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, cómo lo mantuvo con posterioridad.

El centro de atención se pone en las cuestiones federales, y el recurrente debe demostrar que el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; además de refutar todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas.

Es obligación fundamentar y confirmar la afirmación de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas. Estos deberes de fundamentación se refuerzan más adelante con la exigencia de ser precisos y puntuales en los motivos, dado que no es posible la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores, ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso que fue sometido a consideración de los jueces de la causa.

En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva.

Esta única mención a la "sana discreción" es lo que vincula la acordada al artículo 280 del Código Procesal, aplicable en todo caso para admitir recursos que sin resultar "trascendentes" puedan tener suficiencia técnica, o sean interpuestos en *forma pauperis*, es decir, aquellos casos presentados en defensa penal de personas desvalidas o privadas de la debida asistencia letrada.

En consecuencia, si el examen de admisibilidad del remedio federal consiste básicamente en apreciar si cumple con los artículos 14 y 15 de la Ley N° 48, el artículo 257 del Código Procesal y el reglamento aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la acordada que se recuerda, bien podría afirmarse que la trascendencia se conserva únicamente en el dominio de la Corte, toda vez que los recaudos formales de la sistematización o catálogo que concreta el acuerdo determinan que el mero incumplimiento o el cumplimiento deficiente de uno solo de ellos acarreará sin más la desestimación de la apelación (regla 11, del anexo a] de la acordada).

Dice Morello:

> Parece obvio a esta altura, que si el propio órgano destinatario del recurso extraordinario y cuya palabra es la final al sellar su destino, se ha replegado a desempeñarse preferentemente como Tribunal de Garantías Constitucionales y asegurador de la supremacía de la ley fundamental, el enfoque y la técnica de la apelación federal debían absorber profundas innovaciones, para así adaptarse a esos desplazamientos. O lo que es lo mismo, que la elaboración de los objetivos del escrito en que se deduce el recurso extraordinario aunque en lo medular no dejará de revestirse con el ropaje histórico, al verse ahora el tribunal descargado en buena medida del lastre opulento que en sus buenas épocas constituyó el inagotable granero de la sentencia arbitraria, aunque siga siendo el mismo, viene constreñido a actuar, sin embargo, de otro modo.[3802]

3802. Ibídem, p. 110.

Capítulo XC
El recurso extraordinario (3ª parte)
El *per saltum*

685. Introducción

Otra de las manifestaciones diferentes del recurso extraordinario es la apelación *per saltum*. Aquí el molde del remedio excepcional del artículo 14 de la Ley N° 48 solamente se aplica para demostrar la trascendencia relevante de la cuestión y la urgencia que necesita su tratamiento.

El *quid* está en verificar si el remedio es posible sin tener sentencia definitiva, pues justamente esta se alcanza después de transitar por las instancias que el recurso pretende "saltar" y auspiciar que intervenga la Corte Suprema pese a su ausencia y, eventualmente, la de cualquiera de los demás presupuestos.

686. Evolución jurisprudencial

La Corte no ha tenido demasiados casos de esta naturaleza, pero cuando actuó en este carril, los fallos trascendieron y abrieron brechas de gran debate. El primer caso relevado donde la Corte interviene en un problema tal fue "Margarita Belén"[3803] de 1987, cuando se plantea un conflicto negativo de competencia, que cuenta en el voto mayoritario para decidir el tribunal que debía tramitar. No obstante, en voto disidente, el ministro Enrique Petracchi sostiene:

> … la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella. Se trata de condiciones pertinentes para la eficiencia del control de constitucionalidad y de la casación federal

3803. CSJN, Fallos: 311:1762.

> que la Corte debe cumplir, cuya consideración ha guiado tradicionalmente la interpretación de las normas que gobiernan la jurisdicción del tribunal. Si las cuestiones sometidas al juicio de la Corte superan los intereses de los partícipes de la causa, de modo que conmueven a la comunidad entera en sus valores más sustanciales y profundos, es inadmisible la demora en la tutela del derecho comprometido cuya naturaleza requiere consideración inmediata: en el caso, se investigan hechos relacionados con un presunto enfrentamiento entre elementos subversivos y fuerzas armadas y de seguridad de resultas del cual fueron muertos varios detenidos.

Por ello concluye:

> … corresponde, sin más, expedir pronunciamiento respecto de los puntos substanciales contenidos en el proceso llegado a la Corte en virtud de la contienda negativa de competencia trabada entre dos cámaras federales, si ello no importa la extensión de la competencia de la Corte a supuestos no previstos por las leyes reglamentarias de aquella, sino solamente de la oportunidad en que ha de ejercitarse la jurisdicción inequívocamente acordada, con arreglo a irrecusables precedentes ha de ser la que requiera la efectiva tutela del derecho federal en juego.

Es decir, sin pedido de parte y sin que haya existido ninguna sentencia de un tribunal inferior, se votó por el ejercicio de la competencia de la Corte con fundamento en la doctrina de la gravedad institucional, la cual se venía aplicando desde 1958 para obviar el cumplimiento de algunos de los requisitos del recurso extraordinario, en casos que excedían el mero interés de las partes, pero siempre dentro del marco del recurso extraordinario, y a pedido de parte.[3804]

686.1 El llamado "Caso Dromi"

Desde la gravedad institucional se encuentran fundamentos para actuar de inmediato, y el primer caso donde se aplicó esta idea fue el llamado "Caso Dromi",[3805] en el que la Corte desenvolvió argumentos para consumar trámites y eludir fallos anteriores, dando lugar a que fuera ella quien resolviera definitivamente.

3804. Manili, Pablo, "Se desvanece el *'Per saltum'*", *op. cit.*

3805. CSJN, Fallos: 313:863, "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: 'Fontenla, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional'".

En tal sentido afirmó:

> … cuando las cuestiones federales exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitiva 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 antes enunciados para que el marco normativo que procura la eficiencia del tribunal no conspire contra la eficiencia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal.
> La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella […].
> Los aspectos meramente procesales del recurso extraordinario, no son necesariamente óbice al otorgamiento de la apelación en los supuestos de existencia en la causa de interés institucional bastante al efecto […].
> La necesidad de una consideración inmediata, oportuna y adecuada a la naturaleza del derecho comprometido, autoriza la vía federal.
> La excepción al requisito de Tribunal Superior en el orden de las instancias federales, no puede sino ser de alcances sumamente restringidos y de marcada excepcionalidad […]. Sólo causas de la competencia federal en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional –entendida esta en el sentido más fuerte que le han reconocido los antecedentes de la Corte– y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, autorizarán a prescindir del recaudo del Tribunal Superior, a los efectos de que la Corte habilite la instancia promovida mediante aquel recurso para revisar lo decidido en la sentencia apelada.

De este encuadre concluyó: "existiendo gravedad institucional, con el fin de evitar las demoras de consecuencias irreparables, es viable el recurso extraordinario deducido ante la Corte".

Ese mismo año (1990) en el mes de noviembre, el Alto Tribunal tuvo que resolver una variable. El por entonces Ministro de Economía, Erman González, en conjunto con el presidente y vicepresidente del Banco Central de la República Argentina, se presentaron directamente a la Corte cuestionando la actuación del juez a cargo del Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Santa Fe, en la causa "Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/ medida cautelar", quien había ordenado ejecutar diligencias provisio-

nales que obligaban al Banco Central a cumplir con obligaciones dinerarias previstas en la Resolución N° 387/89, y que significaban rehabilitar a la entidad financiera actora para actuar ante la Cámara compensadora.

La presentación directa alegó "conflicto de poderes" y la decisión, que no fue unánime, trajo opiniones disonantes. Tres integrantes dijeron que el caso era una suerte de *per saltum* y que, por ello, no debía ser atendido, porque además de no existir legislada esa vía, no se probaba con evidencia manifiesta un supuesto de gravedad institucional. Otros argumentaron sobre la base de la inexistencia de jurisdicción para actuar, pero debido a que los presentantes habían planteado contra la medida cautelar citada, además de su presentación ante la Corte, un recurso de apelación (en trámite) ante la Cámara Federal de Rosario, esto impedía conceptuar el caso dentro de la hipótesis del artículo 24, inciso 7, Decreto-Ley N° 1285/58, puesto que ellas tenían un juez competente.

Los Ministros Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor afirmaron que estaba configurado el caso de conflicto entre poderes (art. 24, inc. 7, Decreto-Ley N° 1285/58), de forma tal que la Corte debía resolver el conflicto declarando la competencia correspondiente. Este voto concluyó que en tales supuestos la Corte ha ejercitado una competencia que no era jurisdiccional en sentido estricto, sino más bien de índole administrativa; y que por ella, basada sustancialmente en el mentado artículo 24, inciso 7, Decreto-Ley N° 1285/58, ha dejado sin efecto decisiones tomadas en baja instancia. En definitiva, lo que resulta inaceptable es que siga entendiendo en el asunto un tribunal incompetente, como es la Cámara Federal de Rosario.

Un último voto descartó en la causa la aplicación del *per saltum*, y consideró que la presentación quedaba aprehendida por el mentado artículo 24, inciso 7, Decreto-Ley N° 1285/58, configurando un conflicto jurisdiccional que debía resolverse en el sentido propiciado por el voto de los ministros Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor (voto de Guillermo Quintana Terán). La dispersión de fundamentos evitó que se formara doctrina legal en el tema, aunque fue evidente el sentido de actuar con criterio restrictivo.

686.2 La causa "Operación Langostino" y otros

La breve historia jurisprudencial se completa con la causa "Operación Langostino". Explica Pablo Manili:

> … en diciembre del mismo año (1994), en una causa penal por tráfico de estupefacientes, los procuradores fiscales de la Corte se presentaron ante esta mediante un escrito al que denominaron *recurso extraordinario* interpuesto contra una resolución de un juez de primera instancia que había dispuesto la excarcelación de los procesados, solicitando se suspendan sus efectos. La Corte en apenas cinco días emitió su decisión, quedando integrada la mayoría por cuatro votos distintos: El de los Dres. Moliné O'Connor, Boggiano y López decretó la suspensión de los efectos de la medida recurrida fundándose, básicamente, en: a) La imposibilidad de reparar las consecuencias de las medidas dispuestas en primera instancia (excarcelación de los detenidos) y la consecuente probabilidad que la sentencia a dictarse en la causa fuera de cumplimiento imposible; b) la necesidad de un estudio detenido del tema (invocando la doctrina del primer fallo "*Dromi*") para salvaguardar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional; c) los poderes implícitos de la Corte para hacer uso de esa *excepcionalísima facultad*, no sólo para evitar que la oportuna protección jurisdiccional de un derecho se torne ilusoria, sino también para un efectivo ejercicio de su atribución de juzgar; d) un supuesto principio de eficacia de la actividad jurisdiccional, para el cual se invoca como apoyo la norma del art. 232 del Código Procesal.
>
> Las dos primeras razones esgrimidas son meramente fácticas, pero reales y concretas. La tercera contiene un argumento *a contrario sensu* de la doctrina de los fallos "*Siri*" y "Kot", en el sentido de afirmar que los poderes implícitos no sólo pueden ser usados en salvaguarda de los derechos de los particulares sino también para efectivizar la vindicta pública. La cuarta es vaga y ambigua.
>
> El voto del Dr. Nazareno, con algunos matices, resulta análogo al analizado; mientras que el del Dr. Levene agrega un argumento en el sentido de rechazar "toda interpretación que, con base en el estricto apego a las formas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano judicial a cuya mejor y más justa labor aquellas deben servir". Renglón aparte merece el voto del Dr. Petracchi, quien funda íntegramente su voto favorable a la petición de los procuradores en la doctrina del fallo *Dromi*, afirmando que allí la Corte había resuelto que "era formalmente admisible un recurso extraordinario interpuesto ante ella contra

> la decisión de un juez de primera instancia" […]. Los ministros Belluscio, Bossert y Fayt votaron en disidencia, argumentando que las resoluciones recurridas no son sentencias definitivas, ni equiparables, susceptibles de recurso extraordinario. El tercero de los citados señaló agudamente que la doctrina de la gravedad institucional no alcanza por sí sola para habilitar la instancia extraordinaria cuando no se encuentra involucrada una cuestión federal, aun cuando haya sido utilizada en ciertas oportunidades para superar el escollo de la ausencia de sentencia definitiva.[3806]

En el mes de abril de 1996 llega a la Corte nacional un pedido de dos Ministros del Poder Ejecutivo Nacional (Trabajo y Justicia), a través del cual solicitan la resolución del recurso que plantean contra el fallo de un juez de primera instancia. El caso se conoce como "Unión Obrera Metalúrgica (UOM)"[3807] y el conflicto volvía a ser entre competencias arrogadas.

La mayoría considera que se trata de un recurso de salto de instancia al que toman como una especie viable entre las modalidades del extraordinario. Cabe acotar que en el caso no existía cuestión federal, porque el motivo de controversia era una decisión de contenido laboral que el ministerio consideraba que era suya y que el juez invadía con sus decisiones.

La decisión afirma que no se está ejerciendo competencia originaria ni admitiendo un salto de instancia, sino que resuelve un problema que no es jurisdiccional en el sentido estricto, en tanto le es impuesta al juzgador por la ley a modo de una facultad administrativa o de superintendencia, aunque vinculada *lato sensu* al imperativo constitucional de afianzar la justicia. Otra vez la Corte dejó sin esclarecer los límites y alcances de la figura.

A consecuencia del fallecimiento del hijo del entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, la madre, Zulema Yoma, solicitó el avocamiento de la Corte por la vía del *per saltum*, en virtud de que el juez de instrucción había denegado ciertas medidas probatorias propuestas por ella.[3808] La peticionante actuaba como querellante, por lo tanto, guardaba analogía con algunos antecedentes resueltos en la Corte. No obstante, el Procurador General dictaminó repitiendo que la doctrina

3806. Manili, Pablo, "Se desvanece el *'per saltum'"*, *op. cit.*

3807. CSJN, Fallos 316: 371.

3808. CSJN, Fallos: 320:1827.

del salto de instancia no tiene el propósito de arbitrar caminos procesales transitables por todo litigante que pretende, sin más, obtener una rápida definición de su litigio mediante un pronunciamiento del tribunal más alto de la república. Tampoco ha sido su objeto elaborar un medio adjetivo para superar dificultades, angustias o trastornos, aun serios, que puedan producirse en el curso de un proceso hasta su definitivo juzgamiento, incluso cuando en ello esté interesada la nación, directa o indirectamente. Son esos riesgos que entraña todo pleito y que, por lo demás, no han escapado a las previsiones del legislador, que ha establecido para su conjuro diversos instrumentos procesales.

Finalmente, en el caso "Rodríguez, Jorge (Aeropuertos)", el Gobierno nacional pretendía privatizar los aeropuertos mediante un decreto de necesidad y urgencia que resistía un grupo de diputados nacionales mediante una petición cautelar de no innovar. Una vez resuelta, el Jefe de Gabinete se presentó directamente a la Corte Suprema solicitando la revocación, y con el voto de la mayoría consiguió dicho objeto.

Para resolver así se dijo:

> Cuando ante los estrados de la justicia se impugnan disposiciones expedidas en el ejercicio de una atribución propia de alguno de los otros poderes, con fundamento en que ellas se encuentran en pugna con la constitución, se configura una causa judicial atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales cuya decisión es propia del Poder Judicial, siempre y cuando se produzca un perjuicio concreto al derecho que asiste a quien legítimamente lo invoca.
>
> El control judicial de la Administración Pública exige la existencia de un caso contencioso, que la controversia no sea abstracta y que el agravio recaiga sobre el peticionante y no sobre terceros. La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad que, independientemente de que trasunte un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por la Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución.
>
> Así como la Corte, en ejercicio de una prerrogativa implícita que es inherente a su calidad de órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución, ha intervenido para conjurar menoscabos a las autoridades judiciales o impedir posibles y excepcionales avances de otros poderes nacionales, también le corresponde, como parte de su

> deber de señalar los límites precisos en que han de ejercerse aquellas potestades –con abstracción del modo y la forma en que el punto le fuera propuesto– establecer si la materia de que se trata está dentro de su poder jurisdiccional.
> El contralor en sede parlamentaria previsto por el art. 99, inc. 3°, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la "ley especial" contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la "Comisión Bicameral Permanente", ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente".
> Por lo tanto concluye que "es inadmisible que la Corte intervenga en una contienda suscitada entre el Poder Ejecutivo y algunos miembros de la Cámara de Diputados antes de que "el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto", ya que el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el art. 116 de la Constitución Nacional, como árbitro –prematuro– de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder.[3809]

687. Conceptos generales

Se denomina apelación *per saltum* al recurso que se utiliza para eludir el tránsito normal por las instancias y permitir que intervenga la Corte Suprema de Justicia de la Nación allí donde exista una causa de gravedad institucional. Precisamente este es el fundamento (no la causa), antes que la celeridad o urgencia que determinen la necesidad de apresurar una respuesta del Superior Tribunal.

Este es el sentido que tiene el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación después de la reforma introducida por la Ley N° 26790 que agrega en la reglamentación adjetiva del recurso extraordinario federal el artículo 257 *bis*, cuyo primer párrafo establece:

> Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del Tribunal Superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredita que entrañen cuestiones de notoria gra-

3809. CSJN, Fallos: 320:2851, "Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia".

vedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible reparación ulterior.

El esquema recursivo se aplica cuando la Corte Suprema, en casos de comprobada existencia de una "gravedad institucional", se introduce en el tratamiento de la cuestión, sin que se hayan pronunciado previamente las instancias judiciales de revisión, dado que el salto de instancia procede contra las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ella en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares (art. 257 *bis*, párr. 4).

De tal suerte, puede haber *per saltum* cuando no exista sentencia definitiva (entendiendo como tal a la que pone fin al proceso e impide su continuación), o bien cuando no se haya pronunciado aún el denominado "Tribunal Superior de la causa" y la Corte, obviando esa instancia, conoce del tema. A su vez, este conocimiento sólo puede darse a petición de parte, descartándose la avocación de oficio.

687.1 Ley Nº 26790

La descripción no debe llevar a creer que "gravedad institucional" y *per saltum* se identifiquen plenamente. En otras palabras, no siempre que exista gravedad institucional, debe o puede la Corte actuar a través de este remedio excepcional. Indudablemente, para ello debe acreditarse que el recorrido de todas las instancias ordinarias sería causal de un gravamen irreparable. Ello es lo que, precisamente, permite a la Corte prescindir de los requisitos procesales que se exigen para su intervención y conocer por salto de instancia.

El problema de adoptarlo como una forma de apelación extraordinaria obedece a la misma jurisprudencia que desarrolló la tesis, afirmando en los casos "Dromi" y "Alonso",[3810] que si bien la condición de Superior Tribunal de la causa que debe emitir la sentencia definitiva, susceptible de recurso extraordinario conforme el régimen impuesto por el artículo 6 de la Ley N° 4055, la cumplen las Cámaras de Apelaciones en el ámbito jurisdiccional federal y nacional en materia civil;

3810. CSJN, Fallos: 313-1:30 y Fallos, 313-2:863, respectivamente.

ello no se puede convertir en ápices procesales frustratorios del control de constitucionalidad oportuno confiado a la Corte Suprema.

687.2 Admisión y procedencia

La forma, plazos, trámites y efectos del recurso se regulan en el artículo 257 *ter*, del CPCCN, siempre bajo la consigna que procede únicamente cuando sea notoria la gravedad institucional y las cuestiones sometidas a juicio 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 (art. 257 *bis*, párr. 2).

El recurso en la etapa de admisión tiene que atender varias cuestiones previas. Son presupuestos formales de lugar, tiempo y manera, que obligan a resolver por las formas antes que atender la pertinencia. Es decir, todo recurso de apelación divide la procedencia en dos momentos: la etapa de admisión formal que se evalúa por el mismo juez o tribunal recurrido; y la etapa de pertinencia donde el *ad quem* decidirá el fondo del problema, sin perjuicio de reconsiderar si el recurso fue bien concedido. No obstante, en el salto de instancia la presentación es directa, mediante escrito autónomo y fundado, que se debe interponer dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada.

La duda del recurrente puede estar en saber si tiene derecho al recurso porque los fundamentos aportados en los considerandos son desatinados pese a la sentencia que lo favorece (total o parcialmente), o si el derecho al recurso proviene solamente del gravamen que lo afecta y, en sí mismo, radica en la parte dispositiva de la sentencia que es, en definitiva, donde anida la sentencia.

La cuestión no es baladí porque pueden existir decisiones que motiven el pronunciamiento con fórmulas intempestivas, incorrectas o provocando improperios, de los que el beneficiado pueda sentir agravio pese a resultar vencedor (*v. gr.* sentencia que argumenta falacias, o interpreta acciones del ganancioso como abusivas o intolerantes, o bien, simplemente lo afecta en forma personal). Si la respuesta fuera que la parte dispositiva de la sentencia es la que provoca el gravamen,

y sólo la existencia de este permite la interposición del recurso, sería evidente la inutilidad de la vía.

Desde otra perspectiva, la sentencia es un documento que se integra con las fundamentaciones y constituye con el decisorio una unidad. De ahílí que la ofensa particular que se infiera desde las motivaciones pueda ser causa de resistencia, debiéndose resolver si lo es en el campo de los recursos para que revise un superior jerárquico, o en vías de revisión independiente, con la interposición de una demanda autónoma contra el juez.

688. ¿Es el *per saltum* una causal diferente en el recurso extraordinario?

El salto de instancia o *by pass*, como también se refiere a esta modalidad, puede constituir una herramienta distinta del recurso extraordinario si se considera que el motivo central que permite actuar a la Corte *ante tempus* obedece a la urgente necesidad de resolver definitivamente un caso de gravedad y trascendencia institucional.

Como se advierte, tanto la relevancia como la urgencia pueden dar lugar a la intervención del Alto Tribunal, superando así las actuaciones que le corresponden a los órganos competentes de la justicia. Sin embargo, un criterio tan amplio choca con garantías procesales como el orden público de la competencia, la intervención del juez natural, e inclusive, con el derecho a la doble instancia.

Esta excepcionalidad se agrega también con los recaudos formales que se deben cumplir, como en todo recurso extraordinario. Vale decir que la Acordada N° 4/2007 se integra al conjunto del reglamento y obliga a sumar entre los requisitos de procedencia los que se establecen en la acordada.

También, el recurso por salto de instancia se funda con los presupuestos del recurso extraordinario, y adiciona la necesidad de que el interesado demuestre que la causa es de competencia federal y reviste gravedad institucional. El recurso del artículo 14 de la Ley N° 48 tiene que ser suficiente salvaguardia para convertirse en el medio eficaz que proteja el derecho federal comprometido. Para esta tarea, el salto de instancia es una parte de cuanto se debe fundamentar en el recurso, porque no

es especial el medio de impugnación, sino la vía de gravamen. Es decir, el *per saltum* sigue siendo un recurso extraordinario fundado en la trascendencia que ocasiona la gravedad institucional, pero la petición de superar instancias no soslaya el deber de fundamentar cada uno de los requisitos comunes, procesales y particulares del recurso extraordinario.

Cabe recordar que uno de los temas cruciales que debate esta figura es su constitucionalidad, que suele presentar diferencias según se trate de causas federales o radicadas en un tribunal de provincia.

En la primera hipótesis –dice Sagüés–:

> La Constitución afirma que la Corte Suprema actúa por vía de apelación según las reglas y excepciones que determina el Congreso. Por tanto, nada impide que en algunas situaciones se pueda apelar de lo decidido por un juzgado de primera instancia a la Corte Suprema, en lugar de transitar el camino juzgado-cámara de apelaciones-Corte. Compete al legislador ordinario propiciar o no esa posibilidad, según pautas de oportunidad y conveniencia que hacen a su esfera privativa de decisión. Si el proceso se diligencia en sede provincial, el tema es más espinoso. La Constitución encomienda a las provincias atender en su ámbito jurisdiccional los asuntos concernientes al derecho común (códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y seguridad social), y por supuesto, los relativos al derecho local. Además ellas tienen el derecho y el deber de organizar su administración de justicia, con la consiguiente facultad de adoptar una estructura judicial determinada, con las instancias que ellas entiendan ser las mejores. ¿Es posible que por vía de ley o de jurisprudencia federal se autorice la absorción de una causa provincial de primera instancia por la judicatura nacional, en este caso por la Corte Suprema sin agotar las instancias locales? Nos parece que no, a pesar de la solución que alguna vez implementó la Ley N° 27 (apelación de fallos de juzgados de primera instancia provinciales, hacia el juez federal de sección). El derecho constitucional provincial de juzgar, involucra la competencia para establecer las categorías jurisdiccionales de ese juzgamiento, sin interferencias ni sustracciones del poder federal, por más que este sea el Poder Judicial de la Nación.[3811]

El artículo 117 de la Constitución asigna la intervención de la Corte Federal en instancia originaria y exclusiva, o por vía de apelación. La primera forma está fuera del circuito del salto de instancia desde

3811. Sagüés, Néstor Pedro, "Constitucionalidad de la apelación *'per saltum'*", *LL*, 1989-B-318.

que ella ya existe radicada en el Superior Tribunal; en cambio, en el segundo caso, la decisión de actuar no necesita revisar la causa ni resolver expedientes son únicamente decisiones de política judicial las que impulsan a requerir el expediente para resolverlo de inmediato, de manera que no se ve asiento en derecho fundamental alguno.[3812] Por consiguiente, la doctrina prohíja a la apelación *per saltum* en el carril del recurso extraordinario federal, sin darle significado al simple interés de la Corte (a través de la actuación dispuesta de oficio o a petición de parte) de actuar anticipadamente a los tiempos que corresponden, en cuyo caso, la base siempre está en la gravedad institucional.

3812. Bidart Campos, en cambio, argumenta sobre el art. 117 de la Constitución Nacional sosteniendo que cuando la norma habla de "apelación", quiere decir que allí conoce en una instancia que "no es originaria". De esta manera, la jurisdicción "no originaria" deja sitio para que la ley la regule tanto mediante recurso (que es lo normal) como por "avocación" (que es lo excepcional). Esta última interpretación a su juicio no ofrece reproche constitucional siempre que y esto es fundamental exista una resolución de fondo sobre el asunto en instancia inferior y en caso de real apremio o interés institucional, pues de otra forma, por vía de ley se estaría ampliando la competencia originaria de la Corte Federal; en cambio, si existe pronunciamiento inferior, se estaría ampliando competencia "no originaria" (Bidart Campos, Germán, "El 'certiorari' y la 'avocación' en la Competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en un proyecto de reforma", *ED*, 115-805).

Capítulo XCI
El recurso extraordinario (4ª parte)
Presupuestos

689. Presupuestos del recurso extraordinario

El recurso extraordinario no escapa a las reglas técnicas de cualquier medio de gravamen, sólo agrega requisitos especiales y establece condiciones para la admisión, que se imponen como presupuestos particulares del remedio.

Según Imaz y Rey[3813] se dividen entre:

a. *requisitos comunes*: es decir, aquellos que se acostumbra a pedir en todo recurso (*v. gr.* que la sentencia provenga de un tribunal con jurisdicción ordinaria, militar o de un organismo administrativo y/o legislativo; que el fallo sea emitido en una causa, y que esta sea posible de revisar por el Alto Tribunal; que la parte tenga gravamen, vale decir, que pueda expresar los agravios constitucionales que con la decisión se afecta; que el perjuicio sea actual y que al tiempo de resolver la impugnación subsistan las causas que originan la queja);
b. *requisitos propios*: aquellos que solamente requiere el recurso extraordinario (*v. gr.* cuestión federal; relación directa; resolución contraria al derecho invocado; sentencia definitiva y que ella provenga del Superior Tribunal de la Causa);
c. *requisitos formales*: los que participan en la etapa de admisión del recurso (*v. gr.* introducción, reserva y mantenimiento de la cuestión federal; legitimación del recurrente; cumplimiento del lugar, tiempo y forma de la presentación del recurso).

3813. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario, op. cit.*, p. 17 y ss.

690. Requisitos comunes

Son requisitos comunes los que acompañan cualquier modelo de recurso. En el extraordinario federal se reúnen en torno de cuatro (4) exigencias:

a. que la sentencia provenga de una jurisdicción que tolere la especialidad del remedio;
b. que la cuestión a resolver se hubiera dado en una causa o controversia,
c. que exista gravamen o perjuicio en la parte que propone el recurso, y
d. que los agravios permanezcan al tiempo de resolver.

Para Carrió, los requisitos comunes responden a similares recaudos, con mínimas diferencias: a) que haya intervenido un tribunal de justicia; b) que dicha intervención haya tenido lugar en un juicio; c) que en él se haya resuelto una cuestión justiciable; d) que la resolución cause gravamen y e) que los requisitos subsistan en el momento que la Corte deba dictar sentencia.[3814]

En la técnica de presentación los requisitos generales de los recursos se exponen en la introducción pues son la puerta de entrada a los aspectos de fondo que la impugnación pretende que sean atendidos.

690.1 Tribunal de Justicia

El remedio federal sólo procede respecto de sentencias o resoluciones definitivas dispuestas por órganos jurisdiccionales. El concepto involucra a:

a. todos los tribunales integrantes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias;
b. los que ejerzan por ley facultades jurisdiccionales, como son los organismos administrativos que admiten la revisión de sus decisiones ante los tribunales de justicia, y
c. los tribunales superiores militares (art. 6, Decreto-Ley N° 4055), aunque respecto de estos la actual Ley N° 23049 altera el presupuesto, toda vez que introduce en el artículo 445 *bis* del Código

3814. Carrió, Genaro, "Nuevas fronteras del recurso extraordinario", en *Temas de casación y recurso extraordinario (en honor a Augusto Mario Morello)*, La Plata, Platense, 1982, pp. 212-213.

> de Justicia Militar el recurso ante las Cámaras Federales de Apelación respecto de las decisiones de carácter definitivo del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz.[3815]

Originariamente, la interpretación fue que sólo los tribunales ordinarios de justicia eran pasibles de revisión por el recurso extraordinario federal. Tanto la Ley N° 48 como la N° 4055 adoptaron el sistema judicialista a ultranza, y dejaron la revisión plena para los actos administrativos que fueron considerados no jurisdiccionales.

Recuerda Guido Tawil:

> … en este aspecto las razones –totalmente extrañas a nuestra realidad histórico-política– que motivaron la aparición del principal sistema de justicia administrativa: el francés. Admirado durante décadas en nuestro país, el origen del sistema de justicia administrativa galo se encontró íntimamente relacionado con ciertas circunstancias históricas propias que derivaron en una interpretación del principio de separación de poderes inaceptable en la mente de nuestros padres fundadores. Efectivamente, producto del temor que había suscitado en los revolucionarios el desmedido poder ejercido por las cortes –en manos de la nobleza– durante el Antiguo Régimen, el sistema francés tantas veces elogiado –más por la destacada labor del Consejo de Estado y los restantes tribunales administrativos que por las verdaderas razones que justificaron su origen– resultó así consecuencia directa de aquella interpretación en virtud de la cual se suponía que juzgar a la Administración equivalía a administrar (*juger l'administration c'est encore administrer*).[3816]

3815. CSJN, Fallos: 307:1530; 308:1960. De acuerdo con este precepto, el recurso podrá deducirse: a) por la inobservancia o errónea aplicación de la ley; b) por la violación de las formas establecidas para sustanciar el proceso; c) cuando se limita el derecho de defensa, o se altere o debilite la posibilidad de ofrecer y producir prueba.

3816. Tawil, Guido Santiago, "El recurso extraordinario y las decisiones emitidas por la Administración en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales", *LL*, 1990-E-908; *Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales*, La Ley, T. IV, p. 725. Aquí agrega: "Imbuidos de la influencia norteamericana, nuestros padres fundadores optaron, al contrario, por seguir en la organización constitucional de la Nación Argentina una visión sustancialmente distinta. Con ese propósito, privilegiaron la interpretación imperante en Inglaterra, donde la existencia de un sistema de frenos y contrapesos no implicaba, en modo alguno, un aislamiento entre los distintos órganos del gobierno confinados al ejercicio de una función específica sino, por el contrario, la existencia de una coordinación sobre la base de la distribución entre el parlamento, el monarca y las cortes de justicia de las tres funciones básicas, otorgándose a estas últimas la función de custodiar la legalidad del obrar administrativo". Claro ejemplo de ello resultó la

La extensión dispuesta para las decisiones administrativas comenzó en 1907[3817] y evolucionó sin conseguir un perfil distintivo que fuera diferenciado del control judicial sobre la actividad administrativa jurisdiccional. Así como en una primera etapa se esperó que el recurso diera espacio a la revisión *suficiente*, también se dijo que era impracticable, de manera genérica, que la intervención de la Corte se produjera en cada caso.[3818] Por eso se tiene mucho cuidado para delimitar el territorio del recurso. De ahí que, como principio, se diga que sólo comprende el *control de legitimidad* que incluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de que se hallen investidos los funcionarios competentes; más no abarca el *criterio de oportunidad, mérito o conveniencia*.[3819]

El estándar descubre la función de proscribir la arbitrariedad y el exceso discrecional, manteniendo al recurso extraordinario en el círculo de las cuestiones federales, donde no ingresan temas como las sanciones disciplinarias aplicadas por colegios profesionales; las actuaciones de superintendencia, o los laudos arbitrales,[3820] entre otros.

---

redacción del art. 100 de nuestra Constitución, fundado en el art. III, secc. 2ª de su par norteamericana. Mucho más aún, el hecho de que nuestros constituyentes optaron –al seguir la senda abierta con la aprobación del Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816 que prohibió al Poder Ejecutivo el ejercicio de cualquier tipo de jurisdicción y, fundamentalmente, las previsiones contenidas en la Constitución chilena de 1833 conocida a través del art. 93 del proyecto de Alberdi– por ratificar su voluntad de adoptar un sistema típicamente judicialista al expresar en el art. 95 de nuestra Ley Suprema: "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Esta previsión –injusta e inexplicablemente soslayada– demuestra el especial énfasis puesto de manifiesto por ellos con el propósito de aventar toda duda respecto al sistema adoptado al incorporar un precepto inexistente en la constitución norteamericana de 1787, ejemplo hasta allí más claro de la vertiente judicialista".

3817. CSJN, Fallos: 107:283.

3818. CSJN, Fallos: 249:715.

3819. Morello, Augusto, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 218.

3820. Conviene recordar el voto disidente de Boggiano, quien señala que el arbitraje importa la prórroga o la sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial, transferida a jueces particulares que substanciarán y decidirán las contiendas que se sometan a su consideración. La administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como el de "promover la justicia" y también de las garantías de la defensa en juicio,de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa –cumplidos ciertos

Sostiene Morello:

> El análisis de la juridicidad constitucional abarca en todos los casos dos andariveles convergentes: el *procedimiento* (regularidad del trámite) seguido y el *contenido* razonable (y no arbitrario), sea de la ley, bien de la sentencia destitutoria emanada de un tribunal como en verdad lo es la Cámara legislativa o el Jurado de Enjuiciamiento, a los cuales se ha atribuido por la Constitución la definición del juicio político. De allí que se trata de una emanación de sustancia idéntica (equiparable) a la de la sentencia judicial por parte de la Cámara política, que actúa, en el caso, como verdadero órgano de justicia.[3821]

En síntesis, el recurso extraordinario procede contra decisiones jurisdiccionales provenientes de tribunales ordinarios o administrativos, comprendiendo en estos últimos a quienes por resolver derechos de particulares mantienen el remedio federal como resguardo de sus garantías.[3822]

---

recaudos a los laudos arbitrales–. La mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales en el supuesto de que los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral. Dictada una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral por el Tribunal Superior de la causa y llenados los demás requisitos formales y sustanciales de admisibilidad exigidos por la excepcional instancia federal, a la Corte le corresponde sólo una limitadísima revisión sobre la eventual violación de los derechos y garantías constitucionales en que pudiera haber incurrido aquella sentencia (CSJN, "Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo", 17/11/1994, Fallos, 317:1527).

3821. Lo expuesto, sin embargo, que se centra en temas de sustancia básicamente jurisdiccional provenientes de órganos equiparados a los de justicia, no pretende llevar las fronteras del control, mediante recurso extraordinario, a no tener límites. Tampoco pretende penetrar en lo que constituyen facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo y en donde sí priva, por la propia Constitución, el reconocimiento de potestades atribuidas con un matiz político definidor no compartible (Morello, Augusto, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, pp. 225-226).

3822. Las objeciones vertidas frente al limitado alcance de la revisión judicial posible en un recurso extraordinario y –principalmente– respecto al reconocimiento del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración llevaron a la Corte a intentar una solución eminentemente pragmática. Superada por una práctica sólidamente arraigada en el ámbito administrativo, admitió la constitucionalidad del ejercicio de tales funciones en tanto existiera una revisión judicial suficiente, no garantizada, en principio, por la apelación extraordinaria. En esas condiciones, la controversia pasó de la ausencia o existencia de control por parte de los jueces ordinarios al alcance que este debía revestir. Esta problemática, particularmente visible en el caso de los

690.2 Causa o controversia

La Constitución Nacional asigna jurisdicción a la Corte Suprema de Justicia en causas concretas, es decir, en conflictos suscitados ante el Poder Judicial donde el Alto Tribunal podrá intervenir en forma originaria o por apelación.

Si no existiera esa limitación, los jueces nacionales podrían, por propia iniciativa, revisar los actos de los otros departamentos de Gobierno o de los poderes provinciales. Su autoridad sería, por consiguiente, superior a los unos y otros, e inconciliable con el principio de la división y equivalencia de los departamentos del Gobierno nacional y con la autonomía de los gobiernos locales.[3823]

La "causa" o los "asuntos" son expresiones que indican la necesidad de tener un debate entre partes en el que la cuestión a decidir trasciende el interés de ellas y, por tanto, admite que el Alto Tribunal pueda actuar sobre temas específicos (art. 116, CN) y como órgano exclusivo (jurisdicción originaria) o a consecuencia del recurso extraordinario (art. 117, CN).

---

llamados "recursos directos" es, sin duda, una de las principales que se plantean en el campo del Derecho Procesal Administrativo. Sin embargo, en tanto presupone la existencia de una revisión judicial ordinaria –de novo o limitada– resulta ajena a la temática aquí abordada. La doctrina sentada por la Corte –invocada y utilizada con mayor frecuencia en las aulas universitarias que en la práctica judicial– debió haber derivado en dos consecuencias inmediatas. En primer lugar, en la rápida adecuación por parte del legislador de aquellas normas que limitaban el control judicial a fin de garantizar en todos los casos la existencia de una revisión suficiente de las decisiones administrativas en las instancias judiciales ordinarias. Segundo, en la toma de conciencia por parte de los litigantes que, en caso de persistir esa situación, los planteos de inconstitucionalidad de las limitaciones existentes debían efectuarse ante los jueces ordinarios. Ellas, sin embargo, no se produjeron en la forma y con la celeridad esperada. La reproducción de circunstancias fácticas como las antes mencionadas resultaron, en consecuencia, en extremo frecuentes. De modo similar, el loable afán de nuestra Corte de asegurar a los administrados el acceso a una instancia judicial plena la llevó a conocer nuevamente –con contadas excepciones– en recursos extraordinarios interpuestos directamente contra decisiones administrativas (Tawil, Guido Santiago, "El recurso extraordinario y las decisiones emitidas por la Administración en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales", *LL*, 1990-E-908; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*; T. IV, p. 725 y ss.).

3823. CSJN, Fallos: 190:142; Cfr. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2000, p. 41.

El caso debe ser contencioso, toda vez que la jurisdicción voluntaria, por vía de principio, no produce sentencias definitivas. De ahí que se interprete la existencia de "juicio" en todo proceso ordinario,[3824] ejecutivo cuando la sentencia produzca efectos irreversibles o se asimilen a un pronunciamiento definitivo,[3825] e inclusive una amplia gama de situaciones donde el marco procesal no es de controversia entre partes, pero la decisión importa la necesidad de actuar sobre puntos regidos por la Constitución. Esta línea, como ya se anticipó, proviene de la Constitución de Estados Unidos (art. III), y en nuestro país fue reglamentada por la Ley N° 27 (1862), cuyo artículo 2 estableció que la intervención judicial: "Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

De este modo se encuadran límites y se fomenta la autorrestricción en cuestiones que no signifiquen más que decidir asuntos meramente académicos, especulativos o simplemente consultivos. Afines con la prédica norteamericana, hemos seguido la pauta bien elaborada en un meditado voto del juez Warren (1954/1969) en el caso "Flast c./ Cohan"[3826] en el que, recordando precedentes, se sostuvo que cuando se somete una causa ante un tribunal federal, el juez tiene el deber de proteger escrupulosamente sus procedimientos para que no sean usados colusoriamente por los litigantes y no puede permitir que se dicte sentencia sin estar completamente seguro de que existe una causa de acción autorizada por la ley.

A su vez, el juez presidente de la Suprema Corte Federal, Roger Taney, en 1850, ya había enfatizado la fuerte repulsa de ese déficit, que quedaba al desnudo cuando no existía causa o controversia verdadera y sustancial entre los que comparecían como partes opuestas en el pleito. Ello constituía un abuso que los tribunales de justicia siempre han censurado y considerado como un desacato punible.[3827]

Por lo tanto, la controversia no puede ser abstracta. Quien la promueve debe poseer un interés económico o jurídico que pueda ser tutelado eficazmente por el pronunciamiento a dictarse, y no resulta suficiente

3824. CSJN, Fallos: 120:74; 125:21; 142:406; 186:97; 189:394, entre otros.

3825. CSJN, Fallos: 154:274; 184:42; 186:266; 187:466; 191:125, etc.

3826. 392 US 83, 93-97 (1968).

3827. "Lord vs. Veazie", 8, How 250, cita de Morello, Augusto Mario, *Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 1998, pp. 257-258.

a estos efectos invocar un perjuicio futuro, eventual o hipotético. En tal caso queda vedada la posibilidad de movilizar la tutela judicial.[3828]

No parece haber demasiados cambios en la doctrina judicial, que suele repetir:

> La justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte; y parte es quien tiene un interés contencioso que antepone al de un contrario, algo que le es propio, que pertenece a su esfera jurídica, que debe debatir con un adversario que invoca un derecho opuesto y contradictorio. Parte es quien tiene algo que perder o ganar del resultado del pleito es decir a quien la sentencia afectará para bien o para mal de una manera concreta directa y específica.[3829]

No obstante, aunque la afirmación está provocada por un problema de legitimación procesal antes que por existencia concreta de causa o controversia, lo cierto es que la Corte no tiene fisuras para realizar el deslinde de atribuciones jurisdiccionales. Sin embargo, al mismo tiempo, y sobre todo después de la reforma constitucional de 1994, con el impacto de nuevos legitimados y la necesidad de proteger derechos difusos y colectivos (arts. 41, 42 y 43 de la Carta Magna), ofrece aperturas al concepto de controversia concreta para imaginar desde la dinámica (activismo) de las decisiones, ocuparse de un modelo diferenciado de la tutela clásica.

Bien dice María Rosa Cilurzo que con la impronta de lo social o la ideología ha pautado el criterio interpretativo del texto, sin que con ello haya obviado el concepto de causa o controversia. Lo que sí ha hecho es aceptar que no se desarrolle individualmente en cada proceso el tratamiento del *thema decidendi*, habilitando un hábeas corpus correctivo colectivo (*Verbitsky*). No obstante, aquí el colectivo está compuesto por sujetos determinados y el objeto se conforma con bienes determinados o de fácil determinación y por ello es difícil efectuar la asimilación con los amparos colectivos del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, no ha obviado el concepto de causa o controversia, pero sí ha efectuado una interpretación extensi-

3828. Cilurzo, María Rosa, "Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)", *LL*, 2006-E-850.

3829. CSJN, Fallos: 317:335, "Polino, Héctor y otro c./ Nación Argentina".

va de este y una proyección a sujetos que no pueden concebirse como indeterminados y pretensores de una universalidad indivisible (por lo que no constituyen un colectivo estrictamente).[3830]

En suma, *caso*, *causa* o *controversia* significa la existencia de un litigio adversarial cuyos intereses enfrentados, a los fines del artículo 14 de la Ley N° 48, se resguardan con la decisión final de la Corte.

690.3 Cuestión justiciable

La cuestión debe ser justiciable. Ello implica resolver una causa válida, vigente, no imaginada ni imposible, en la que es menester que su dilucidación conduzca a decidir una situación de hecho real y concreta, y que no se la haya planteado por vía de hipótesis, ni para establecer reglas para casos no sucedidos.[3831]

Claro está que, cualquiera fuese el procedimiento mediante el cual se propusiera a decisión de los jueces una cuestión justiciable, nadie puede sustraer a la esfera de acción del Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene –emanada del art. 31 de la CN– de hacer respetar el Estatuto Fundamental.[3832]

Por eso, mediante el concepto de "cuestión justiciable" se persigue evitar la invasión en la esfera de los otros poderes del Estado; permitiendo al recurrente acudir a la Justicia en defensa de sus derechos y, a los magistrados judiciales, ejercer la facultad de revisar los actos de los otros poderes. Esta facultad está limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de

3830. Cilurzo, María Rosa, "Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)", *LL*, 2006-E-850. Este criterio la Corte lo amplía en la causa "Halabi" cuando afirma: "La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable" (Fallos, 332:111, "Halabi, Ernesto c/ PEN –Ley N° 25873, Dto. N° 1563/04- s/ amparo").

3831. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, 3ª ed., p. 51.

3832. CSJN, Fallos: 321:3620.

los juicios regularmente seguidos ante ellos, en la medida que deben conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (art. 116).

La jurisprudencia es amplia y parte de configurar una cuestión justiciable en tanto se invoque una real violación de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio (art. 18, CN), que no puede ser aplicada si no se demostró de forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a dichas garantías, que exhiba la suficiente relevancia para hacer variar la suerte del interesado.

También se afirma que, habiéndose invocado la protección de un derecho, y tratándose de una controversia definida y concreta, es cuestión justiciable el planteo de invalidez de la reforma constitucional.[3833] Privar a un juez de la Corte del derecho de solicitar el control de constitucionalidad del procedimiento que culminó en su destitución, con el argumento de que tal destitución es una cuestión política no justiciable, importa desconocer la letra del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[3834]

A veces lo justiciable se relaciona con el impedimento de tratar una causa que tenga contenidos políticos. Es común encontrar la frase que confirma la prohibición (*No debe tratarse de una cuestión política*). Este es un problema que trasciende lo específico del recurso extraordinario, en la medida que se cuestiona la intervención de la justicia, desde el control de constitucionalidad, en las decisiones que se consideran privativas del gobierno y la administración.

Una causa recurrente surge cuando se alega que se politiza la justicia. Carl Schmitt sostuvo que dar una expansión de semejante naturaleza a los jueces convertía a los tribunales en instancias políticas, y se les despojaba su sentido jurisdiccional. A su entender, ningún tribunal especializado llega a conocer de verdaderos conflictos constitucionales, ni existe un proceso auténtico, ya sea como criterio técnico o procesal en el que…

> … las partes en conflicto deben estar en una cierta relación a la Constitución de que resulte su papel de partes en función de su legitimación activa

3833. CSJN, Fallos: 322:1616, "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento".

3834. CSJN, Fallos: 327:1914, "Moliné O'Connor, Eduardo s/ su remoción".

> y pasiva. Esta situación sólo podría darse cuando la Constitución fuese considerada como un contrato [...] Pero la Constitución no es un contrato.[3835]

Agregó también un fundamento que luego se utilizó reiteradamente, destacando cómo se desnaturaliza la función judicial al convertirla, prácticamente, en un órgano legisferante, puesto que en definitiva de lo que se trata es de fijar el contenido de una ley. Las agudas observaciones de Schmitt no perdieron de vista el famoso "veto judicial" que se lograba a través de los tribunales constitucionales, y llegaba a cimentar el no menos polémico gobierno de los jueces.

La composición de los tribunales representa una variante del problema, pues la adhesión –hipotética– a cierta línea de pensamiento (político) puede ocasionar condicionamientos o fidelidades; que por esa maleable situación pueden arrojar decisiones vacilantes y perjudicar la seguridad jurídica ante una jurisprudencia inconsistente.

Otra cuestión destacada fue la metodología que aplica este tipo jurisdiccional, pues se despoja del análisis de los hechos sobre los cuales toda sentencia funda sus decisiones, para tornar el estudio a un problema de naturaleza bien diferente, como es el contenido de una norma jurídica, circunstancia que obra trascendente al mudar el sentido del pronunciamiento judicial.

Estas críticas abundan confrontando el paralelo de funciones jurisdiccionales ordinarias y constitucionales; pero no son únicas, ni el frente de ataque está parcializado en estos aspectos. En realidad, la idea de considerar cuestiones *no justiciables* está en retroceso. La postura que se mantiene es evitar que la Corte actúe donde no es necesario, ya sea porque se plantea el conflicto como una consulta, o se refiere a espacios donde el caso no tiene contenido constitucional, ni se trata de uno de los motivos que habilita el artículo 14 de la Ley N° 48.

En consecuencia, no interesa que la decisión sea política y, por tanto, que se presente como materia expurgada de la revisión judicial. Por ejemplo, se ha dicho que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamientos de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, configuran una cuestión justiciable en la que le compete

3835. Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, traducido por Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1983, p. 155.

intervenir a la Corte Suprema por vía de recurso extraordinario sólo cuando se acredita la violación del debido proceso legal.[3836] Se advierte, no obstante, que la actuación se tolera cuando en forma nítida, inequívoca y concluyente se acredite la violación del debido proceso legal.[3837] Por eso, no hay cuestión justiciable acerca de la valoración de los aspectos sustanciales del enjuiciamiento, es decir, con relación a la apreciación de la prueba de las acciones u omisiones que habrían motivado la acusación y la puesta en funcionamiento del proceso. De lo contrario, el criterio de la Corte sustituiría al del Senado de la Nación o al del Jurado de Enjuiciamiento para decidir la remoción o absolución de los magistrados imputados, lo que desvirtuaría y convertiría en letra muerta las normas constitucionales relativas a esta materia.[3838]

Es una cuestión justiciable determinar si una Cámara del Congreso de la Nación ha actuado, o no, dentro de su competencia.[3839] Pero no lo es cuando se trata de cuestionar las decisiones del Consejo de la Magistratura que no hacen lugar a las denuncias efectuadas contra magistrados federales y nacionales, por no observarse un recaudo esencial para la intervención de un tribunal de justicia: la presencia de un caso o cuestión justiciable (art. 116 de la CN; art. 2 de la Ley N° 27).[3840]

690.4 Cuestiones de derecho común o procesales

La obstrucción en este caso consiste en pensar que el recurso extraordinario sólo procede en cuestiones constitucionales y no es el caso de problemas de derecho privado o inconvenientes procesales, siempre y cuando ellas no agravien derechos constitucionales. Es decir, estamos ante las cuestiones no federales que tampoco ingresan por arbitrariedad, gravedad institucional o *per saltum*.

3836. CSJN, Fallos: 329:12, "Foro de Abogados de San Juan c/ juez del Juzgado de Paz del Departamento Judicial de San Martín".

3837. CSJN, Fallos: 331:810, "De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia) s/ acusa -causa N° 93.631-".

3838. CSJN, Fallos: 329:3235; 330:725, "Boggiano, Antonio s/ recurso de queja".

3839. CSJN, Fallos: 330:2222, "Binotti, Julio César c/ E.N. - Honorable Senado de la Nación (mensaje 1412/02) s/amparo Ley N° 16986".

3840. CSJN, Fallos: 327:590, "Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional) c/ integrantes de la Cámara Nacional Electoral".

Las cuestiones de naturaleza fáctica y de derecho común y procesal resultan, por regla, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia extraordinaria, salvo arbitrariedad manifiesta en la resolución. En tal caso, mediando ese planteo entre otros, corresponde tratarlo en primer término, dado que, de verificarse tal circunstancia, no existiría sentencia propiamente dicha.

Los pronunciamientos judiciales que se objetan por la interpretación acordada a los hechos, o razonan los agravios con fundamentos de derecho sustancial no constitucional son ajenos a la instancia superior, máxime si la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su acierto o error, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial.

Las cuestiones entre empleados y empleadores que atañen a los derechos que emanan de la relación laboral, debatidos ante los tribunales del fuero, no dan lugar, por sus extremos de hecho, prueba, derecho común y procesal, a la vía del artículo 14 de la Ley N° 48. Salvo que exista arbitrariedad, defecto que se configura cuando la decisión del tribunal de alzada no puede ser considerada aplicación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa, o no posee un análisis razonado de planteos introducidos oportunamente y aptos para la correcta dilucidación del pleito.

La jurisprudencia aquí es profusa y suele repetir que, si bien el recurso extraordinario no tiene por objeto revisar decisiones de los jueces de la causa relativas al alcance otorgado a cuestiones de hecho, derecho común y procesal, salvo que medie apartamiento de las constancias comprobadas de la causa o inequívoca y manifiesta omisión de las normas conducentes para la solución del litigio, no se configura ninguno de los supuestos enunciados cuando la decisión objeto de recurso no resulta contradictoria con la anterior del mismo tribunal –con distinta conformación– si ambas resolvieron cuestiones de distinta índole.[3841]

Los agravios relativos a la procedencia de la vía inhibitoria como los concernientes a la interpretación de la cláusula compromisoria conducen al examen de cuestiones de derecho procesal y común, y sólo traducen una mera discrepancia con lo decidido, por lo que resultan

3841. CSJN, Fallos: 331:886, "Frieboes de Bencich, E.I. s/ incidente de determinación de crédito de OSN y Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Aguas Argentinas".

inhábiles para tener por configurada en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas del debido proceso.[3842]

Si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal, y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho y prueba, son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en aquellos supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal. Ello en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico con el solo sustento de la voluntad de los jueces.[3843]

690.5 Gravamen

Como en todo recurso, la presencia de gravamen o perjuicio es ineludible y necesaria para cumplir con uno de los presupuestos comunes. La Corte repetidamente señala que la existencia de efectivo gravamen (no potencial, imaginado, ni contingente o probable) que afecte a quien deduce la apelación extraordinaria constituye uno de los recaudos jurisdiccionales cuya previa comprobación condiciona la admisibilidad del recurso,[3844] y la verificación de tal requisito queda a cargo del Tribunal Superior de la causa.

El planteo debe referir con exactitud a la cuestión constitucional, indicando con claridad y fundamentos cuáles son los aspectos de la resolución atacada que generan la afectación a derechos fundamentales, y de qué manera impactan en el interesado.

Otra exigencia que debe estar presente en el gravamen es que *no debe derivar de la conducta discrecional de quien recurre*, principio similar

3842. CSJN, Fallos: 330:4422, "B.N.P. Paribas - Sucursal Buenos Aires c/ Deutsche Bank S.A.".

3843. CSJN, Fallos: 330:4983, "Banco de la Nación Argentina c/ Volpe de Pasquali, Rosa N. s/ demanda ordinaria".

3844. CSJN, Fallos: 256:327; 267:499; 303:1852; 315:2125, entre otros.

al que rige en las nulidades procesales (art. 171, CPCCN) y como una proyección de la doctrina de los propios actos.

Los agravios derivados de la propia conducta omisiva del recurrente no resultan susceptibles de suscitar la intervención de la Corte. Concretamente, si la ausencia de consideración del legajo personal y la historia clínica del apelante se debió a su inactividad en incorporarlos al expediente, no cabe atender a sus agravios, derivados de su propia conducta discrecional.[3845]

Asimismo, el gravamen presentado debe ser *grave* o *trascendente* como para motivar la actuación del recurso, no debe encontrar reparación por otras vías.[3846] Y, obviamente, todo agravio deducido en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48 debe ser *federal*.[3847]

Finalmente el gravamen, que representa el interés para obrar, se puede clasificar en tres tipos, a saber:

1. *Interés personal*. No se debe confundir con la legitimación del recurrente aunque sean de la misma familia. El interés se relaciona con la afectación directa que sufre quien reclama la actuación extraordinaria. La fuente es el derecho subjetivo confundido como derecho de propiedad en el derecho al recurso.
   Tampoco se trata de un problema de representación, pues se ha resuelto que el recurso extraordinario cuando tiene sustento en el interés de terceros no representados por el recurrente carece de posibilidades de progreso.[3848]
   Entre otros casos se dice que la intervención de la "persona particularmente ofendida por el delito" –prevista por el art. 100 *bis* del Código de Justicia Militar– no está equiparada a la del querellante del Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que es restringida y condicionada a indicar medidas de prueba, solicitar que se le notifique la sentencia o la radicación de la causa en la Cámara Federal y, en consecuencia, no tiene el interés personal exigido para la procedencia del recurso extraordinario.[3849]

3845. CSJN, Fallos: 311:358; 308:1478 y 540, entre otros.
3846. CSJN, Fallos: 306:637.
3847. Morello, Augusto, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 233.
3848. CSJN, Fallos: 312:371 y 1149.
3849. CSJN, Fallos 309:5.

Asimismo, no se reconoce interés personal al recurrente que adolece de afectación directa o perjuicio jurídico para invocar la pretendida desigualdad que, en todo caso, afectaría a los propietarios de escasos medios y no a los inquilinos, además de que tal impugnación, si prospera, no invalidaría la ley, sino que, por el contrario, le daría aún mayor alcance.[3850]

Igualmente, por falta de interés personal jurídico del apelante no procede el recurso extraordinario fundado en que se habría violado la garantía de la igualdad ante la ley, porque el hecho que se acrimina en la causa sobre interdicción de bienes no se haya imputado a otras personas. El agravio no resulta apto para la exoneración del recurrente, cuya inclusión en el régimen del Decreto-Ley N° 5148/55 no aparece desprovista de base racional, ni comprueba propósito de ilegítima persecución discriminatoria.[3851]

En suma, los agravios expuestos en el recurso extraordinario deben afectar de forma personal a la parte que lo esgrime, resultando improcedente dicho remedio cuando se deduce en interés de terceros cuya representación no se invoca.[3852]

El interés se puede perder por la conducta deliberada del recurrente que podría haber convenido la renuncia expresa a transitar por esta senda; o ser consecuencia de actos disciplinados fuera del proceso que muestren una conducta contradictoria (*v. gr.* recurrir una tasa o impuesto y acogerse a una moratoria para su pago).[3853]

2. *Interés colectivo*. La defensa del interés colectivo altera la personalidad del recurso en el sentido de no mirar el perjuicio directo del afectado sino el derecho que globalmente se altera. La representación encuentra aquí la necesidad de ser suficiente y adecuada.

   Hay veces que desde el interés individual se alcanza al grupo, por ejemplo, cuando se afirma que la situación que lesiona el

3850. CSJN, Fallos: 246:71.

3851. CSJN, Fallos: 248:422.

3852. CSJN, Fallos: 326:3258, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación".

3853. CSJN, Fallos: 306:1217.

derecho público subjetivo debido al sometimiento a proceso por más de diez años vulnera de manera simultánea, manifiesta y grave, un principio institucional básico en la medida en que excede el interés personal y afecta, además de la garantía de la defensa en juicio, a la conciencia de la comunidad. Por lo tanto, cabe admitir que se presenta una cuestión institucional de suficiente importancia que autoriza la apertura del recurso extraordinario.[3854]

3. *Interés económico*. Como regla el interés económico está fuera de la tutela del recurso extraordinario. Se afirma desde antiguo que carece de eficacia el monto del litigio o de las cosas o bienes litigados, desde que para todos alcanza el amparo de la Constitución y las leyes que dicte el Congreso.[3855]

690.6 Perjuicio actual y subsistente

El gravamen debe ser *actual* y perdurar hasta que se resuelva el recurso; de otro modo, la cuestión deviene abstracta y pierde sentido la rogatoria ante el Tribunal Superior. En tales supuestos, se torna inoficiosa la intervención, porque las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario, pues la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la del poder de juzgar.[3856]

No obstante, hay situaciones que al quedar consumadas y perder así la reparabilidad del perjuicio que se ofrece permiten a la Corte continuar el interés por la trascendencia del caso, que por su propia naturaleza conserva la necesidad de definir desde la jurisprudencia superior una posición que oriente para el futuro.

La inexistencia de gravamen por insubsistencia del perjuicio no significa que desaparezca el interés económico o jurídico que cancele la competencia extraordinaria de la Corte Suprema.

3854. CSJN, Fallos, 325:3494 "Salomoni, Jorge Luis y otros s/ defraudación - causa N° 22.241 - Carlos Alfredo Grosso-" (voto del Dr. Julio S. Nazareno).

3855. CSJN, Fallos: 55:390.

3856. CSJN, Fallos 328:3996.

En la causa "Marín, Rubén H."[3857] se da un ejemplo de cuanto se afirma. En ella, el querellado había cesado en el ejercicio de su mandato como diputado y, por ello, la controversia acerca de la posibilidad de someterlo a proceso, en orden a la inmunidad consagrada en el artículo 68 de la Constitución Nacional, se había tornado abstracta. Sin embargo, la Corte, atento a los efectos que esa declaración produciría, sostuvo:

> El cese del mandato no afecta el análisis de la conducta juzgada, ya que tratándose de una tutela funcional e institucional, son los actos y dichos realizados durante la vigencia del mandato los alcanzados por el art. 68 de la Norma Fundamental.

Por eso, se reiteró la doctrina establecida en un precedente anterior,[3858] donde fue señalado que, aun cuando no exista interés actual que sustente la intervención del tribunal para resolver cuestiones litigiosas, este conserva la jurisdicción necesaria para evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado cause un gravamen no justificado por la manera en que haya quedado limitada la relación procesal.[3859]

En consecuencia, la inexistencia de gravamen actual puede quedar sorteada si se demuestra la ineludible necesidad de justicia, cuya preservación le corresponde a todo tribunal, y en especial a la Corte cuando atiende el máximo remedio.

691. Requisitos propios

La especialidad del recurso extraordinario obliga a dar cumplimiento con otros recaudos que exigen alegación y fundamentación, es decir, no basta con invocar su existencia: se debe demostrar,al mismo tiempo, cada uno de ellos.

Es el campo de las cuestiones federales, y a partir de ellas, es preciso demostrar que:

a. tienen una relación directa con el asunto donde el recurso se interpone;

3857. CSJN, Fallos: 327:4080.

3858. CSJN, Fallos: 307:2061.

3859. CSJN, Fallos: 247:466.

b. que se ha resuelto en forma contraria a la Constitución Nacional o su doctrina;
c. que la sentencia es definitiva y
d. que proviene del Superior Tribunal de la Causa.

Cada requisito supone fundamentación autónoma, y globalmente el recurso tiene que ser autosuficiente para encontrar en esa motivación la suficiencia de razones que eviten tener que confrontar el expediente. Cuando ello no ocurre, el extraordinario no satisface el cumplimiento de los requisitos propios y, por tanto, se debe desechar por inoficioso.

691.1 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, de los enfrentamientos entre normas o actos de carácter infraconstitucional con la Carta Fundamental.

En las *cuestiones simples* es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, es decir, tiene que evidenciar por qué 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.

La jurisprudencia es profusa y basta señalar que el objeto preciso de la cuestión federal simple es determinar el alcance de los deberes, derechos y garantías constitucionales, ante una aplicación probablemente errónea o equivocada, sin que ella importe entrar en colisión con otra norma o acto, en la medida que solamente es una crisis de identidad en la que se manifiesta el desconocimiento de un derecho o una prerrogativa que emana en forma directa del texto fundamental.

En el caso de las "leyes del Congreso" se trata de las sancionadas con el alcance del artículo 75 de la Norma Fundamental, donde el conflicto se plantea por la aplicación o lectura contraria a la que deriva de la Constitución o los tratados incorporados por el artículo 75.22, que tienen igual jerarquía. Se trata de normas federales, a raíz de lo cual, queda fuera del marco del recurso extraordinario la legislación común (*v. gr.* códigos civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social, las leyes incorporadas a esos códigos y las que los integran, modifican o amplían). La misma solución es obviamente aplicable a los decretos reglamentarios de leyes comunes, así como a los reglamentos autónomos, resoluciones ministeriales y demás normas emanadas de autoridad nacional que versen sobre materias de derecho común.[3860]

Sin embargo, la jurisprudencia reconoce que ciertas disposiciones del derecho común pueden encontrar carácter federal cuando proyectan en su texto alcances constitucionales (*v. gr.* exenciones impositivas dispuestas en una ley de asociaciones profesionales; eliminación de recursos que impiden el ejercicio de la doble instancia; etc.).

Inclusive hay una categoría de normas llamadas "mixtas" o "ambivalentes" que juegan en el espacio del derecho de naturaleza federal cuando impacta con su texto en el derecho público; o se restringe al espacio de lo privado y sólo reglamenta o dispone para este sector del derecho común (*v. gr.* la Ley N° 16507, sobre reincorporación de empleados bancarios, si bien reviste carácter común respecto de relaciones de trabajo contraídas entre particulares, asume índole federal cuando se aplica a un vínculo de empleo público nacional como es el que se genera con los bancos oficiales en el orden nacional. A la inversa, se resolvió que el artículo 5 de la Ley N° 21307, en tanto establece la forma en que corresponde disponer incrementos de carácter general de las remuneraciones del personal de los sectores público y privado, debe considerarse de naturaleza común si la causa versa sobre reclamaciones salariales originadas en el sector privado).[3861]

El planteo de las *cuestiones complejas*, a su turno, muestra dos senderos. Uno transita la colisión entre una norma infraconstitucional (*v. gr.* ley local o federal; actos de autoridad local o federal, etc.) con

3860. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, pp. 106-107.
3861. CSJN, Fallos: 271:103 y 304:568, respectivamente.

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*.

En las *cuestiones federales complejas directas* la actuación de la Corte tiende a resolver la impugnación de una norma o de un acto que se estima incompatible con la Constitución, con prescindencia de otra norma o acto. De este modo la interpretación inmediata que realiza en el sistema anterior, ahora tiene otra etapa: primero, fija el alcance o significado de la norma y después verifica su constitucionalidad. Si las leyes impugnadas son, en cambio, normas o actos de derecho común o local, el tribunal cimero comienza por atenerse a la interpretación acordada a aquellos por el órgano judicial inferior –que cuenta para ello con facultades propias y exclusivas conforme a lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12, y 122 y ss., CN–, y le corresponde únicamente resolver si tal interpretación –que no puede ser practicada sin riesgo de trasgredir los límites trazados a la competencia federal– es o no compatible con los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados.

En estos casos –explican Imaz y Rey–:

> La Corte Suprema tiene que partir de la base de que la norma, o el acto, dice lo que el tribunal de la causa declara que dice. El recurso extraordinario no autoriza a revisar esa interpretación, sino a decidir si interpretados en la forma que lo han sido, son o no constitucionales. Porque también para los supuestos de cuestiones federales complejas rigen las limitaciones impuestas a la justicia federal por la Constitución Nacional.[3862]

Finalmente, en el caso de *cuestiones federales complejas indirectas*, la inconstitucionalidad de una norma o acto se funda en su incompatibilidad con otra norma o acto que, de acuerdo con la Norma Básica, reviste carácter preeminente. Es claramente una afrenta al principio de la supremacía constitucional (art. 31), y obliga a la Corte a actuar con el mismo doble sentido ya apuntado: primero, establecer el alcance de la norma y después resolver su ajuste con la Constitución.

3862. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

Si, por el contrario, las normas en conflicto no revisten carácter federal, la actividad del tribunal debe atenerse a la interpretación que de ellas haya formulado el órgano judicial inferior; carece por lo tanto de facultades para rever la declaración de compatibilidad o de incompatibilidad que respecto de esas normas o actos contenga la resolución recurrida (arts. 75, inc. 12, 121, 122, 126 y ss., CN).

Como se observa, todas las cuestiones federales asientan en conflictos de interpretación constitucional o legal, o bien sobre actos emanados de autoridades de la nación, y siempre que la decisión adoptada sea contraria a lo que ellas disponen, como se verá en el requisito específico. En consecuencia, son temas de derecho, y entonces las causales de arbitrariedad que, por vía de principio, se refieren a situaciones de hecho, como la misma gravedad institucional, o la trascendencia del caso (art. 280, Cód. Proc.); cuando se articulan como fundamento central del recurso tienen la necesidad ineludible de demostrar el enclave con la Constitución, ya sea mediante la invocación al debido proceso (art. 18, 43, 75.22, CN), o demostrando el conflicto normativo.

Sin embargo, las cuestiones federales conforme los estándares del artículo 14 de la Ley N° 48 han quedado absolutamente vetustas, como fundamos más adelante.

691.2 Relación directa

La procedencia formal del recurso extraordinario depende de las cuestiones federales, y dentro de estas es necesario acreditar que aquella guarda una relación directa e inmediata con lo resuelto en la causa. Este es un requisito del artículo 15 de la Ley N° 48:

> Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa.

Después veremos que el tema federal que implica proteger el principio de supremacía constitucional no basta para dar lugar al recurso, si no acompaña a la cuestión el hecho de ser trascendente en orden a las consignas que introdujo la Ley N° 23774, en el artículo 280 del Código Procesal.

Expone Palacio:

> Más allá de la ambigüedad de que adolecen estos últimos preceptos, de su comparación con el texto del artículo 15 de la Ley N° 48 se sigue que mientras la ausencia de relación directa e inmediata determina sin más el rechazo del recurso extraordinario, la falta de los recaudos que aquellos mencionan obsta a la admisibilidad de la impugnación sólo en tanto ello derive de la "*sana discreción*" de la Corte Suprema, aunque frente a la ausencia de agravio federal suficiente o de sustancialidad el poder discrecional del Tribunal debe estimarse limitado a la posibilidad de rechazar aquella con prescindencia de la pertinente fundamentación.[3863]

La relación directa e inmediata debe demostrarse, no basta la simple invocación. Hay veces que la remisión del recurrente a los preceptos constitucionales que considera violentados incluye algunos que no lo son tanto, porque es propio de la técnica de fundamentación indicar cuáles son las afectaciones sufridas, de qué manera perjudica al interesado y, si ellas fueran de derecho común, tendrá que razonar suficientemente la articulación con las cuestiones federales.

La Corte ha declarado que, para la concesión del recurso extraordinario, la cuestión oportunamente propuesta al tribunal de la causa debe vincularse de manera estrecha con la materia del litigio, de modo que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio, en forma que este no pueda ser fallado –en todo o en parte– sin resolver aquella.[3864]

Empero, cuadra advertir que, aun contando con fundamentos no federales, y sin llegar al extremo de la arbitrariedad, la apreciación de los hechos de la causa o la exégesis de normas de derecho común o procesal es susceptible de alterar garantías constitucionales y lo resuelto guarda, por consiguiente, relación directa e inmediata con aquellas.[3865]

En cambio, dice Morello:

> Si la solución en el fondo o mérito puede arribar válidamente por otro sendero (por caso por la aplicación del derecho civil o comercial) sin que

3863. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1997, pp. 123 y ss.

3864. CSJN, Fallos: 248:828; 270:233; 276-365; 278-271; 280-376; 313-253.

3865. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal*, *op. cit.*, p. 127; CSJN, Fallos: 246:87.

sea tocado el derecho federal, no mediará esa conexión esencial entre lo controvertido y su composición.[3866]

691.3 Resolución contraria

La cuestión federal invocada tiene que haber sido resuelta en forma contraria al basamento constitucional que consagra la Norma Fundamental, o una ley, decreto o disposición de una autoridad nacional. Lo de "contraria" significa que la sentencia atacada prefiere dar validez a un acto que contraría el principio de supremacía.

La decisión que se adopta en contra de una cláusula constitucional tiene diferencias de resultados cuando se está frente a una *cuestión federal simple*. En estos casos, basta con demostrar la violación al precepto para tener fundado este extremo del recurso. Cuando se trata de *cuestiones complejas*, la compatibilidad de normas o actos locales con la Constitución tiene aristas diferentes. Cabe recordar que las autonomías provinciales permiten consagrar cartas constitucionales propias que, obviamente, no pueden contrariar el principio de la Norma Fundamental de la Nación. Sin embargo, encuentran posibilidades expansivas que al confrontarse no hallan un alojamiento preciso para deducir ciertamente la violación a dicha supremacía.

Es decir, cuando el artículo 14, inciso 3, Ley N° 48 dice que procede el recurso extraordinario cuando se pone en juego la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o bien, de una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional, está indicando que la decisión es adversa u opuesta al uso corriente o a la aplicación general que se tiene acordada. El pronunciamiento vulnera, entonces, la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en la cláusula constitucional que es materia de litigio.

En cambio, cuando el recurso se deduce contra una norma o acto provincial, sólo es admisible frente a la hipótesis de que la resolución impugnada declare la validez constitucional de aquellos, conforme reza el artículo 14, inciso 2, de la Ley N° 48.

3866. Morello, Augusto, *Actualidad del recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 170.

Dice Garay:

> Esta última conclusión reconoce como antecedente la finalidad perseguida por el *writ of error* reglamentado por la *Judiciary Act* norteamericana, que consistía en preservar la supremacía del derecho federal y privaba por lo tanto de sentido al remedio deducido contra un fallo que invalidaba una norma local. Cuadra, sin embargo, reparar en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto local puede configurar una genuina cuestión constitucional tutelable mediante el remedio extraordinario, ya que dicha declaración es susceptible de contrariar la validez de un título, derecho, privilegio o exención consagrados por alguna cláusula constitucional en los términos del art. 14, inc. 3° de la ley 48, aunque recién en una sentencia dictada con fecha 17 de febrero de 1987[3867] la Corte Suprema tuvo por configurada la hipótesis prevista en esta norma en razón de encontrarse centralmente debatido en la causa el sistema de competencias –federal y local– previsto por la Constitución Nacional y resultar el pronunciamiento impugnado contrario al principio de autonomía provincial invocado por el recurrente con fundamento en los arts. 5° *in fine*, 104, 105 y 108 de aquella.[3868]

Sin embargo, la claridad que supone trabajar con esta regla: *todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones federales deben terminar con decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como fiel intérprete de la Constitución* (art. 31, CN), no es tan clara ni precisa cuando se quiere ponerla en práctica.

En los hechos, la resolución contraria obliga a tener un estándar de aplicación, y como la jurisprudencia de la Corte es meramente orientativa o de valor moral sin generar obligatoriedad de cumplimiento, ni acatamiento forzoso para los tribunales inferiores, ocurre que el requisito se vuelve difuso, al punto de tener que aligerar la carga de fundamentación cuando se invocan cuestiones federales simples (que es mera interpretación sobre un precepto constitucional o de similar jerarquía) o complejas (donde la tarea de confrontación no tiene parámetros).

Por otro lado, con la Ley N° 23774, profundizada por la Acordada N° 4/2007, el deber de resolver en la admisión la cuestión constitucional genera una distorsión técnica que incide en la naturaleza del recurso extraordinario. Las decisiones que importan cuestión federal

3867. CSJN, Fallos: 310:295.

3868. Garay, Alberto, "Recurso extraordinario y resolución contraria", *LL*, 1993-D-946.

son las únicas (idóneas) que pueden llegar a la Corte, pero para que esta las resuelva el Superior Tribunal de la Causa debe haber juzgado previamente y, una vez realizado ello, puede suceder que considere que no reviste trascendencia.

Vale decir que la formación de jurisprudencia que define cuándo una resolución es contraria o no, no tiene posibilidades claras, y entonces un juzgado o tribunal de apelaciones puede resolver con desconocimiento de la interpretación superior.

Garay pone en escena la *tesis del olvido* que había sido tratada por Imaz bajo el seudónimo de Strohm,[3869] para sostener quien tenía el deber de aclarar el sentido de una norma.

> Si lo que Strohm se propuso era proclamar (o presuponer) el olvido del legislador, una conducta hermenéutica apropiada debió haber tenido en cuenta, previamente y como mínimo, los debates legislativos. Es obvio que si se presume que el legislador olvidó cierta circunstancia, el primer paso que debiera dar el intérprete es fundar dicha presunción demostrando (a) que los legisladores sabían en el año 1863 lo que Strohm denuncia noventa años después; (b) que el defecto achacado por este último también era tal para los legisladores de la Ley N° 48; (c) que ellos querían evitar ese defecto; y (d) que, pese a ello, el artículo concluyó redactado como existe hoy. La verificación de estos pasos y la constatación de las afirmaciones que presuponen hubieran dado algún sustento para concluir en que el olvido del legislador fue la causa determinante en la exclusión de los casos que el inc. 2° excluye. Sin embargo, estas consideraciones son soslayadas por el autor. En lugar de proceder de este modo, extrae este supuesto olvido de una consecuencia lógicamente descriptiva, *v. gr.* si se exige resolución contraria al derecho federal se excluyen los casos en los que se declaró la inconstitucionalidad de leyes provinciales, a pesar de que la interpretación constitucional pueda ser equivocada. Ello inhibe a la Corte de ejercer la tutela del orden institucional por medio del recurso extraordinario. Sin embargo, ello no demuestra la verdad o falsedad de la afirmación acerca de que esto sucedió por un supuesto olvido. Ni siquiera autoriza a inferirlo. Tampoco demuestra que los legisladores de la ley 48 pensaran que el recurso extraordinario tuviera la extensión que Strohm le adjudica (*v. gr.* que la Corte ejerza la tutela del orden institucional). Strohm, conocedor experto de la jurisprudencia del Alto Tribunal, debió

3869. Corresponde aclarar que Esteban Imaz introdujo en muchos de sus trabajos un cambio en su apellido, utilizando la "Y" (griega) en lugar de la "I" (latina).

> haber sabido que, en reiterados casos, la Corte había dicho que no se presume la inadvertencia o impericia o falta de previsión del legislador. A la luz de tal jurisprudencia y para disipar esa suposición –como se sostuvo más arriba–, su afirmación acerca del "olvido" debió haber estado acompañada de un estudio acerca de los debates legislativos de la Ley N° 48 y de su fuente, la *Judiciary Act* de 1789. Sobre todo cuando decenas de precedentes del Alto Tribunal habían predicado que el objeto perseguido por el recurso extraordinario no era permitir la revisión constitucional de todos los conflictos entre una norma provincial y una federal. Era asegurar la supremacía del derecho federal. Fuera de los casos descriptos en el art. 14 de la ley 48, dijo el Alto Tribunal refiriéndose expresamente al supuesto que nos ocupa, la "Corte no tiene, entonces, misión que llenar.[3870]

Lo cierto es que cualquiera sea la orientación prevista para resolver cuándo se está frente a una resolución contraria al derecho federal invocado, la premisa mayor es facilitar el acceso a la justicia.

El Tribunal Superior ha dicho en esta polémica:

> Es exacto que esta Corte ha decidido en casos que versaban sobre interpretación de leyes generales de la Nación, que ambas partes entendían compatible con su derecho que la procedencia del recurso extraordinario no se supedita a la resolución contraria a la pretensión de ninguna de ellas, pues entonces, cualquiera sea el tenor de la sentencia, necesariamente envuelve el desconocimiento de una facultad o una exención fundada en una ley federal.[3871] Es decir, que cualquiera de las partes que gane, habrá resolución contraria para la vencida.[3872]

En otras oportunidades, la resolución contraria surge de la omisión de considerar en la sentencia cuestiones oportunamente planteadas, provocando la llamada "resolución contraria implícita". El problema de fundamentación puede estar en que la omisión es causal de arbitrariedad,[3873] en cuyo caso la coincidencia debe encontrar carriles de motivación independientes para destacar, por un lado, cómo impacta la arbitrariedad de la omisión; y por otro, por qué el olvido de resolver constituye una decisión contraria al derecho federal que se sustenta.

3870. Garay, Alberto, "Recurso extraordinario y resolución contraria", *LL*, 1993-D-946.
3871. CSJN, Fallos: 247:277.
3872. Lugones, Narciso, *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 150.
3873. CSJN, Fallos: 297:322; 298:71, 195, 212 y 214; 299:17, 32 y 191; 301:174, entre muchos más.

691.4 Sentencia definitiva

Sólo se pueden apelar ante la Corte Federal las sentencias definitivas pronunciadas por los Superiores Tribunales de provincia, por las cámaras federales y de la "justicia nacional". Tanto el Código Procesal (art. 289) como la jurisprudencia afirman que sentencia definitiva es la que pone fin al pleito e impide su continuación. Sin embargo, este solo requisito no torna viable el recurso porque, además, el pronunciamiento debe generar con esa definitividad un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.[3874]

La problemática de la exigencia ritual asienta en la equiparación de muchas decisiones que, dejando abierta la revisión en otro proceso o resolviendo antes del pronunciamiento final, importan definiciones que se vuelven irreversibles y provocan claras afecciones en los intereses de quien lo padece.

La Corte tiene dicho que a los efectos del recurso extraordinario son "equiparables" a la sentencia definitiva aquellos pronunciamientos que resuelven en contra de un interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional o en las leyes federales. El recurso extraordinario no subsistirá una vez dictado el pronunciamiento final, por lo que el agravio del recurrente –referido a la prolongación injustificada del proceso y la consiguiente afectación al derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN)–, ya no podrá ser revisado con eficacia en oportunidad de recaer en la causa el fallo final.[3875]

Por eso corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario contra la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título deducida a fin de obtener un pronunciamiento contrario a la existencia de la deuda, exigida en concepto de tasa de derechos de ocupación o uso de espacios públicos, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a esta (art. 14 de la Ley N° 48).[3876]

Aunque se haya sostenido que es improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución que abre la causa a prueba por falta de sentencia definitiva al no impedir la prosecución del proceso,

3874. CSJN, Fallos: 242:460; 245:204; 248:402; 307:784, etc.

3875. CSJN, Fallos: 332:2657, "Fiszman y Compañía SCA c/ Dirección General Impositiva".

3876. CSJN, 5/5/2009, "Municipalidad de Olavarría c/ Telefónica de Argentina S.A.", M 1456 XLII, RHE.

ni pronunciarse de modo final sobre el fondo del asunto; se ha hecho excepción a esta regla considerando que la decisión resulta equiparable a tal si origina al litigante un perjuicio de dificultosa reparación ulterior por dilatar injustificada e innecesariamente la satisfacción plena de su derecho, con desmedro de la expeditiva y eficaz protección judicial que exige el derecho de defensa en juicio.

Para el supuesto, son numerosos los precedentes, y se insisten cuando se alega que, si pese a la intervención anterior de la Corte en la cual se precisaron las pautas que –con particular referencia al cumplimiento de recaudo de sentencia definitiva y a la presencia de una cuestión federal– debían ser respetadas para conceder fundadamente el recurso extraordinario, ello no ha sido suficiente para que los jueces de la Corte local extremen el rigor en el examen del asunto, se demuestra un manifiesto desinterés en acatar las decisiones del tribunal, y se desconoce, entonces, la autoridad superior de la que está institucionalmente investido.[3877]

El carácter de sentencia definitiva o equiparable a ella se debe demostrar en todas las situaciones, aun en las inciertas, donde no hay reglas de fundamentación mejores que las que señalen la imposibilidad de continuar con el tratamiento de la cuestión, a lo que se deberá añadir la dificultad de reparar el perjuicio ocasionado.

Por su parte, el gravamen proveniente de la irreparabilidad del perjuicio tiene que indicar cómo y dónde surge, y cuál es la respuesta que se persigue de la Corte (Acordada N° 4/2007).[3878]

691.5 Superior Tribunal de la Causa

Este requisito del recurso extraordinario se vincula con la determinación del órgano judicial del que emana la sentencia que la Corte Suprema entenderá mediante el recurso extraordinario. Está previsto al comienzo del artículo 14 de la Ley N° 48 y, pese a que la norma es clara cuando se refiere a los "Tribunales Superiores de provincia", la definición no ha encontrado, por mucho tiempo, interpretación concordante.

El recaudo contenido en el artículo 14 de la Ley N° 48, según el cual es menester que la sentencia atacada haya sido dictada por el Tribunal

3877. CSJN, Fallos: 331:2302, "Capdevila, Benjamín Ramón c/ inc. de excepción de falta de acción inter. por el Dr. Julio Federik, etc.".

3878. CSJN, Fallos: 258:126; 264:202 y 226.

Superior de la causa, ha sido descripto por Imaz y Rey como el órgano jurisdiccional que debe decidir en última instancia, dentro de la respectiva organización procesal, la cuestión federal en disputa. O sea, sin recurso alguno para ante otro tribunal, fuera de la Corte Suprema de la Nación[3879].

Un exhaustivo trabajo de Oteiza muestra la historia y evolución del concepto. Dice el profesor titular de la Universidad de La Plata:

> Al analizar el problema referido a si los más altos tribunales de provincia deben ser considerados como Tribunal Superior de la causa a los fines del recurso extraordinario federal, los autores aludidos, señalan que como regla general es posible afirmar que las instancias extraordinarias locales, cuando conocen por vía de tales recursos, no pueden ser tenidas como superior tribunal local[3880] y que tal carácter se ha atribuido a las cámaras de apelación que resuelven la cuestión federal planteada.[3881]
>
> Las supremas cortes de provincia, de acuerdo con esta postura, son tribunal superior sólo cuando revocan la decisión del tribunal ordinario que acogía el planteo federal.[3882] Aclaran que esa interpretación se funda en que la jurisdicción apelada de las cortes supremas provinciales ha sido organizada, en la mayoría de los casos, con carácter de casación de constitucionalidad local y de inaplicabilidad legal. Se trata, añaden, de recursos de extensión limitada, ordinariamente no comprensivos de las cuestiones de naturaleza federal.
>
> Cabe agregar que en forma singular, pero no por ello menos importante, en el caso "*Don Bernardo López"* la Corte Suprema resolvió que la sentencia de segunda instancia provincial no puede ser tenida por idónea a los fines de interponer el recurso extraordinario federal "desde que existen recursos contra ella en el orden local que pudieron hacer innecesaria la intervención de los tribunales federales en defensa de las garantías constitucionales que se pretenden desconocidas".[3883]

3879. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 217; CSJN, Fallos, 66:257; 99:228; 149:427; 158:197 y 200.

3880. CSJN, Fallos: 86:324, 114:16; 116:138; 118:388; 123:82; 124:66; 126:79; 130:5; 144:253; 176:330; 182:383; 190:21; 191:364.

3881. CSJN, Fallos: 73:27; 99:281; 126:118; 134:370; 149:427; 153:46; 158:197 y 200; 176:330; 190:21.

3882. CSJN, Fallos: 150:39, 156:188; 188:383; 190:466; 191:125; 248:576 y 196.

3883. CSJN, Fallos: 99:172. Ver sobre el particular el comentario realizado por Juan C. Hitters en: "Tribunal superior de la causa (a los fines del recurso extraordinario federal), *ED*, 107-833, donde le asigna al caso el carácter de antecedente de la posición sostenida por la Corte en el caso 'Cautana'". Es preciso decir que en el proceso: "López,

Salvo la mentada excepción la Corte Suprema de Justicia de la Nación por algo más de cien años mantuvo la doctrina antes reseñada. Hasta llegar al caso "*Cautana Agropecuaria Forestal*". Ante el dictado de una sentencia del Juzgado Civil y Comercial de Minas y Laboral de San Luis, que denegó la oposición a una mensura de una mina, se entabló el recurso de casación provincial y el extraordinario federal. El juez rechazó el primero y concedió el segundo. Contra la denegatoria del recurso local se presentó una queja que luego fue declarada desierta por la falta de fundamentación tempestiva. En noviembre de 1980 la Corte de la Nación resolvió en el proceso "*Cautana Agropecuaria Forestal c./ Sociedad Colectiva s/ solicita inscripción de mina*" que "sólo es imputable a la conducta discrecional de la parte la pérdida de una vía que ella consideró apta para reparar su gravamen lo que determina, en el caso, la admisibilidad del recurso federal que no llena así los recaudos a que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48 en cuanto a la exigencia relativa al tribunal del cual debe provenir la sentencia definitiva".[3884]

De ese modo la Corte nacional precisó que en el supuesto que el recurrente perdiera un carril procesal que consideró útil para el tratamiento de la cuestión en sede local, por aplicación de la doctrina del acto propio, el recurso extraordinario federal se puede declarar inadmisible, por no emanar del superior tribunal de la causa.[3885]

El caso Jubert. En este precedente la Corte Suprema retornó a su tesis tradicional, dejada de lado a partir de *Cautana*, pero los doctores Gabrielli y Guastavino fundaron puntualmente su disidencia. El argumento principal desarrollado por la minoría consistió en destacar que la Ley N° 48

Bernardo, y otros, en autos con la Municipalidad de Villa del Rosario" ante la sentencia de la Cámara en lo Civil de la provincia de Córdoba no se interpuso el recurso de revisión, vía que según la Corte era apta para revocar el decisorio aludido.

3884. CSJN, Fallos: 302:1337, consid. 3. En el dictamen del Procurador Fiscal, coincidente con el criterio mantenido por la Corte, se advierte que el argumento para desestimar la apelación extraordinaria fue exclusivamente la utilización ineficaz de un recurso apto para dar solución al agravio. Los alcances de la interpretación citada son examinados por Augusto M. Morello, "¿Cuál es el superior tribunal de la causa en la reciente jurisprudencia de la Corte nacional?", *ED*, 95-509, y en *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, Hammurabi, T. II, 1981, p. 467.

3885. La sentencia fue anotada por: Morello, Augusto, "Superior tribunal de la causa: ¿Se ha dicho la última palabra?", *JA*, 1982-IV-632; Palacio, Lino Enrique, "El retorno a la Corte Suprema a su jurisprudencia tradicional sobre el Tribunal Superior de la causa a los fines del recurso extraordinario" en *LL* 1983-B, p. 305; Bidart Campos, Germán, "El caso "Jubert": recursos locales para llegar al extraordinario. La sentencia definitiva del superior tribunal de la causa", *ED*, 108-238.

modificó el sistema de instancias locales y federales de la Ley N° 27, estableciendo que se debía producir la radicación y el fenecimiento obligado de las causas en el fuero provincial, circunstancia que significa, a juicio de los ministros disidentes, el respeto cabal del federalismo instituido por la Constitución.

En mérito a ello entendieron que los recursos locales de extensión limitada, o extraordinarios que no contemplasen el tratamiento de la cuestión federal, deben ser utilizados si poseen idoneidad para eliminar el gravamen.

El caso Municipalidad de San Martín de los Andes c./ Ugarte, Roque, suc. El 24 de mayo de 1984, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de intervenir con motivo de una queja planteada ante el rechazo de un recurso extraordinario interpuesto ante la Cámara en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén. El fundamento de la denegatoria consistió en que el *a quo* consideró que la sentencia atacada no podía considerarse definitiva toda vez que no se habían agotado los recursos extraordinarios locales por gravedad institucional y arbitrariedad.[3886]

Los ministros de la Corte Nacional difirieron en el camino a adoptar para rechazar el recurso de hecho. La mayoría, compuesta por los doctores: Genaro R. Carrió, Augusto C. Belluscio y Enrique Petracchi, decidió que la resolución de la Cámara fue atacada aludiendo a que producido el agravio constitucional en un tribunal que actúa como última instancia ordinaria, se abre la vía extraordinaria elegida, resultando optativo de la parte la elección de la instancia recursiva local, y esa aseveración importa reconocer, de algún modo, que el tribunal que intervino como última instancia ordinaria no fue, en el caso, el superior tribunal de la causa a que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48. Los doctores José S. Caballero y Carlos S. Fayt, por el contrario, sostuvieron que debía reiterarse la jurisprudencia tradicional de la Corte según la cual es tribunal superior de la causa aquel que dentro de la respectiva organización procesal se encuentra habilitado para decidir en último término sobre la materia que suscita la cuestión federal. La escueta fundamentación y la ajustada

3886. El fallo fue publicado en *JA* 1984-IV, 57, con nota de Martínez, Hernán, "El recurso extraordinario federal y los recursos extraordinarios provinciales". La decisión es comentada, también, por Berizonce, Roberto, "Apuntes sobre el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario federal", *ED*, 110-1011; Sagüés, Néstor, "Nuevamente sobre la sentencia definitiva y el superior tribunal de la causa para el recurso extraordinario", *LL*, 1984-C, p. 1268; Martínez, Oscar, "Evolución y significado actual del concepto superior tribunal de la causa en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional", *ED*, 113-743.

mayoría con que se resolvió la cuestión generó un sinnúmero de dudas sobre el criterio imperante.[3887]

El caso Strada, Juan L. La disparidad de criterios mantenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante los primeros años de la década del 80 provocó confusión tanto en quienes debían intentar el recurso extraordinario federal como en los órganos jurisdiccionales encargados de concederlos o denegarlos. De allí que con el afán de procurar certeza resolvió:

Esta Corte reafirma que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno nacional la de organizar su administración de justicia y que, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva, por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes (arts. 104, 105 y 108, Constitución Nacional) empero conceptúa, parejamente, que tal ejercicio es, desde todo punto de vista, inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes.

Se sigue de lo expuesto, que el aseguramiento de la administración de justicia a cargo de las provincias (art. 5°, Constitución Nacional) reclama, con carácter de necesidad, que sus jueces no estén cegados al principio de su primacía evocado, para que dicha administración de justicia sea plena y cabalmente tal. Para agregar más adelante: "En conclusión, las provincias son libres para crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero no pueden vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional".

Si bien es cierto, como lo destaca Sagüés, que la Corte en los considerandos comentados califica a las instancias provinciales de idóneas (consid. 4° y 7°), útiles (consid. 5°) y aptas (consid. 10), hasta el consid. 9° la directriz argumental consagra la tesis de Bidart Campos según la cual la pregunta que tiene origen en lo sostenido en el consid. 5° del fallo donde se dice: "no ha de ser excluida localmente instancia útil alguna como requisito para habilitar esta competencia extraordinaria", de donde nace la pregunta ¿Y cuál es instancia útil? Debería ser contestada del siguiente modo: "Cualquiera que permite acceder hasta el último (o superior) tribunal de cada provincia dentro de su administración judiciaria, aunque

3887. Oteiza, Eduardo, "El recurso extraordinario federal (Comentario de una sentencia que abre interrogantes en cuanto al Tribunal Superior de la causa)", *LL*, 1990-C-109.

esa instancia recursiva tenga naturaleza excepcional, extraordinaria o limitada. Por ende, hay que adoptarla para obtener la sentencia 'definitiva' de ese tribunal superior provincial, con lo que ahora queda equiparada, como principio, el tribunal superior 'de la causa' con el 'tribunal superior de cada provincia'".

Las dudas nacen al examinar el consid. 10, en el que se enturbia el criterio hasta allí bosquejado. Dijo la Corte: "Que, en suma, esta Corte sienta la doctrina de que tribunal superior de provincia, según el artículo 14 de la Ley N° 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquel suscite. En los supuestos en que por razones diversas de esta última naturaleza, el órgano judicial máximo de la provincia carezca de aptitud jurisdiccional, aquella calidad la tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver el litigio por una sentencia que, dentro del régimen procesal respectivo, no sea susceptible de ser revisada por otro, incluso, por él mismo. Consecuentemente, los litigantes deben alcanzar a ese término final, mediante la consunción, en la forma pertinente, de las instancias locales, a efectos de satisfacer el recaudo examinado".

Además, cuando las partes consideren que las vías previstas en el ordenamiento local, quedan, para el caso concreto, terminadas con la intervención de las instancias inferiores de la justicia provincial, deberán exponer las razones pertinentes al interponer el recurso extraordinario federal, cuya concesión o denegación habrá de fundamentar, también en ese aspecto, el tribunal de la causa.

El doctor Carlos S. Fayt varió su posición adhiriendo a la mayoría por sus propios fundamentos y, sin incorporar a su voto párrafos similares al aludido consid. 10, con lo cual la interpretación de sus conclusiones no dio lugar a incertidumbre.[3888]

Tiempo después la Corte dicta sentencia en los autos "Christou, Hugo y otros c/Municipalidad de Tres de Febrero",[3889] donde el tribunal cimero sostiene que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno y a la zona de reserva jurisdiccional de las provincias impone reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Funda-

3888. Oteiza, Eduardo, "El recurso extraordinario federal (Comentario de una sentencia que abre interrogantes en cuanto al Tribunal Superior de la causa)", *op. cit.*

3889. CSJN, Fallos 310:324.

mental, así como emplazar la intervención apelada de esta Corte en el juicio que aquella le ha señalado: ser su intérprete y salvaguarda final. De ahí que esta Corte haya señalado que los máximos organismos judiciales de cada provincia no pueden negar la tutela jurisdiccional por medio de las vías que autoricen la Constitución y las leyes procesales locales en función de la índole constitucional federal de la materia examinada. Este carácter cabe asignar al supuesto de arbitrariedad de sentencia que, lejos de componer un fundamento autónomo de la apelación autorizada por el artículo 14 de la Ley N° 48, constituye el medio idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas en la Carta Magna.

De ahí que se advierta que los recurrentes no habían transitado por todas las instancias hábiles para resolver la cuestión federal, de forma tal –afirma– no constituye óbice decisivo la invocación de una jurisprudencia local que clausuraría la posibilidad de acceso a la instancia suprema provincial en virtud del carácter no definitivo de los pronunciamientos que recaen en juicios como el *sub examine* toda vez que, al hallarse en juego –en el caso– la protección judicial de la Constitución Nacional en virtud de la propia naturaleza de la pretensión deducida –una acción de amparo– no cabía apartarse de los principios que en la materia ha elaborado la Corte Nacional como fiel intérprete y salvaguarda de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental.

La jurisprudencia tiene una nueva expresión en el caso "Di Mascio, Juan R." (1988), donde la Corte regresa al precedente Strada, pero con algunas variaciones. Concretamente, dispone que en todo pleito donde se debatan cuestiones federales constitucionales, el asunto debe poder ir a la Corte Suprema provincial: La legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano, en tales supuestos, *v. gr.* por el monto de la condena, por el grado de la pena, por la materia o por otras razones análogas" (voto de la mayoría, cons. 14). Si existen tales prohibiciones, ellas serán inconstitucionales.

Para Sagüés,[3890] los argumentos centrales son: a) es facultad de las provincias programar su propia administración de justicia, pueden establecer las instancias que crean pertinentes; b) sin embargo, todos los

3890. Sagüés, Néstor "El recurso extraordinario y la obligación de las cortes supremas provinciales de conocer en los recursos locales", *LL*, 1989-B-415.

jueces pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad de las normas y actos; c) por ende, no es constitucional que una ley local prive el ejercicio de dicho control a la Corte Suprema de la provincia del caso, en una causa judicial; d) a lo expuesto cabe agregar que a partir de "Strada", la Corte Suprema ha establecido que antes de ir a ella, cabe agotar las instancias ordinarias o extraordinarias locales; y que estas no pueden omitirse so pretexto de que una Corte Suprema provincial no esté habilitada para conocer en asuntos constitucionales o de derecho federal, por ley o jurisprudencia de esa provincia; e) a lo mismo conduce el artículo 14 de la Ley N° 48, cuyo espíritu es que en todo pleito donde se discuta temática de derecho federal, la Corte Suprema Nacional sólo actúe una vez fenecido el proceso ante el órgano máximo de la judicatura local. Por ello, las decisiones aptas para ser resueltas por la Corte federal no pueden ser excluidas del conocimiento de las cortes locales, por las provincias.

Strada y Di Mascio concretan la interpretación sobre el significado de Tribunal Superior de provincia (jurisdicciones fuera de Capital Federal) o de la causa (jurisdicción federal y nacional). Es una auténtica decisión federal que descentraliza plenamente la intervención sobre las cuestiones federales, al señalar que deben ser ellos quienes resuelvan los temas constitucionales que se pretenden llevar a la jurisdicción superior. Al mismo tiempo, a nuestro parecer, es un testimonio que advierte sobre la necesidad de contar con un tribunal de casación federal y para la justicia nacional en lo civil y comercial, porque como ha dicho Morello:

> … de lo contrario, quedarían en la praxis canceladas las dos instancias últimas posibles dentro de nuestras fronteras. La primera, el retorno a la doctrina de "*San Martín de Tours*" y "*Cautana*", según la cual ordinariamente el Tribunal Superior lo constituían las Cámaras de Apelaciones cuyas sentencias eran las que debían ser atacadas por el control de constitucionalidad federal por el recurso extraordinario del artículo 14 de la Ley N° 48; la segunda la selección negativa que deriva del rechazo del recurso extraordinario si la sentencia recurrida abte la Corte Federal es sin más *inadmitida* por esta última (art. 280, Ley N° 23774).[3891]

3891. Morello, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello, Buenos Aires, Platense, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2006, p. 247.

692. Las formas del recurso en la Acordada Nº 4/2007

Los requisitos formales del recurso extraordinario difieren de aquellos que se establecen para los demás recursos. Algunos de ellos dependen del principio de eventualidad, es decir, de la precaución que tenga el interesado en anunciar que el conflicto suscitado podría llevarlo ante los estrados de la Corte Federal si la decisión sobre las cuestiones federales fuera contraria a las pretensiones que se fundan en normas constitucionales.

Otros varían entre el carácter y personalidad de quien formula la impugnación y, finalmente, la formalización de exigencias incorporadas en la Acordada N° 4/2007, que significa un cambio profundo en la presentación del recurso extraordinario y la queja por su denegación.

692.1 Introducción, reserva y mantenimiento de la cuestión federal

La admisión del recurso extraordinario exige verificar que la Corte puede resolver la causa donde se plantea porque en ella existen cuestiones federales oportunamente planteadas. La introducción (art.14, Ley N° 48) tiene por objeto permitir que el tema de agravio haya sido sometido a las instancias ordinarias y debatido en ellas, evitando así lo que constituye una reflexión tardía de las partes. Habitualmente, la cuestión federal se anuncia (reserva) sosteniendo que el problema en ciernes pone en tela de juicio alguna de las previsiones contempladas en los incisos del mencionado artículo 14.

Tanto la introducción como el mantenimiento de la cuestión federal no requiere de fórmulas sacramentales, pero es preciso observar que muchas veces el conflicto no centra el debate en asuntos constitucionales (aunque el fundamento sea mediato sobre ellos) sino de derecho común. En tal caso, este problema que no se da con las cuestiones federales simples, aparece con las complejas, en las que el requisito de introducción debe agregar las normas fundamentales que se verían afectadas en la hipótesis de una decisión contraria.

En otros términos, aclara la Corte, la mera introducción de cuestionamientos de normas locales resulta insuficiente para considerar configurada la presencia de una cuestión federal si, al mismo tiempo,

el derecho que se pretende hacer valer no está directa e inmediatamente fundado en un artículo de la Constitución. Además, la inteligencia de esa cláusula y la precisión de su sentido y alcance es el punto esencial para la solución del litigio. Por eso, a los fines de la correcta introducción de la cuestión federal, no son necesarias formulas especiales ni términos sacramentales ya que, aun cuando no se hubiese citado de manera concreta la fórmula tachada de inconstitucional, tal recaudo debe considerarse satisfecho cuando resulta claro que la petición conduce a invalidar las disposiciones que obstan al derecho invocado.[3892]

Explica Rojas que la informalidad para reservar la cuestión federal:

> ... requiere la mención concreta del derecho federal que se estima desconocido, y tal requisito no se cumple con la reserva del caso federal. Ello, en razón de que la Corte ha interpretado que es insuficiente la sola expresión del apelante de que reserva el caso federal, pues si bien no se requieren términos sacramentales, es necesario que exista un correcto planteamiento; y la mera reserva de ocurrir ante la Corte en caso de una decisión desfavorable no importa un adecuado planteo de la cuestión constitucional, ni tiene por efecto suplir la exigencia del recaudo de su introducción oportuna.[3893]

Ahora bien, el requisito de la introducción oportuna sólo rige respecto de las cuestiones federales previstas en el artículo 14 de la Ley N° 48, que deben ser resueltas de modo previo por los jueces de la causa a fin de dar lugar a la intervención del tribunal, último intérprete de estas. Sin embargo, la *arbitrariedad* no es un motivo típico, aunque se lo mencione como el inciso 4 "no escrito". En rigor, es la causal de nulidad del fallo por no constituir, a raíz de sus defectos de fundamentación o de formas esenciales, "la sentencia fundada en ley" a que se refiere el artículo 18 de la Constitución Nacional.[3894] De ahí que la cuestión federal pueda surgir después de las sentencias de grado, considerándose que "sorprende" al justiciable que, lógicamente, no podía anticipar una resolución tan inesperada.

La Corte ha dicho que no es propio exigir al litigante la introducción o el mantenimiento del caso federal antes del dictado de la

3892. CSJN, Fallos: 322:232, "Miranda de Rivero, Fanny Eva c/ Carlos Buessau SAIC y otra".

3893. Rojas, Jorge, *El recurso extraordinario*, *JA*, 2007-1-643, con cita de CSJN, Fallos 259:194, 272:57, 303:1264, 306:979.

3894. CSJN, "Sánchez de Elyeche, Sara Marta c/ Domínguez, Daniel Oscar y otro", 18/12/2007, S. 1135 XLII, RHE.

sentencia, cuando la cuestión nace con el dictado de ella misma en razón de haber resuelto la litis sin el debido fundamento.[3895] Si bien la cuestión federal debe formularse en la primera oportunidad procesal, atendiendo a la índole de los derechos en juego e integridad psicofísica del trabajador –y a las particularidades del caso–, el rigor de los razonamientos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar el fin esencial de las normas indemnizatorias; por lo que puede admitirse excepcionalmente la introducción del caso federal en la oportunidad de expresar agravios, máxime cuando la cuestión constitucional fue definida por la Corte en el sentido planteado por el recurrente.[3896]

En suma, la cuestión federal se debe introducir en los escritos postulatorios del proceso con base en el principio de eventualidad. Sólo excepcionalmente se admite deducir la reserva de ocurrir a la Corte, cuando de las sentencias de grado surge el error o desvío que produce la "resolución contraria" al derecho federal invocado.

Cuando se introduce en primera instancia, el éxito ante el *a quo* no significa que al contestar la expresión de agravios de la contraparte recurrente no se tenga que "mantener" la previsión anunciada. Más bien sucede todo lo contrario: el olvido puede ser causa de rechazo ante la omisión de conservar la reserva del caso federal. Se recuerda que, aunque la cuestión federal hubiese sido oportuna y correctamente introducida en el juicio, no puede ser objeto de consideración por la Corte si se ha hecho abandono de ella y se omitió incluirla entre los puntos sometidos al tribunal de alzada, o se la sustentó debidamente ante él.[3897]

Una vez planteado el recurso extraordinario, la cuestión federal se fundamenta. Ya no es reserva ni mantenimiento lo que acontece. Por eso, no constituye un obstáculo a la admisibilidad el hecho de que el recurrente haya planteado la existencia de cuestión federal sólo en el recurso extraordinario, pues en los casos en que se debate el alcance de una norma de ese carácter no rige la exigencia de su oportuna introducción.[3898]

3895. CSJN, Fallos: 321:1655, "González, Jesús Margarita y Ortiz, Ramón c/ Gobierno Nacional y/o quien resulte responsable".

3896. CSJN, Fallos: 321:1058, "Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente – Ley N° 9688".

3897. Fallos 300:429; 303:171; 317:1684; 321:1655; 323:2370, entre otros.

3898. CSJN, Fallos: 324:1344, "Deoca, Corina del Rosario c/ Paredes, Fidel Leónidas y Estado Nacional (M. de Defensa de la Nación) sumario".

692.2 Legitimación para recurrir

La legitimación difiere del interés tratado con anterioridad. En este caso, se trata de resolver quiénes son los portadores de la cuestión federal que pueden ser parte en el recurso extraordinario. Obviamente, quienes son "justas partes" del litigio tienen legitimación procesal, sin diferenciar el tipo de proceso dado que lo esencial, en tal caso, es la definición de sentencia definitiva. Tampoco interesa la calidad del litisconsorcio que la parte integre, sin perjuicio de los efectos que se produzcan. Inclusive, los terceros adhesivos (art. 90, inc. 1, Cód. Proc.) y aun los que suelen quedar presentados como "partes transitorias o incidentales", como los abogados y peritos en orden a los honorarios regulados en las actuaciones.

Según Palacio:

> No ofrece dificultad alguna el caso del litisconsorte originario o del tercero que habiendo sido debidamente citados para intervenir en el proceso lo hacen recién para interponer el recurso extraordinario federal contra la sentencia definitiva o alguna resolución que les ocasiona gravamen irreparable. El juez o tribunal de la causa debe, en tal hipótesis, conferir traslado a las partes interesadas y, contestado este o vencido el plazo para hacerlo, pronunciarse sobre la admisibilidad de la impugnación (art. 257 párr. 2º, Código Procesal). Es en cambio distinto el supuesto del interviniente voluntario (simple o litisconsorcial) que comparece con la misma finalidad precedentemente referida. En razón de que aquel puede presentarse cualquiera sea la etapa o instancia en que el proceso se encuentre (art. 90, Código Procesal), la interposición del recurso extraordinario configura sin duda un acto de intervención provisto de aptitud para convertirlo en parte, pero como tal conversión no es automática en tanto se halla supeditada a la prueba que produzca el interviniente acerca de la calidad invocada y a la resolución que corresponde dictar en el supuesto de mediar oposición de cualquiera de las partes originarias (art. 92, Código Procesal), simultáneamente con aquella interposición el interviniente voluntario tiene la carga de acreditar su interés o legitimación y el juez o tribunal el deber de conferir traslado a las mencionadas partes. Por lo tanto, el juez o tribunal debe diferir la concesión del traslado previsto en el artículo 257, segundo párrafo del Código Procesal hasta tanto venza el que corresponde otorgar a los litigantes originarios o, en su caso, exista decisión favorable a la admisibilidad de la intervención.[3899]

3899. Palacio, Lino Enrique, *Recurso extraordinario federal*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

La situación del tercero que no es parte ha generado, por la vía de la afectación mediante el efecto expansivo de la cosa juzgada, una legitimación inusual. Por ejemplo, el ocupante de un inmueble contra quien se decretó orden de desalojo sin habérsele acordado oportunidad de intervenir en el proceso y de probar sus alegaciones;[3900] los vendedores contra la sentencia que estima satisfecho el precio de compra de lotes de terreno y otorga la posesión de estos e intima la escrituración, sin que se les hubiera acordado intervención en el juicio y privándoles la oportunidad de articular la causal de rescisión prevista en los correspondientes boletos de compraventa;[3901] la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones con motivo de la providencia que, en un juicio sobre indemnización por accidente del trabajo en el cual no era parte, le intimaba transferir a la orden del juzgado los fondos depositados en aquella por el patrón responsable,[3902] para entregarlos a los causahabientes de la víctima, entre otros.[3903]

No obstante, el límite del recurso siempre está en la existencia de cuestión federal, que en estos casos se debe encontrar en la afectación del derecho de defensa en juicio.

Asimismo, la cuestión federal puede ser introducida por los jueces cuando hagan aplicación de normas federales, que no habían sido aducidas por las partes, que presentaron su pleito fundado en derecho no federal. Este es un caso de ejercicio de su función de proveer el derecho aplicable, al margen de los argumentos de las partes, en virtud del principio *iura novit curia*.[3904] Cuando ello ocurre, no significa habilitar al juez como recurrente, salvo que la revisión de la alzada lo comprometa y afecte (*v. gr.* aplicación de multas o sanciones), porque lo que se debe diferenciar es si la cuestión federal ingresada "de oficio" es fuente de argumentación u originada por el caso.[3905]

3900. CSJN, Fallos: 127:417; 131:400; 157:123; 194:99; cfr. Palacio, Lino Enrique, *Recurso extraordinario federal*, *op. cit.*, p. 37.

3901. CSJN, Fallos: 246:73.

3902. CSJN, Fallos: 173:249.

3903. Palacio, Lino Enrique, *Recurso extraordinario federal*, *op. cit.*, p.37.

3904. Cfr. Lugones, Narciso, *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 408, con cita de Fallos, 102:356; 158:34; 176:301; 184:530; 185:208; 187:296 y 353; 188:477; 189:169; 190:105; 193:50 y 138; 201:414; 230:478; 235:669; 238:444; 244:536.

3905. Lugones, Narciso, *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 409.

692.3 Lugar, tiempo y forma

El recurso extraordinario se deduce por escrito que se presenta ante el Superior Tribunal de la Causa, o quien haya pronunciado la sentencia definitiva. Se interpone fundado en el lugar donde está el asiento del tribunal, aunque este no conserve el expediente porque lo ha remitido a otras instancias para que fueran ellas quienes practicasen las notificaciones de rigor.

Corresponde aclarar que cuando las resoluciones son inapelables por disposición legal (*v. gr.* arts. 78 a 92 de la Ley de Procedimiento Impositivo N° 11863), el Superior Tribunal de la causa es el juez de primera instancia que ha dictado la sentencia definitiva o la resolución equiparable a tal. Por ello el recurso extraordinario se debe efectuar ante ese magistrado.[3906]

Cuando la presentación se concreta por error y el tribunal que asienta el cargo de recepción lo remite al competente, no se tiene en cuenta la fecha de ingreso sino la de recepción por el último, en cuyo caso solamente será admisible si llega dentro del plazo de diez (10) días contados desde que fue notificado el recurrente de la sentencia definitiva.[3907]

> De todos modos, como en tantas cuestiones más donde la Corte es flexible para el cumplimiento de los requisitos formales (enseguida veremos si continúa esta línea después de la Acordada 4/2007) ha dicho que, si bien es requisito de los actos procesales, como el de deducir el recurso del art. 14 de la Ley N° 48, que se realicen ante el órgano judicial correspondiente, de manera que el cargo puesto al escrito respectivo cobre la validez que de esa observancia dimana, ello no debe ser entendido como la enunciación de un principio inflexible, que ineluctablemente lleve a desconocer validez a toda actuación que de él se separe. Este criterio deriva de un concepto del proceso civil que impide su conducción en términos estrictamente formales, pues no se traduce en el cumplimiento de ritos caprichosos, sino en el desarrollo de procedimientos destinados a establecer la verdad jurídica objetiva que es su norte. La custodia de las formas a que deben ajustarse los procesos, depositada en los magistrados judiciales es cometido que deben estos cumplir atendiendo en todo momento al fin último a que aque-

3906. Palacio de Caeiro, Silvia, *Recurso extraordinario federal*, Córdoba, Alveroni, 1997, p. 267.

3907. CSJN, Fallos: 306:616.

> llos se enderezan, que no es otro que contribuir a la más efectiva cuando eficaz realización del derecho [...]. En consecuencia, corresponde admitir la validez de la interposición del recurso extraordinario si el error de hecho en que se incurrió acerca del órgano en que fue presentado, se muestra excusable, máxime cuando cabe desechar la búsqueda, por el interesado, de algún objetivo censurable, atento el estado de la causa.[3908]

Excepcionalmente la Corte admite que se presente el recurso extraordinario ante ella. Esto ocurrió en los casos donde el motivo central es fundamentar la necesidad de un *per saltum*. El *plazo* para interponerlo es de diez (10) días contados a partir de la notificación de la resolución que se apela. Es un plazo general para todo tipo de procesos de manera que no interesa la celeridad o urgencia que tenga el expediente donde el recurso se deduce. Por supuesto, tiene la ampliación prevista en el artículo 158 del Código Procesal, aplicándose las reglas y términos de este ordenamiento; pero la notificación de la sentencia definitiva trabaja con el sistema procesal de la jurisdicción local competente. Ello no determina modificar el régimen federal, pues la resolución sobre el cómputo del término, a los efectos de decidir si el recurso extraordinario fue interpuesto en plazo, es propia del Superior Tribunal de la causa cuando se pronuncia sobre la admisibilidad [3909].

Reservamos para el final de la exposición a las *formas*. El artículo 257 del Código Procesal exige la presentación por escrito respetando la consigna que ya estaba en el artículo 209 de la Ley N° 50. Como toda pieza, debe estar firmada por el recurrente o sus mandatarios, el patrocinio letrado de abogado con matrícula federal, la constitución de domicilio en Capital Federal, y el acompañamiento de las copias en número suficiente para sustanciar el recurso.

3908. CSJN, Fallos: 306:738.

3909. CSJN, Fallos: 108:353; 112:73; 123:113; 137:30; 180:16; 240:422; 242:15 y 521; 247:124; 250:85; 251:524; 254:113; 256:339; 290:381; 298:432; 307:2029, entre muchos más.

Capítulo XCII
El recurso extraordinario (5ª parte)
Técnica de fundamentación

693. Las formas en la Acordada Nº 4/2007

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.

La exigencia de fundamentación autónoma, 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación.

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 motivación del gravamen. 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, etcétera;
b. la calificación errónea del derecho aplicable, o la interpretación equivocada o ilógica que pugna con los antecedentes de la causa, etcétera;
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 explanación.

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 ingresado por el artículo 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; como de la expulsión del remedio con el argumento de que no se cumplen los recaudos de la Acordada N° 4/2007.

694. Orientaciones que no son tales en la Acordada N° 4/2007

La lectura de motivos que dieron lugar a la Acordada 4 permite creer que tiene vocación docente. Las formalidades técnicas del recurso extraordinario se profundizaron con la Ley N° 23774 y, en particular, con el uso desmedido del *certiorari* (art. 280, Cód. Proc.). Quizás por eso el tribunal consideró conveniente sancionar un ordenamiento que catalogara las indicaciones ofrecidas en distintos precedentes respecto al cumplimiento de formalidades en el recurso extraordinario federal. La precisión se dispuso no sólo para la impugnación prevista en el artículo 14 de la Ley N° 48, sino además para la queja o recurso directo.

Se enumeraron los requisitos con forma de anexo, y en el segundo punto del acuerdo se ordenó el requerimiento de un formulario que, como síntesis del recurso, se constituyó en un nuevo integrante del conjunto de requisitos formales.

Ahora bien, pareciera que la intención depuradora o docente que mencionamos no ha tenido efectos o, como sucedió con el *certiorari*, los ha conseguido en tanto mecanismos idóneos para aumentar las causales de rechazo.

La Corte, a lo largo de numerosa jurisprudencia, señaló distintos recaudos que debían integrarse para el acabado cumplimiento de la impugnación constitucional. Fue así que ayudó a esclarecer con sus fallos la técnica de presentación y fundamentación de la pieza, sin perjuicio de exagerar, a veces, el ritualismo cuando la parte erraba en cuestiones que, eventualmente, no podían considerarse importantes (*v. gr.* error en la confección de la boleta de depósito en la queja; omisión de fechas precisas; remisiones del recurrente a partes de otros escritos, etc.). Tras la reforma impuesta por la Ley N° 23774 y la introducción del *certiorari*, la colaboración pedagógica ofrecida desde los fallos mermó en forma manifiesta, se prefirió la denegación lisa y llana con la simple mención de la norma que facultaba a la jurisdicción a repeler las cuestiones intrascendentes.

La Corte menciona, entre otras aseveraciones, que es necesario "sistematizar los escritos" para lograr que lleguen al tribunal los recursos que habiliten el *ejercicio eminente de la jurisdicción constitucional*. Confirma así una intención que buena parte de la doctrina (nos incluimos) acompaña, como la de conseguir que la Corte Suprema sea fiel y último intérprete de la Norma Fundamental del Estado actuando, en consecuencia, como un verdadero Tribunal Constitucional. El problema que planteamos cuando la acordada fue dada a conocer,[3910] respecto al eventual impedimento para ingresar con cuestiones de arbitrariedad de sentencias, parece quedar confirmada con el simple estudio estadístico.[3911]

3910. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Acordada 4. Reglamentación de la técnica del recurso extraordinario", *LL*, 2007-B-1353.

3911. Al respecto, dice Tettamanti de Ramella: "A pesar de que las cuestiones de hecho y prueba son, en principio, ajenas al recurso extraordinario, la Corte ha sostenido reiteradamente que ello no le impide conocer del planteo para verificar si en el caso se han respetado los principios que hacen a la garantía de la defensa en juicio y a la correcta fundamentación exigible a los fallos judiciales. Si bien, en su faceta cualitativa, la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional, desde una óptica cuantitativa es, sin duda, la causal más importante. Sería pretencioso enunciar los supuestos, pues la doctrina de la Corte aporta un nutrido repertorio, que calificada doctrina ha sistematizado. No obstante, la hipótesis aglutinante se ciñe en la fórmula 'cuando la sentencia no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias

No obstante, la acordada presta utilidad al abogado que antes debía ocurrir ante un consultor o letrado especialista en recursos extraordinarios para tener alguna certeza en el cumplimiento de los requisitos a satisfacer, y ahora los encuentra estandarizados; pero, al mismo tiempo, esa presunta facilidad revierte con sorpresivos requerimientos que la norma no aclara ni deja implícitas, provocando una auténtica providencia infundamentada al denegar el recurso (o la queja) con la sola mención del artículo de la acordada que considera no cumplido.

Por eso, insistimos en decir que la planificación en formularios no nos complace. Es cierto que se aplican con buena intención y para sistematizar el catálogo de requisitos que doctrina y jurisprudencia han desarrollado desde hace muchísimo tiempo. Sin embargo, también es evidente que la simplificación anula u obstruye la fundamentación autónoma del recurso. Consideremos a continuación las causas.

Lo que antes debía ser presentado en capítulos como requisitos *propios* del recurso, *comunes* a todas las impugnaciones y *particulares* de la presentación que se realizaba, ahora queda centrado en la carátula del artículo 2, y se torna pertinente el recurso cuando se da cumplimiento estricto con los desarrollos que pide el artículo 3 de la acordada. Es decir, provocan una confusión que antes no existía y mezclan los requisitos en los artículos segundo y tercero.

Por ejemplo, en las reglas para la interposición se verifica que el artículo 2, establece requisitos comunes; mientras que el apartado 3 dispone las formas y sus contenidos esenciales.–Por su parte, aquello que tiene que ir dentro del recurso propiamente dicho (no en la cará-

---

comprobadas de la causa'. Es inveterada doctrina del Supremo Tribunal que incurre en arbitrariedad la sentencia que omite pronunciarse sobre una cuestión oportunamente planteada y que podría resultar conducente para la solución del caso. La arbitrariedad, fácil es advertir, ha abierto un vastísimo campo de aplicación del control constitucional [...]. La *gravedad institucional* [...] 'habilita la intervención de la Corte Suprema obviando algunos requisitos de admisibilidad del remedio federal, cuando la decisión excede el mero interés individual y compromete el de la colectividad... Y ha operado como una válvula regulatoria que permitió abrir el recurso extraordinario en numerosos casos en que ese remedio federal no hubiera procedido si se hubiesen exigido todos los presupuestos formales establecidos para su admisión. Ha facilitado también, la canalización del *per saltum*, mediante el cual la Corte –obviando instancias procesales– se avocó al conocimiento y decisión de casos en los cuales no había sentencia definitiva dictada por el Superior Tribunal de la causa' (Tettamanti de Ramella, Adriana, "El recurso extraordinario federal estrena ropaje: La acordada N° 4/2007", *LL*, 2007-E-703).

tula) también inserta recaudos de uno y otros tipos. El inciso a) es un requisito propio del extraordinario cuando refiere a la sentencia definitiva que proviene del Superior Tribunal de la Causa. No obstante, el inciso b es un requisito formal (introducción, reserva y mantenimiento de la cuestión federal) que también se debe enunciar en la carátula; como sucede con el inciso c que se relaciona con el i del artículo 2, lo que lleva a pensar que la mención clara y precisa de las *cuestiones planteadas como de índole federal* (inc. i), tienen que ser *demostradas* (inc. d, art. 3); como también lo deben ser las cuestiones federales que son requisitos propios respecto a la relación directa del motivo constitucional con la decisión contraria y el perjuicio resultante.

El desorden creado bajo la apariencia de un supuesto catálogo de requisitos impacta en las opiniones de la doctrina. Algunos sostienen que la carátula es una síntesis,[3912] otros divagan sobre el lugar donde debe

3912. "El artículo 2 en sus diez incisos indica los datos de una carátula –que debe presentarse en hoja aparte–, referidos al objeto de la presentación, la enunciación precisa de la carátula del expediente, el nombre de quien suscribe el escrito, con mención de su domicilio constituido en la Capital Federal y el carácter en que interviene. También, la individualización de la decisión recurrida y del organismo, juez o tribunal que la dictó, la fecha de su notificación, la mención concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con cita de las normas involucradas y de los precedentes de la Corte si los hubiere y de la declaración que se pretende obtener, y la cita de las normas que le confieren jurisdicción a la Corte para intervenir. Del mismo modo, dispone el art. 4, que la queja deberá contener una carátula en hoja aparte con los datos indicados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 2, la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria, la fecha de su notificación, la aclaración de si se hizo uso de la ampliación del plazo prevista en el art. 158 del Código Procesal y, en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal. Se trata de formularios que ofrecerán al tribunal una síntesis del contenido de la impugnación, a la manera de presentación del caso, proporcionándole una primera aproximación a los distintos requisitos de admisibilidad que el recurso extraordinario y el directo deben reunir. Pueden, además, incidir positivamente en la tramitación más ágil del expediente porque contienen todos los datos que fácilmente permitirán individualizarlo a los funcionarios y empleados de la Corte. Finalmente, las exigencias consignadas en el art. 3, en todos sus incisos apuntan a que el escrito de interposición del recurso extraordinario demuestre que el recurso intentado reúne los requisitos propios previstos en los arts. 14, 15 y 16 de la Ley N° 48 y 6° de la Ley N° 4055. El puntilloso detalle de los datos que debe contener el mencionado escrito de interposición del recurso extraordinario con relación a la cuestión federal, a lo definitivo del pronunciamiento impugnado y al órgano emisor de este, en verdad, son reveladores de la decisión política del Máximo Tribunal, manifestada por sus integrantes, de priorizar su rol institucional, el control de que los actos de los otros dos poderes se ajusten a la Constitución (Sbdar, Claudia, "Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la

encontrarse;[3913] en su caso, el problema surge con sostener que debe estar en la carátula porque el recurso es sólo para la fundamentación constitucional. Tal afirmación llevaría a un nuevo interrogante: ¿cuál es la extensión en páginas de la carátula?, ¿acaso una carátula admite desarrollos?

695. Conflictos de interpretación en las cuestiones de constitucionalidad

Quizás el nudo gordiano a desatar esté en el artículo 2, inciso i), que pide la mención clara y *concisa* de las cuestiones planteadas como de índole federal [...], porque la referencia supone solamente indicar el título del recurso que lleva el motivo; o en su caso, la síntesis de la cuestión federal con remisión a los fundamentos de la pieza impugnatoria; aunque también puede significar un desarrollo de todas las cuestiones, directas e indirectas de índole federal, en la medida que "no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí".

La arbitrariedad, como conflicto constitucional, puede estar jugando su tiempo final y hace varios años atrás planteamos como alternativa un Tribunal intermedio de Casación Civil.

También parece ser el réquiem para la argumentación jurídica. La Corte quiere que se cataloguen los requisitos formales y se estandarice la presentación concreta de la cuestión federal. El futuro nos dirá si con ello se abrió el grifo a la necesidad de revitalizar el control de constitucionalidad, o se colocó definitivamente su mortaja. Lo que sucede es que si lo esperado es solamente la "mención clara y concisa", con la "cita de las normas involucradas" y de los "precedentes de la Corte" sobre el tema, resumiendo la declaración que de la Corte se espera, la insuficiencia en cumplir con ello determina la suerte del recurso pues queda fuera toda cuestión que no se presente en la carátula. Esto provoca desconcierto, porque mención es enunciado; cita es referencia; sintética indicación de cuál es la declaración que de la Corte se quiere no es petición formal ni

Nación: Nuevas exigencias formales dirigidas a disminuir la avalancha de recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencia", *La Ley Actualidad*, 22/12/2007, p. 1).

3913. Garay, Alberto, El recurso extraordinario y su reglamentación por la Acordada 4/2007, *JA*, 2/5/2007. Chiacchiera Castro, Paulina y Calderón, Maximiliano Rafael, "La acordada 4/2007 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", La Ley, 29/5/2009, p. 1.

pretensión procesal. De manera tal que aquello que se quiso simplificar, en los hechos, ha generado un profundo barullo.

La explicación podría llegar con el artículo 3, que podría ser el indicativo de las cargas de fundamentación del recurso; donde el interesado debería argumentar las cuestiones que solamente ha enunciado, mencionado o citado en la carátula; pero resulta que en "los capítulos sucesivos" del recurso extraordinario no se debe "incurrir en reiteraciones innecesarias" (art. 3 párr. final del comienzo).

La Corte no es explicita en este aspecto, solamente indica:

> … corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación la origina exhibe severas deficiencias formales que cancelan la instancia federal promovida, pues carece de un relato mínimo que permita tomar conocimiento de los antecedentes fácticos y jurídicos del asunto que se pretende someter a decisión de la Corte, de la cuestión que como de naturaleza federal se invoca, de la relación directa que debe existir entre lo decidido y la materia ventilada en el sub lite y de otros recaudos concernientes a la fundamentación autónoma y suficiente que, con carácter taxativo, han sido enumerados por el Tribunal en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007.[3914]

Tradicionalmente, la fundamentación del recurso extraordinario requirió de una rigurosa planificación técnica, la presentación y el orden formaron parte de las condiciones de admisibilidad. Hasta hoy, todos los puntos controvertidos que justifican planteos concretos y específicos no se satisfacen con expresiones superficiales o genéricas. Es imprescindible la suficiencia en la impugnación, 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 nuestro parecer no debería modificarse esta exigencia, de forma que el mentado artículo 2, inciso i), debiera quedar expuesto para señalar con precisión: 1) cuáles son las cuestiones federales, 2) cómo se afectan las normas involucradas; 3) los antecedentes jurisprudenciales de la Corte que existieran al respecto; e 4) indicar la solución jurídica que del tribunal se pretende (lo que significa enunciar la pretensión

3914. CSJN, Fallos: 330:4587, "Movimiento por la Dignidad y la Independencia O.N. s/ acta N° 13 de la H. Junta Electoral Nacional de la Capital Federal" (voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

con claridad y precisión, donde manifestaciones como decir que "se quiere justicia" es totalmente inadecuado).

Luego, en el cuerpo formal del recurso, aquello que fue "mencionado", "enunciado" o solamente "citado" tendría que fundamentarse adecuadamente para evitar la insuficiencia que la Corte frecuentemente señala cuando entra en el fondo de la temática. Esto no sería propiamente una repetición innecesaria, sino la integración fundamentada de aquello que solamente se presentó en la carátula.

Por ejemplo, el carácter de sentencia definitiva que es un requisito propio se debe agregar como capítulo entre las páginas sucesivas del recurso. Por citar sólo algunos fallos desde que la Acordada N° 4 está vigente, vale indicar el criterio que, al respecto, se va formando. En efecto, se ha dicho:

> … cabe desestimar la queja interpuesta por el magistrado destituido, a quien se le denegó el recurso extraordinario por defecto formal consistente en haber omitido toda la consideración sobre el carácter irrecurrible de las decisiones dictadas por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación que establece el art. 115 de la Constitución Nacional –circunstancia que compromete la fundamentación autónoma del planteo (art. 15 de la ley 48)–, y por remitir en lo substancial a cuestiones de hecho y prueba, pues si bien la falta por parte del quejoso de un abordaje explícito relativo al contorno conceptual del carácter irrecurrible expresado en la norma constitucional, no puede ello interpretarse de modo que conduzca a calificar de deficitaria la fundamentación del remedio federal, y dicha conclusión sólo permite superar la objeción formal formulada por el tribunal *a quo*, sin que adelante criterio acerca de la efectiva demostración de que se hayan violado las garantías constitucionales invocadas.[3915]

Por su parte, los antecedentes y las "circunstancias relevantes" también han de ser motivadas con independencia. La Corte sostiene:

> … el recurso extraordinario interpuesto no satisface el recaudo de fundamentación autónoma, si la presentación carece de un relato apropiado y suficiente de los antecedentes más relevantes de la causa y de la descrip-

3915. CSJN, "Leiva, Luis Alberto s/ pedido de enjuiciamiento", 19/5/2009, L. 1259. XXXVIII; RHE

> ción clara y precisa de los agravios originados en las graves irregularidades que atribuye al proceso de enjuiciamiento. [3916]

La misma conclusión tiene la necesidad de refutar todos y cada uno de los fundamentos que dan sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (art. 3, inc. d). De otro modo es improcedente la impugnación federal si los argumentos de la Cámara no fueron rebatidos en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el artículo 15 de la Ley N° 48. Allí se establece una exigencia según la cual el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea, el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravian, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia.[3917]

Las conclusiones a las que arribamos coinciden con aquellos que afirman...

> ... la Corte Suprema luego de la reforma comienza una mayor reflexión sobre sus funciones como tribunal constitucional. En gran medida, luego de simplificado el procedimiento el Tribunal puede analizar qué

3916. CSJN, Fallos: 331:810, "De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia) s/ acusa -causa N° 93.631-".

3917. CSJN, Fallos: 331:563, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud s/amparo". El recurso extraordinario carece de la fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la Ley N° 48 si no se demuestra, en las circunstancias concretas del *sub lite*, la vulneración constitucional invocada, ya que el apelante alega la afectación al principio de congruencia sólo con base en el cambio de calificación legal dispuesto por el *a quo* y en el análisis que dicho tribunal realizó acerca de ambas figuras penales. No obstante, omite referirse a los hechos que constituyeron la materia del juicio e indicar en qué consistió la variación que –en su opinión– habrían sufrido, a pesar de que esta última circunstancia es la que importa y decide la cuestión (CSJN, "Antognazza, María Alexandra s/p.s.a. abandono de persona calificado -causa Nº 19.143/2003-", 11/12/2007, Fallos, 330:4945). También se agrega que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma exigido en el art. 15 de la Ley N° 48 si el relato de los hechos y los agravios expuestos resultan insuficientes para refutar adecuadamente los fundamentos de la sentencia impugnada, y no logran demostrar la violación de las garantías constitucionales invocadas por el recurrente, ni la configuración de un supuesto de arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte por la vía del art. 14 de la Ley N° 48" (CSJN, "Das Neves, Mario y otro s/denuncia", 25/9/2007, LL *online*).

casos son los que debe resolver porque plantean cuestiones constitucionales importantes y cuáles no.[3918]

696. Extensión del recurso

El primer punto de las "reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" indica que "deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12)", mientras que en el recurso de queja, se reduce a diez (10) páginas.

La acordada, a nuestro parecer, no busca precisar las formalidades, ni dar más solemnidades a un recurso que, por sí mismo, requiere de una técnica puntual. En cambio, persigue afanosamente convertir a la pieza en un riguroso escrito donde el recurrente señale con precisión cuál es la cuestión federal que le permite habilitar la intervención de la Corte. Obsérvese que el mismo formulario interroga sobre la decisión que pretende obtener del tribunal.[3919]

Al mismo tiempo, supone cambiar una costumbre arraigada en la redacción del recurso directo, consistente en reiterar los argumentos del extraordinario sumado a la impugnación del auto que lo deniega. Si observamos que ahora se reduce a diez (10) páginas el escrito de interposición de la queja, es evidente que no se quiere la repetición innecesaria de fundamentos que ya están en el acto rechazado por el Superior Tribunal de la Causa.

3918. Sola, Juan Vicente, "La Acordada 4/2007 y el control de constitucionalidad", *Suplemento Especial. Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, La Ley, 4/2007, p. 39.

3919. Dice Gelli: "Ese recaudo que limita la extensión de los escritos de los recursos extraordinarios y los de queja, puede muy bien ir de la mano con la celebración de audiencias públicas en las cuales las partes expongan ante el tribunal, durante un plazo previamente establecido por la Corte Suprema, sus argumentos principales. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se celebran con provecho ese tipo de audiencias ante el Tribunal Superior de Justicia, en los casos en que se plantean conflictos de poderes o de demanda la declaración directa de la inconstitucionalidad de leyes, decretos o normas de carácter general. La Corte Suprema ya ha ordenado audiencias públicas en el caso "Mendoza", referido a derechos colectivos de protección ambiental. Tanto los escritos concisos como los argumentos orales expuestos en audiencias públicas durante un lapso limitado y preestablecido, exigen ir al núcleo de los problemas y ayudan a que la opinión pública se anoticie acerca de cuestiones trascendentes" (Gelli, María Angélica, "Las reglas creadas por la Corte para la interposición del recurso extraordinario", *Suplemento Especial. Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, La Ley, 4/2007, p. 1).

Es posible que el modelo seguido para la extensión se haya tomado de las *Rules of the Supreme Court of the United Status*,[3920] que la acordada define buscando disciplinar la técnica del recurso.[3921]

Se ha explicado:

> La Corte Suprema ha establecido, a través de su doctrina jurisprudencial, algunos criterios acerca de este aspecto formal. En tal sentido, ha indicado que *la extensión no está limitada por ley ni puede ser restringida por el superior tribunal de la causa*.[3922] No obstante, sin perjuicio de las normas establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional (arts. 46 y 47), la regulación clara y explícita de la extensión del recurso extraordinario y de la queja, con las restantes exigencias formales que prescribe la acordada, constituye un aporte que contribuirá en la celeridad del procedimiento ante la Corte Suprema, la cual tendrá que leer menos y mejor expuesto, en forma uniforme o estandarizada.[3923]

También resultan verdades las atinadas observaciones de especialistas, que destacan:

> Dados los excesos y las carencias comentadas recién, creemos que, en general, la regla es oportuna y necesaria. Sin embargo, en casos complejos y/o que llevan años de litigio, su administración estricta por parte del tribunal puede producir consecuencias no deseadas. En efecto, no se debe perder de vista que esta medida requiere ser compatibilizada con las exigencias expresadas en los arts. 3.b (relato claro y preciso de los hechos), 3.d y 10 (fundamentación suficiente y autónoma del recurso). En

3920. Pizzolo, Calógero, "El límite de páginas y la sanción por incumplimiento de los requisitos formales en la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema", *Suplemento Especial*, La Ley, p. 34.

3921. En tal sentido, Bianchi apunta: "En nuestro sistema, salvo la forma escrita y los requisitos mínimos que rigen para los restantes escritos judiciales, el recurso extraordinario queda librado a la imaginación y libre creación de cada letrado en lo atinente a su contenido, disposición de los capítulos y extensión. Muy por el contrario, en los Estados Unidos, rigen formas muy rígidas en relación con estos aspectos, las cuales están detalladamente descriptas en las Reglas 14 (contenido de la petición) y en la Regla 33 donde se detalla el tamaño de las hojas que deben ser empleadas, el color de las mismas, el tipo de letra, el espacio entre renglones, etc. Se establece también allí la extensión máxima que pueden tener los escritos" (Bianchi, Alberto, ¿Ha fracasado el *certiorari*?, *LL*, 2004-A-1381; ver Tettamanti de Ramella, Adriana, "El recurso extraordinario federal estrena ropaje: La acordada N° 4/2007", *LL*, 2007-E-703).

3922. CSJN, Fallos: 194:116; 214:157.

3923. Ver Tettamanti de Ramella, Adriana, "El recurso extraordinario federal estrena ropaje: La acordada N° 4/2007", *op. cit.*

> la confección de un recurso extraordinario, dentro del perentorio plazo de diez días, uno de los tantos problemas con que se enfrenta el abogado es, precisamente, el de satisfacer el carácter autónomo del remedio: ¿qué tanto de lo ocurrido a lo largo de centenas o miles de fojas será *suficiente* mencionar para que no se desestime el caso por no haber satisfecho esa exigencia? ¿Todos los ministros o los secretarios emplean el mismo criterio? Entendemos que en la mayoría de los casos es posible ser breve y contundente en la presentación de los antecedentes del expediente y el desarrollo de los argumentos. También pensamos que un escrito que respete estos límites probablemente tenga mayor fuerza de convicción que otro que abunde en aspectos o circunstancias innecesarias. No obstante, existe otro tipo de causas que, por la complejidad del tema que se discute, los tropiezos habidos durante su trámite o los años de litigio, no será pasible de ser analizado, resumido y alegado en la extensión requerida, todo ello dentro del exiguo plazo de diez días. Probablemente sea en estos donde ceda y deba flexibilizarse esta novedosa exigencia, abriendo camino a la salvedad anunciada en el párr. 1º del art. 11 (*v. gr.* "la Corte desestimará la apelación con la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción el incumplimiento no constituya un obstáculo para la admisibilidad de la pretensión recursiva").[3924]

Eventuales desinteligencias sobre esta formalidad se han despejado con algunos pronunciamientos donde fue dicho que el escrito no debe exceder de diez "páginas" y no "hojas" (como pretendía el recurrente).[3925]

Finalmente, a nuestro parecer, la extensión señalada en el artículo 1° de la acordada no suma las que corresponden a la carátula, que pese a no tener señalada la cantidad de folios que importa, no debiera tener más espacio que el asignado para completar el formulario.

697. Exigencias formales

El recurso extraordinario cuya fundamentación autónoma (art. 15, Ley N° 48) se integra con los desarrollos de lo enunciado en el artículo 2, inciso i) y artículo 3, incisos a), b), c), d) y e), se complemen-

3924. Garay, Alberto, "El recurso extraordinario y su reglamentación por la Acordada 4/2007", *JA*, 2/5/2007.

3925. CSJN, "Andino, Adrián c/ Laboratorio y Molino Porta S.A. y otros", 22/12/2008, *LL*, 2009-B-7, "La acordada 4/2007 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La Ley*, 29/5/2009, p. 1.

ta con la transcripción de todas las normas jurídicas citadas que no estuvieran publicadas en el Boletín Oficial del país, debiendo indicar los períodos de vigencia.

La obligación se puede cumplir dentro del texto del recurso o incluyendo un anexo separado. En ambos casos, la suma de páginas no debe superar las cuarenta (40) del recurso extraordinario, ni las diez (10) de la queja por denegación. Cuadra recordar que el tamaño de la hoja donde imprimir el recurso extraordinario es el modelo A4.

El deber de citar los fallos de la Corte con la mención del tomo y página de la publicación oficial (colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) se puede recabar, ante la ausencia de la obra, en la excelente página web del tribunal (www.csjn.gov.ar).

La Corte Federal se ha mostrado muy severa en el control formal. Repetidamente ha dicho que "cabe desestimar la queja y declarar perdido el depósito, si el apelante ha cumplido en forma deficiente el recaudo previsto por el artículo 3, inciso b, del reglamento aprobado por la Acordada N° 4/2007".[3926] El mismo resultado sucede cuando el apelante no satisface lo establecido en el artículo 7, inciso c)[3927] o la defección es por no integrar los requisitos previstos por los artículos 4, 5, inciso h), e i) y 7, inciso c).[3928]

698. Estudio preliminar de las cuestiones federales

La acordada delimita la competencia del tribunal y delega el protagonismo de la selección de causas (antes evocada en el art. 280 del Cód. Proc.) en las jurisdicciones provinciales. Con ello consigue un doble efecto:

a. que las cuestiones federales se resuelvan por el Superior Tribunal de la causa, y
b. que se restrinja la causal de arbitrariedad.

Bien dicen Morello y Ramiro Rosales Cuello:

> La lectura de su articulado muestra que se pretende regresar al ejercicio del recurso extraordinario clásico, según la letra de los artículos 14, 15 y 16

3926. CSJN, "Alessio, Liliana Graciela c/ Vicente Giorgi S.A.", 11/12/2007.
3927. CSJN, "Arazi, Débora Alejandra c/ Poder Ejecutivo Nacional", 11/12/2007.
3928. CSJN, "García, José Rafael s/ causa Nº 6350", 11/12/2007.

> de la Ley N° 48. Los recaudos que exige cumplimentar están especialmente dirigidos a demostrar la estricta concurrencia de los requisitos propios, comunes y procesales del recurso federal en la versión diseñada por esa norma y también por la jurisprudencia elaborada a su respecto. Además, se ha establecido una serie de previsiones encaminadas a darle más prolijidad, precisión y claridad a los recursos y quejas interpuestas ante el máximo tribunal, facilitando el estudio de su admisibilidad. Esa ha sido la respuesta de la Corte para evitar la proliferación de recursos o quejas extensos, pero escasamente fundados, imprecisos e inundados de generalidades, citas y sumarios desvinculados de la cuestión a resolver.[3929]

Sin embargo, el poder que se le otorga a los Superiores Tribunales y, en el orden federal y de la justicia nacional, a las Cámaras de Apelaciones, parece demasiado amplio por el impacto que genera en el recurso directo o de queja. La puesta en escena del recurso extraordinario revierte el uso de la trascendencia que antes era discrecional de la Corte, por el encuadre en el molde predispuesto en formularios y técnicas que se indican, como si el recurso extraordinario fuera un crucigrama a descifrar y completar.

Una última instancia blindada o bloqueada puede ocasionar serias deficiencias en el sistema todo y dejar en pie una sentencia contraria a la Constitución Nacional y, lo que es más, al Estado a las puertas de una condena en el sistema interamericano.[3930]

El artículo 11 de la Acordada es lapidario:

> En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva. Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas. Del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación.

3929. Morello, Augusto y Rosales Cuello, Ramiro, *Práctica del recurso extraordinario*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 337.

3930. Ibídem, p. 339.

Pese a la delegación que realiza el tribunal hacia las jurisdicciones provinciales, igualmente se reserva el poder discrecional (una vez más usa la advertencia de la *sana discreción*), de seleccionar las causas que hubieran sido admitidas. La salvedad que contiene la norma permite interpretar que el uso del *certiorari* pervive, aunque diluido.

La excepción a esta regla se prevé en el artículo 12 para los recursos interpuestos *in forma pauperi*. Estos son aquellos que, a pesar de ser deficientemente fundados o sin responder con los presupuestos formales, al provenir de personas privadas de su libertad y sin la debida asistencia letrada, igual reciben admisión. La Corte dice que "los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley".[3931]

El déficit se canaliza otorgando representación letrada, con la esperanza que la técnica de fundamentación quede abastecida. Por ello, si se advierte con claridad que el defensor oficial, en lugar de dar sustento jurídico al recurso *in forma pauperis*, se limita a transcribir sintéticamente los agravios que había alegado el imputado en dicha presentación, sin darle fundamento técnico ni desarrollo para una crítica concreta y razonada a los argumentos de la sentencia condenatoria, ello importa un inadmisible menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad del recurso de casación por carecer de una asistencia efectiva de la defensa; máxime que se trataba de una defensa técnica provista por el Estado y que la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria.[3932]

En el mismo sentido se afirma que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que –desconociendo la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de recursos *in forma pauperis*– rechazó por extemporáneo el de casación, impidiendo la revisión de la condena y la pena (art. 8.2.h. del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), y la posibilidad de obtener un pronunciamiento

3931. CSJN, Fallos: 308:1836.

3932. CSJN, Fallos: 330:3526, "Noriega, Manuel s/ p.s.a. robo calificado -causa Nº 3/03".

acerca de los agravios en cuestión, y echando por tierra toda posibilidad del control constitucional por parte del Tribunal.[3933]

699. Las formas en el recurso de queja

La Acordada N° 4/2007 refiere al recurso de queja en los artículos 4 a 7. Particularmente el cinco (5) aclara que también se debe presentar una carátula con los requisitos del artículo 2 incisos a) hasta e), y enunciar los recaudos formales que allí se mencionan. Luego, en la fundamentación de la queja, la Corte reduce el objetivo señalando al recurrente que deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. "El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario".

De esta forma, la queja se concreta casi como un recurso de nulidad, antes que de inconstitucionalidad, porque si el ataque tiene el único motivo de demostrar a la Corte que existe error en la resolución denegatoria, la vía es agraviarse por cada uno de los motivos que el Tribunal Superior haya expresado.

Se abandonaría entonces la tesis jurisprudencial que indica en la queja la necesidad de cumplir con el requisito de fundamentación autónoma según el cual es obligatorio un escrito recursivo con un relato adecuado de los antecedentes de la causa al respecto, que evite la lectura del expediente para una cabal comprensión del asunto.[3934]

Ahora bien, si la repulsa viene señalada por no dar cumplimiento con tal o cual disposición de la Acordada N° 4/2007, el recurso directo toma alguno de los siguientes caminos: a) provoca una suerte de reposición *in extremis* contra la providencia interlocutoria que expulsa al recurrente del sendero federal; b) opera como recurso de nulidad, o c) trabaja como recurso de inconstitucionalidad o extraordinario puro[3935] que, a nuestro parecer, es la única posibilidad que tiene la Corte para atender.

3933. CSJN, Fallos: 329:2265, "Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación".

3934. Fallos 326:34, "Oswald, Victoria María y otros c/ Lalor S.A. Consignataria Mandataria y Financiera".

3935. Rojas, Jorge, "Las nuevas fronteras del recurso extraordinario federal", *LL*, 2008-E-858.

Con relación a la *reposición in extremis*, entre muchos precedentes, se ha dicho:

> Las decisiones de la Corte por las que rechaza los recursos de queja por apelación denegada no son, como principio, susceptibles de reposición ni de recurso de nulidad.[3936] Por eso, corresponde rechazar el recurso de revocatoria contra la decisión de la Corte que desestimó el recurso de queja que carecía de un requisito esencial como era la firma de su presentante si no sólo al deducir el mismo el letrado no justificó su presentación en los términos del art. 48 del Código Procesal, sino que la propia parte da cuenta de que durante el proceso se hizo uso de la facultad otorgada por dicho artículo, circunstancia que frente a lo dispuesto por el tercer párrafo del mismo sella la suerte de su petición.[3937]

Por tanto, sería una reposición en última instancia cuando se quiera demostrar que la falta de un requisito formal que echa la suerte del recurso denegado, en realidad está cumplido pero resulta inadvertido por el Tribunal Superior.

Por ejemplo, la Corte ha revertido un auto que declara inadmisible el recurso extraordinario señalando:

> … corresponde revocar la decisión que desestimó el recurso de queja ya que si el art. 7°, inc. b, del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 sólo menciona la copia del escrito de interposición del recurso extraordinario federal -que había sido adjuntado- a fin de no incurrir en un exceso de rigor formal no correspondía exigir la carátula prevista por el art. 2° del referido reglamento al deducirse la queja.[3938]

Como *recurso de nulidad* contra el auto denegatorio, caben iguales reflexiones, porque en la práctica no es una providencia nula por error formal, sino en todo caso, un déficit de apreciación que se debe atacar como vicio del juzgamiento y, como tal, dentro del carril de la queja por apelación denegada.

Ahora bien, si la resolución de inadmisibilidad se argumenta con las causales de la Acordada N°4, es evidente que el Tribunal Superior de la causa, pese a que el artículo 11 no lo dice expresamente, también

3936. CSJN, "Provincia del Chaco c/ Moro, Julio y Paz de Obes, Graciela Azucena y/o cualquier otro ocupante", 18/12/2007.

3937. CSJN, Fallos: 330:4891, "Zocchi, Gisela Mariana y otro c/ Sidi, Claudio David y otros".

3938. CSJN, Fallos: 329:4454, "Porta, Ezio y otros c/ Pérez Juárez, Ricardo José y otro".

tiene la facultad de desestimar el recurso "mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente", provocando una clarísima restricción al desarrollo que se exige en el artículo sexto, debiendo entonces, volver a los fundamentos de la inconstitucionalidad por violación al debido proceso (arts. 18, 43, 75.22, CN).

Ahora bien, supongamos que el auto de rechazo aporta fundamentos que no dijo en la sentencia impugnada. Ante tal situación sería evidente la injusticia de aplicar el párrafo final de artículo sexto que veda la posibilidad de utilizar la queja para cuestiones no planteadas en el recurso extraordinario. La "sorpresa" del auto denegatorio, ampliando fundamentos, produce un agravio federal que se puede agregar en la presentación directa ante la Corte.

Por todo lo dicho, es demasiado riesgoso dejar en el Tribunal Superior de la causa la posibilidad de "seleccionar causas", de "resolver sobre la trascendencia del caso", de permitir que rechace invocando sólo la norma reglamentaria (que significaría delegar el *certiorari* hacia jurisdicciones que no pueden aplicarlo), o de establecer, como lo hace el artículo 11 de la acordada que "del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación".

Tradicionalmente figura entre los deberes de la jurisdicción el de fundamentar el auto que admite formalmente el recurso, dado que la procedencia queda en manos de la Corte Suprema. Los recaudos que se deben ponderar, en cierta medida, son todos –comunes, propios y formales– pues son presupuestos de cumplimiento imprescindible y concurrente. El auto que concede o deniega la admisión del recurso extraordinario es un verdadero juicio, donde se reúnen distintas tareas del tribunal que resulta impugnado.

La principal consiste en la difícil misión de aislarse del contexto donde supo conocer y dictar una sentencia que pretende definitiva, para ocuparse solamente del recurso que critica ese fallo por inconstitucionalidad o alguno de los defectos de congruencia clásicos, entre los que se cuenta la remanida arbitrariedad de los pronunciamientos. Esta tarea le obliga a considerar tópicos diferentes, como el tiempo, la forma, la conexidad entre la entidad del gravamen y la cuestión constitucional resuelta por el Superior Tribunal de la causa, etcétera.

Tantas actividades no pueden resumirse en fórmulas estereotipadas o pensadas en "muletillas" que no analizan las circunstancias particulares de cada caso. Es preciso que se motive razonadamente dicho juicio de admisibilidad. La ausencia de fundamentación generalmente se ha tratado como causal de rechazo del recurso extraordinario, pues al ser mal concedido se lo devuelve para que se dicte un nuevo pronunciamiento formal.[3939]

En consecuencia, más allá de cuestionar el estilo como se concede o deniega el acceso a la Corte, que podría obligar al órgano apelado a defender posiciones asumidas o a resolver ampliando argumentos que no dijo en la sentencia que provoca el gravamen federal,[3940] lo cierto es que la providencia necesita colaborar con el Alto Tribunal aportando fundamentos para la admisión o la denegación, evitando así que la Corte tenga que relevar si la sola enunciación de la norma de la acordada que se dice en falta, es o no cierta.

700. Planteos de inconstitucionalidad de la Acordada N° 4/2007

La Acordada N° 4/2007 comenzó a regir el primer día hábil siguiente a la feria judicial del invierno del año 2007. Desde ese momento se plantearon resistencias constitucionales que atacaron la acordada con argumentos diferentes.

Uno de ellos era la potestad reglamentaria de la Corte en asuntos federales, considerando que no se disciplina al recurso sino a la herramienta básica y elemental que tiene nuestro país para generar el control efectivo de constitucionalidad. Por ello fue dicho que, desde la óptica constitucional, la cuestión se presentaba vidriosa.

> No parece sencillo admitir que, mediante Acordada, la Corte pueda establecer un conjunto de requisitos formales a cumplirse bajo pena de admisibilidad. Toda vez que observado el problema desde la óptica del derecho de defensa (artículo 18 Constitución Nacional) y no sólo desde el ángulo visual de la conveniencia práctica, nos encontraremos con

3939. CSJN, Fallos: 310:1789; 311:64, entre otros.

3940. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Indebida ampliación de argumentos en el auto que atiende la admisión del recurso extraordinario federal", *ED*, 28/9/1992.

> una restricción que condiciona a cuestiones rituales la vigencia de garantías sustantivas. Esto contradice la propia doctrina de la Corte respecto del exceso ritual manifiesto, a más de la posible discusión sobre la competencia específica del alto cuerpo para fijar causales de admisibilidad generales (y no para el caso concreto en que debe fallar). Por lo demás, la razonabilidad de la restricción reconoce grados. Si bien el artículo 11 de la Acordada establece la admisibilidad como sanción común para el incumplimiento de cualquier recaudo formal, podemos coincidir en que la cita inexacta de un fallo de la Corte (artículo 9), no comportan óbices a la admisibilidad del recurso de igual rango que, por caso, el rechazo del recurso.[3941]

Otros agregaron al fundamento la oposición a que resolvieran los ministros de la Corte que habían suscripto la acordada, en el entendimiento que tenían formada opinión para demostrar la causa de recusación.

No obstante, se sostuvo que era improcedente el planteo de inconstitucionalidad del reglamento que aprobó los recaudos formales que deben cumplir los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquel. Se consideró que era extemporáneo, es decir, dicho cuestionamiento se debió haber formulado al deducir el remedio federal y no al interponer el recurso de hecho.[3942] En este rumbo se expuso:

> ... la escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad de la Acordada 4/2007**,** desprovista de todo sustento fáctico y jurídico, no basta para que la Corte ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y acto de suma gravedad que debe considerarse como ultima *ratio* del orden jurídico.[3943]

3941. Perelli, Eduardo Fabián y Calderón, Maximiliano Rafael, *Reglamento de interposición del recurso extraordinario federal y de queja*, Córdoba, *Biblioteca Dalmacio Vélez Sársfield*, 2007, p. 6.

3942. CSJN, "Oviedo, Carlos Alberto c/ Marcone, Élida", 11/3/2008, Fallos, 331:419. El planteo de inconstitucionalidad de la acordada 4/2007 –articulado en subsidio de la reposición– resulta improcedente por haber sido formulado de manera extemporánea, ya que debió haber sido efectuado al deducirse el recurso extraordinario y no, como se lo hizo (CSJN, "Administración Federal de Ingresos Públicos (D.G.I.) c/ACF S.R.L. s/ejecución fiscal", 18/11/2008, Fallos, 331:2561)

3943. CSJN, "Defensoría Pública de Menores Nº 4 c/ Molinari, Pedro Carlos", 1/4/2008; "Rodríguez Bozzani, Daniel Rubén c/ Instituto Secular Schoenstatt Hermanas de

También se advierte que al no existir hasta hoy registro de casos en los que se haya incoado el planteo de manera oportuna, juntamente con la interposición del recurso, no sería difícil predecir que la Corte se pronunciará por la constitucionalidad del reglamento, teniendo en cuenta que importa (en su núcleo duro) la reiteración de criterios consolidados de valoración de admisibilidad del recurso extraordinario federal. Además, si en algún supuesto la rigurosa aplicación de los parámetros que contiene pudiera juzgarse violatoria de garantías constitucionales, tendría a mano un instrumento adecuado en la excepción del artículo 11, que le permitiría habilitar la instancia sin tener forzosamente que declarar su inconstitucionalidad.[3944]

Por su parte, las recusaciones planteadas se han denegado con el argumento de no configurar una causal que no se pueda evitar con las facultades que la Constitución y la ley le confieren a la Corte para establecer normas generales de superintendencia.[3945]

Adenda

Acordada Nº 4/2007 CSJN

En Buenos Aires, a los dieciséis días del mes de marzo de 2007, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente,

Consideraron:

Que el Tribunal considera conveniente sancionar un ordenamiento con el objeto de catalogar los diversos requisitos que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interponen el recurso extraordinario que prevé el art. 14 de la ley 48 y, ante su denegación, la

María", 3/6/2008; "Caparra, Francisco Pablo c/ Proteínas Argentinas S.A.", 26/8/2008; "Linkowski, Fabián Javier c./ Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica", 11/11/2008.

3944. Chiacchiera Castro, Paulina y Calderón, Maximiliano Rafael, "La acordada 4/2007 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La Ley*, 29/5/2009, p. 1.

3945. CSJN, "Defensoría Pública de Menores Nº 4 c/ Molinari, Pedro Carlos", 1/4/2008.

presentación directa que contempla el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Que, precisamente, dicha ley del 14 de septiembre de 1863 es la que reconoció en cabeza de esta Corte la atribución de dictar los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, facultad que diversos textos legislativos han mantenido inalterada para procurar la mejor administración de justicia (art. 10 de la ley 4055; art. 21 del decreto ley 1285/58; art. 4°, ley 25.488); y que, con particular referencia a los escritos de que se trata, justifica la sistematización que se lleva a cabo como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la jurisdicción constitucional que este Tribunal ha considerado como eminente.

Por ello, Acordaron:

I. Aprobar el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél, que como anexo forma parte integrante de este acuerdo.
II. Agregar como inciso 8° del artículo primero de la acordada n° 1/2004 el siguiente texto: "Los formularios con las carátulas a que se refieren los arts. 2° y 5° del reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél". III. Disponer que este reglamento comenzará a regir para los recursos que se interpusieren a partir del primer día posterior a la feria judicial de invierno del corriente año. IV. Ordenar la publicación del presente en el Boletín Oficial.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe (Dr. Lorenzetti, Dra. Highton de Nolasco, Dra. Argibay, Dr. Petracchi, Dr. Maqueda, Dr. Zaffaroni y Dr. Fayt (por su voto) - Ministros CSJN - Dr. Cristian Abritta Secretario CSJN

Voto del señor ministro Doctor Don Carlos Santiago Fayt:

Que el ordenamiento aprobado en el presente acuerdo constituye un fiel catálogo de los diversos requisitos que conocidos y reiterados precedentes del Tribunal vienen exigiendo con respecto a los escritos de interposición del recurso extraordinario, y de la presentación directa

ante la denegación de aquél, por lo que no hay divergencias acerca de que la sistematización de los recaudos de que se trata solo pone en ejercicio las atribuciones estrictamente reglamentarias con que cuenta esta Corte en los precisos y concordes términos contemplados por los arts. 18 de la ley 48, 10 de la ley 4055, 21 del decreto ley 1285/58 y 4° de la ley 25.488.

Que con esta comprensión, este régimen se diferencia de las situaciones examinadas en las acordadas nros. 77/90, atinente a una materia tributaria, y 28/2004, que reconoció a un sujeto procesal no contemplado legalmente para actuar ante este estrado, (Fallos 313:786 y 327:2997, respectivamente, disidencias del Juez Fayt), por lo que el infrascripto concuerda con los fundamentos y el reglamento aprobado por los señores Ministros del Tribunal.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe (Dr. Fayt - Ministro CSJN).

Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal

1°. El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12).
Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2°. Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual 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.

3°. En las páginas siguientes deberá exponerse, en capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias:
a. la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte;
b. el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad;
c. la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto actual y no derivado de su propia actuación;
d. la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas;
e. la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es

contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas.

Reglas para la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario federal.

4°. El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a diez (10) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12).

5°. Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los datos previstos en el art. 2, incisos a, b, c, d y e; y, además:

f. la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito;

g. la fecha de notificación de dicho pronunciamiento;

h. la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo prevista en el art. 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

i. en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6°. En las páginas siguientes el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario.

7°. El escrito de interposición de la queja deberá estar acompañado por copias simples, claramente legibles, de:

a. la decisión impugnada mediante el recurso extraordinario federal;

b. el escrito de interposición de este último recurso;

c. el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

d. la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal.

Con el agregado de las copias a que de refiere este artículo no podrán suplirse los defectos de fundamentación en que hubiera incurrido el apelante al interponer el recurso extraordinario.

Observaciones generales.

8°. El recurrente deberá efectuar una transcripción –dentro del texto del escrito o como anexo separado– de todas las normas jurídicas citadas que no estén publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina, indicando, además, su período de vigencia.

9°. Las citas de fallos de la Corte deberán ir acompañadas de la mención del tomo y la página de su publicación en la colección oficial, salvo que aun no estuvieran publicados, en cuyo caso se indicará su fecha y la carátula del expediente en el que fueron dictados.

10. La fundamentación del recurso extraordinario no podrá suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores, ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso que fue sometido a consideración de los jueces de la causa

11. En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva.

    Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas. Del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación.

    En caso de incumplimiento del recaudo de constituir domicilio en la Capital Federal se aplicará lo dispuesto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

12. El régimen establecido en este reglamento no se aplicará a los recursos interpuestos *in forma pauperis*. (Dr. Lorenzetti, Dra. Highton de Nolasco, Dra. Argibay Dr. Petracchi, Dr. Zaffaroni, Dr. Maqueda y Dr. Fayt (por su voto) - Dr. Cristian Abritta, Secretario CSJN).

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL
(Carátula artículo 2º reglamento)

Tribunales intervinientes

Tribunal de origen: _____
Tribunal que dictó la resolución recurrida: _____
Consigne otros tribunales intervinientes: _____
• _____
• _____
• _____

Datos del presentante

Apellido y nombre: _____
Tomo: ____ folio: ____
Domicilio constituido: _____

Carácter del presentante

Representación: _____
Apellido y nombre de los representados:
• _____
• _____

Letrado patrocinante

Apellido y nombre: _____
Tomo: ___ folio: ___
Domicilio constituido: _____

Decisión recurrida

Descripción: _____
Fecha: _____
Ubicación en el expediente: _____
Fecha de notificación: _____

Objeto de la presentación

Norma que confiere jurisdicción a la Corte: _____
Oportunidad y mantenimiento de la cuestión federal
(enumere las fojas de expediente donde se introdujo y mantuvo)

_____

Cuestiones planteadas (con cita de normas y precedentes involucrados):

- _____
- _____
- _____
- _____
- _____
- _____

Exponga qué decisión pretende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

_____
_____
_____

Fecha: _____ Firma:_____
La omisión de los requisitos de este formulario dará lugar a la aplicación del art. 11 del reglamento.
Fdo. Dr. Abritta Secretario CSJN

QUEJA POR RECURSO EXTRAORDINARIO DENEGADO*
(Carátula artículo 5º reglamento)

Expediente

Nro. de causa: _____
Carátula: _____

Tribunales intervinientes

Tribunal de origen: _____
Tribunal que dictó la resolución: _____
Consigne otros tribunales intervinientes:

- _____
- _____

Datos del presentante

Apellido y nombre: _____
Tomo: ____ folio: ____
Domicilio constituido: _____

Carácter del presentante

Representación: _____
Apellido y nombre de los representados:
• _____
• _____
• _____

Letrado patrocinante

Apellido y nombre: _____
Tomo: ____ folio: ____
Domicilio constituido: _____

Decisión recurrida

Descripción: _____
Fecha: _____
Ubicación en el expediente: _____
Fecha de notificación: _____
Ampliación del plazo (art. 158 Código Procesal N): _____

Presentación

Depósito art. 286 Código Procesal N (se deberá acompañar la boleta o constancia de su exención)
Detalle de las copias que se acompañan (las copias deberán ser legibles):
• _____
• _____
• _____
Exponga qué decisión pretende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:
_____
_____

Fecha: _____ Firma:_____
La omisión de los requisitos de este formulario dará lugar a la aplicación del art. 11 del reglamento.
Fdo. : Dr. Abritta Secretario CSJN

Capítulo XCIII
El recurso extraordinario (6ª parte)
Trámite del recurso

701. Normas aplicables

El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación (art. 257, Cód. Proc.).

De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por otros diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concediere, previa notificación personal o por cédula, de su decisión, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema dentro de cinco (5) días contados desde la última notificación. Si el Tribunal Superior de la causa tuviera su asiento fuera de la Capital Federal, la remisión se efectuará por correo, a costa del recurrente. La parte que no hubiera constituido domicilio en la Capital Federal quedará notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley (art. 257, Cód. Proc.).

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 resolutivos de la admisión inicial– a ejecutar los plazos allí dispuestos.

De todos modos se ha dicho que, si bien el plazo para la interposición de un recurso extraordinario es de diez (10) días contados a partir de la notificación de la resolución que lo motiva, la decisión del tribunal de aclarar la resolución de fondo, debe entenderse como parte

integrante de esta, por lo que, el término legal debe computarse a partir de la notificación de esta última.[3946] El plazo es individual y corre para cada una de las partes.

Apuntaríamos como situación excepcional el posible acuerdo entre las partes para suspender los plazos procesales; que, de no mediar, deriva en la utilización lisa y llana de los tiempos perentorios y fatales consagrados.

Todo el trámite se sustancia ante el órgano local que fue (es) Superior Tribunal de la causa. Las cuestiones eventuales que se suscitaran se notifican en el domicilio donde tramita la causa, porque el domicilio legal que se debe constituir en Capital Federal al presentar el recurso tiene aplicación una vez que el expediente radica en la jurisdicción federal.

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 conspire contra la eficacia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal.[3947]

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.

702. Contestación al recurso extraordinario

La notificación que se realiza a la parte contraria a la que deduce el recurso extraordinario tiene por finalidad permitir a cada litigante ejercer con plenitud el derecho de defensa.

Si bien algunos opinan que "… el que responde debe cumplir iguales exigencias que el escrito de interposición, en orden a la tem-

3946. CNPenal Económico, Sala A, "Iglesias, Marcelo y otra", 5/8/1999, *LL*, 2000-A-217.

3947. Nos referimos al conocido caso "Dromi", caratulado "Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional", sentenciado el 6 de setiembre de 1990.

poraneidad, completividad de la presentación, fundamentación correcta, etcétera",[3948] pensamos que no es completamente así, porque la sustanciación del recurso no obliga a contestarlo, ni implica su tácita aceptación ni admisión. Si lo hiciera, la réplica al extraordinario se sostendría en las eventuales deficiencias que pudiera contener la pieza que se responde, ya sea la inexistencia de cuestiones federales, o alguna otra carencia de tipo formal o sustancial. La contestación en sí misma, no es entonces un respaldo a la sentencia del Tribunal Superior, sino la respuesta al remedio que se plantea.

Excepcionalmente, se puede prescindir del traslado del recurso, tal como sucede cuando la decisión impugnada es una resolución que desestima una medida cautelar o se trata de un recurso interpuesto fuera del plazo legal o en la hipótesis de que presentado el escrito sin firma de letrado o sin copias, el recurrente no supla la omisión dentro de los dos días siguientes al de la notificación, por ministerio de la ley, de la providencia que exige el cumplimiento de las cargas pertinentes.[3949]

Formalmente el escrito debe cumplir las exigencias solemnes de la acordada, salvo obviamente la inclusión de la carátula. En lo demás, se tiene que presentar en un máximo de cuarenta (40) páginas, hasta veintiséis (26) renglones por página, tamaño de hoja A4 y firmado en tinta azul.

703. Ejecución provisional de la sentencia recurrida

El artículo 258 del Código Procesal prescribe lo siguiente:

> Si la sentencia de la cámara o tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquella, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema.
> Dicha fianza será calificada por la cámara o tribunal que hubiese concedido el recurso y quedará cancelada si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida. El fisco nacional está exento de la fianza a que se refiere esta disposición.

3948. Palacio de Caeiro, Silvia, *Recurso extraordinario federal*, Córdoba, Alveroni, 1997, p. 269.

3949. Ibídem, p. 314. Con la opinión contraria de Morello que afirma: "este criterio es de interpretación estricta y, de haber dudas, deberá sustanciarse" (p. 655).

La norma parece indicar que, una vez que el recurso extraordinario se concede, se debe prestar fianza a satisfacción del Superior Tribunal de la causa, y con ello se podría iniciar la ejecución. Sin embargo, la cuestión no es tan clara.

El artículo 499 del Código Procesal permite ejecutar la sentencia cuando esta se encuentra firme o ejecutoriada; mientras el artículo 258 que analizamos admite que se fuerce el cumplimiento de la condena si la sentencia de Cámara fuera confirmatoria de la dictada en primera instancia. Esto quiere decir que hay dos problemas a superar. El primero se vincula con la eventual suspensión de los efectos de la condena mientras se esté tramitando el recurso extraordinario (se entiende que ante el tribunal de admisión formal); el segundo, debe resolver si la ejecución inmediata es factible prestando fianza suficiente sin importar la articulación del remedio excepcional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado la situación en tres casos orientadores: el primero es "César Arias"[3950], en el que dijo que la sentencia no se podía ejecutar porque la sola interposición del recurso genera efectos suspensivos. Más tarde, en el expediente "Jorge Escobar", se sostuvo que al haber deducido los peticionarios el recurso extraordinario contra las sentencias de la Cámara Electoral, esta no resulta susceptible de ejecución –art. 499, Cód. Proc.– y, por lo tanto, hasta que el tribunal no se pronuncie con respecto a la concesión o denegación del recurso federal no se puede ejecutar ningún pronunciamiento.[3951]

Finalmente en "Gabriela Oswald"[3952] se decidió que no era la concesión sino la *interposición* del recurso extraordinario lo que producía efectos suspensivos, en tanto los jueces de la causa no se pronuncien sobre su admisión o rechazo.

La Corte, en suma, sostiene que mientras el recurso extraordinario no esté resuelto en la etapa de admisión no se puede ejecutar la sentencia. No obstante, cabe interrogarse si concedido el recurso se mantiene la suspensión a tenor de lo dispuesto en el artículo 258. La pregunta no es baladí, pues algunos tribunales no esperan diez días desde la notificación para devolver el expediente a la instancia apelada, pudiendo en

3950. CSJN, Fallos: 314:1675

3951. CSJN, 23/9/1993, La Ley, 1994-B-253; *DJ*, 1994-1-947; *ED*, 155-57.

3952. Causa O.38.XXXI "Oswald, María Gabriela s/ su solicitud en autos: 'Wilner, Eduardo Mario c/ Oswald, María Gabriela s/ exhorto" del 17 de abril de 1995, *ED*, 154-55.

esta, en consecuencia, iniciar la ejecución. Sin embargo, si articulado el recurso extraordinario, este se concede, la sentencia deja de estar ejecutoriada y por ello las cosas deben regresar al estado anterior.

En nuestra opinión hay que hacer una diferencia entre cuestiones patrimoniales que se pueden ejecutar y cuestiones de otra naturaleza que impiden por esas características la ejecución inmediata. El primer sentido es tradicional y recepta la tendencia que establece que la ejecución de la sentencia de Cámara confirmatoria de la dictada en primera instancia es factible prestada la fianza prevista en el artículo 258 del Código Procesal. De este modo, concedido el recurso extraordinario, procede en aquellos casos donde se discuten cuestiones de exclusivo contenido patrimonial.

Si esa característica (económica) no es clara, dentro de la unidad conceptual en que se solicita el cumplimiento de la sentencia, y no se aportan elementos que permitan discriminar la petición, resulta excluido dicho carácter, toda vez que comprende aspectos como la publicación de la revista y disponibilidad de sus ejemplares cuya ejecución eventualmente tornaría abstracta la decisión adversa de la Corte sobre dicha situación insusceptible de adecuada reparación económica ulterior.[3953]

En pocas palabras, aunque sea la cuestión de contenido patrimonial, la complejidad para determinarlo puede actuar en contra de quien requiere una rápida ejecución.

Por ejemplo, se ha dicho que, al no existir aún una obligación debidamente determinada y consolidada, y por ser exclusivamente facultativa la posibilidad conferida al acreedor de ejecutarla en ese estado, la falta de conformidad de este con el pago intentado por su deudor impuso sujetar el esclarecimiento de la razón de uno u otro en esa controversia a la dilucidación exacta del resultado de la litis. Entonces, si en definitiva el último recurso posible –extraordinario o en queja– daba como consecuencia la revocación de la sentencia de segunda instancia, la consignación intentada por el *solvens* y no aceptada por el *accipiens* debería ser rechazada y produciría efectos negativos a quien improcedentemente la había intentado. Por el contrario, confirmada definitivamente la sentencia como consecuencia de la denegación de

3953. CNFed Contencioso Administrativo, Sala I, 30/11/1982, "Editorial Perfil, S. A. c./ Gobierno nacional - PEN, Ministerio del Interior", *ED*, 102-831.

los últimos remedios recursivos, la consignación sería válida y produciría efectos desde su misma concreción.[3954] Cabe agregar que esta lectura no contradice la facultad de la Corte para disponer de oficio, o a pedido de parte, la suspensión de la ejecución de sentencia si entiende que promedian razones de orden institucional.[3955]

Otros autores como Morello opinan que, a pesar de esta suerte de guía jurisprudencial, se puede promover la ejecución de fallos que no revistan necesariamente carácter patrimonial.[3956] En cambio, Sagüés sostiene que, sin descartar esta alternativa, cuando el dinero no sea idóneo para subsanar el daño de una posible ejecución de la sentencia, la resolución objetada por un recurso extraordinario otorgado resultará por el momento inejecutable.[3957]

Ahora bien, una vez que el recurso extraordinario se resuelve, la suspensión depende del resultado. Si fue concedido, todo el expediente va a la Corte y queda el proceso suspendido, a tenor del principio que establece el artículo 498 del Código, es decir, que sólo se pueden ejecutar sentencias firmes y ejecutoriadas. Sin embargo, si se trata de cuestión patrimonial, no se impide la extracción de fotocopias del expediente para requerir la ejecución conforme el artículo 258, Código Procesal. Finalmente, si se tiene que ir en queja por denegación del extraordinario, sólo se puede suspender el proceso si la Corte hace lugar a la queja (art. 285 párr. final, CPCCN). Va de suyo que el actor puede pedir (arts. 212, inc. 3, y 258, Cód. Proc.) medidas cautelares y que puede ejecutar la sentencia pese al recurso que se articule. La única limitación será que no podrá ejecutar hasta que se resuelva la admisión del recurso extraordinario.

3954. CNCiv., Sala B, 13/4/1987, "La Baskonia, S. A. c./ Municipalidad de la Capital", *LL*, 1987-C-153.

3955. CSJN, Fallos: 245:425; 248:24. También se afirmó que "corresponde decretar la suspensión del incidente de ejecución si los argumentos aducidos en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, podrían, *prima facie*, involucrar cuestiones susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la Ley N° 48, en tanto el *a quo* admitió la ejecución de la sentencia, en los términos del art. 258 del Código Procesal, requiriendo a tal efecto solamente la caución juratoria de la parte apelada, en una causa en la que se encuentra en juego un monto excepcionalmente elevado" (CSJN, "Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros", 21/9/2004, Fallos, 327:3801).

3956. Morello, Augusto, *Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, 3ª ed., p. 335.

3957. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T 2, p. 401.

Para ejecutar la sentencia se debe prestar fianza acorde para responder por lo que importase restituir las cosas a su estado anterior, en caso de prosperar el recurso extraordinario.[3958] Como en toda caución, la calidad y cantidad de esta debe ponderarse por el juez; pero aquí la particularidad radica en que el trámite de ejecución se debe requerir ante el Superior Tribunal de la causa, pudiendo o no sustanciarse con el afectado.

Por eso se afirma que corresponde desestimar la nulidad deducida contra la resolución que en función de lo solicitado por la actora determinó la fianza prevista en el artículo 258 del Código Procesal, omitiendo correr traslado de esa petición, pues dicho traslado es una exigencia no prevista por la ley y la resolución inaudita parte es aceptada en doctrina, sin perjuicio del derecho de quien se crea afectado a pedir reposición.[3959]

La fianza juratoria a veces se cuestiona, aunque la discrecionalidad judicial se tolera como pauta general. No obstante, otros sostienen que, concedido el recurso extraordinario, debe prestarse caución real por la totalidad de la suma pretendida para proveer a la solicitud de ejecución de sentencia –con sustento en lo dispuesto por el art. 258, Código Procesal–, resulta inadmisible la juratoria –art. 199– por atender a distinta finalidad.[3960]

704. Efectos de la sentencia

Si la apelación extraordinaria se deniega (se declara inadmisible), la sentencia recurrida, no obstante, conserva incertidumbre respecto a su definitividad. Es cierto que, tomando la pauta del artículo 285 del Código Procesal "mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso", lo que supone estar atentos a la posible deducción del recurso directo o de hecho.

La dificultad está en que la Corte ha dicho que puede hacer excepción a esta regla "cuando median en la causa razones de orden institucional o

3958. Martínez, Hernán, *El nuevo recurso extraordinario federal*, *LL* 1982-A-740.

3959. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Atanor S.A. c./ Ministerio de Economía", La Ley, 12/7/2004, p. 7.

3960. Del voto en disidencia parcial del doctor Licht. CNFed Contencioso Administrativo, Sala I, "Silva, Luis A. y otros c. M.D.", 23/8/2001, *LL*, 2002-A-816.

de interés público",[3961] contingencias que por lo común rodean las premisas que consagra la teoría de la "gravedad institucional".

Sagüés relata que esta actitud sólo puede concretarse una vez declarada admisible la queja pues, en caso contrario, estaría operando una "interpretación mutativa por adición", lo que equivale a sumar al supuesto legal de suspensión otro más, que surge del derecho judicial.[3962] Compartimos esa lectura porque permite a los jueces no refugiarse en los límites circunspectos de la norma jurídica, lo cual mejora las situaciones cotidianas que el litigio pretende solucionar.

705. Costas y cuestiones accesorias

Trataremos este punto atendiendo la doble perspectiva de su enclave; por un lado, como cuestión accesoria a resolver en los recursos que se deciden ante el Tribunal Supremo; y por otro, como cuestión principal que admita su planteo en esta vía de excepción.

Explica Morello que "las costas de la instancia extraordinaria, en principio, se entendía que debían ser satisfechas en el orden causado en razón de la naturaleza y fin institucional de la apelación".[3963] Este criterio fue aplicado, también, ante el silencio de la Corte respecto al pronunciamiento sobre el curso de los gastos causídicos de este tramo final del proceso,[3964] y asimismo, si no mediaba petición concreta sobre el punto en el memorial.[3965]

Ahora bien, focalizando la cuestión referida al inicio, es evidente que la decisión que adopte el Superior Tribunal como órgano supremo de la administración de justicia, termina el proceso e impide su continuación. La sentencia definitiva que dicta establece las pautas de la relación jurídica procesal, y de ella se deduce quiénes resultan vencedores y vencidos.

3961. CSJN, Fallos: 253:445.

3962. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, *op. cit.*, T. 2, p. 54.

3963. Morello, Augusto, *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, pp. 369-70.

3964. CSJN, Fallos: 261:246; 269:282.

3965. CSJN, Fallos: 268:280.

Desde esta perspectiva, los principios generales no cambian, de modo tal que, si la Corte revoca la sentencia y devuelve las actuaciones para que la Alzada apelada resuelva conforme se le indica, es menester que también lo haga respecto a las costas.[3966] En cambio, si pronuncia el fallo sin reenvío, en esa oportunidad también aplica el criterio condenatorio respecto de las costas. Este es el trámite normal y corriente que se adecua al principio general de imposición de costas al vencido, y en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal. Parece ser el temperamento correcto, a diferencia del anterior que había sido fuertemente criticado por la doctrina más calificada.[3967] Sin embargo, las dudas persisten respecto a las incidencias en el trámite de admisión como mecanismo provocador de gastos originados en la actividad que facultativamente debe emprender quien ha de contestar el recurso extraordinario.

Por ejemplo, la sustanciación del escrito de interposición del recurso extraordinario motiva el repetido concepto de la "bilateralidad" que se tiene como necesaria para aplicar una condena en costas. Algunos se pronuncian afirmativamente en el sentido de que "la actividad de la otra parte, hasta ahora no prevista, generará costas si se produce la denegación del recurso".[3968] Esta tesis la comparten Fenochietto y Arazi[3969] y recepta Sagüés, aclarando que ello sería correcto, siempre que la contraparte hubiese contestado el traslado oponiéndose a la concesión del recurso.[3970]

3966. CSJN, Fallos: 237:262; 247:244; 246:159; 248-:730; 261:246; 291:160; 293:177 y 409. SC Buenos Aires, "Gobierno de Buenos Aires c. Naveira Salvador J., Ac. 29.974", 7/4/1981.

3967. Sostuvo Sagüés que la tesis de la no imposición de costas era de dudosa juridicidad. La naturaleza de las cuestiones debatidas no justifica, de por sí, la liberación de las costas. Además, tratándose de una instancia extraordinaria, lo más acertado hubiera sido habilitarla al menos como una instancia común, pero no hacerla todavía más permisiva exceptuando de costas al perdidoso. Por último, dice, quien provoca sin éxito el ejercicio de una actividad jurisdiccional debe sufragar el esfuerzo que provocó a la contraparte (*Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. 2, p. 517. Cfr. Loutayf Ranea, Roberto, *Las costas en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 373.

3968. CSJN, "Walach, Robi c./ Bevcar Miroslav y otros"; 28/8/1986; ídem 2/10/1986, "Ogallar Pablo A. c./ CGT", 2/10/1986; ver Morello, Augusto, *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 370.

3969. Fenochieto, Carlos, Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, pp. 235 y ss.

3970. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 823.

De nuestra parte pensamos que, si el recurso se sustancia y el recurrido contesta oponiéndose a la admisión del extraordinario, la denegatoria de la impugnación genera costas al vencido por la actividad que ha provocado obligando (aunque sea potestativa la respuesta) a la intervención de la contraparte. Por eso, si el apelado no interviene, no hay costas generadas, porque la interlocutoria que resuelve la admisión del recurso extraordinario es una providencia de trámite que no dispone sobre el vencimiento puro y simple que tiene en cuenta las costas, pero respecto a la relación jurídica sustancial.

Ahora bien, admitido el recurso, el tema de las costas se difiere a la instancia extraordinaria. Evidentemente, no imponer la obligación de reembolso es un criterio de dudosa juridicidad,[3971] pues en definitiva se ha sustanciado una actividad procesal de cargada formulación ritual, que exige el máximo de rigor y profundidad conceptual en quien lo propone y en quien lo responde. Por tanto, esta especie de incidente que se forma en la etapa de admisión debe, obviamente, tener un responsable que asuma los costos causados. Inclusive, hasta como una forma de evitar la promoción innecesaria o abusiva de recursos de esta especie.

La Corte ha ido modificando su idea liminar, para desplazarse del principio de la no imposición[3972] al más flexible de sancionar las costas "en cuanto medien razones de justicia".[3973] Inclusive, se admite que por vía de aclaratoria se observe al Superior la omisión de pronunciarse al respecto, a fin de que cubra el vacío. Lo mismo ocurre cuando al desestimar la impugnación del artículo 14 de la Ley N°48, la Corte resuelve condenar en costas, lo que representa –al decir de Morello– "una nueva tendencia más justa en cuanto al tratamiento de esta cuestión, aunque importa destacar que no estará exenta de las particularidades de la cuestión planteada, lo que puede tomar aconsejable imponerlas por su orden" [3974].

La segunda cuestión que debe interpretarse consiste en saber si las costas constituyen una materia que pueda ser debatida en el recurso extraordinario. Para ello es preciso acotar la función que se quiere para el Superior Tribunal, pues si no es un órgano de revisión de las cuestiones

3971. Ibídem, p. 517.

3972. CSJN, Fallos: 237-198.

3973. CSJN, Fallos: 240-415

3974. Morello, Augusto, *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, p. 370.

comunes o de trámite, la condena en costas no tiene posibilidades de acceso; pero si la actividad se desenvuelve en torno al control de razonabilidad, una distribución inequitativa de costas puede ser causa suficiente para la admisión del recurso. La Corte señala reiteradamente que el tema de los gastos en el proceso, así como el curso de las costas, no son cuestiones que se puedan tratar en el recurso extraordinario federal, pues no están previstas en el artículo 14 de la Ley N° 48.

La imposición de las costas en las instancias ordinarias es una cuestión fáctica y procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario.[3975] Lo que no impide que desde la doctrina elaborada para las sentencias arbitrarias se pueda abrir una puerta por donde ingresar.

Es arbitraria, a los efectos del recurso extraordinario, la sentencia que impuso las costas en el orden causado, toda vez que omitió ponderar aspectos y normas conducentes para dilucidar la controversia, tal como la condición de vencido del demandado y su imposibilidad de alegar el allanamiento del artículo 70 del Código Procesal para eximirse de las costas; ya que –para que proceda tal exención– la norma exige que el allanamiento sea real, incondicionado, oportuno, total y efectivo, requisitos que *prima facie* no han sido cumplidos por el accionado.[3976]

3975. Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo (Fallos, 324:3421, "Borzi, Liliana I. c. Ministerio de Salud y Acción Social"). Es inadmisible el recurso extraordinario de apelación promovido por una sociedad con el objeto de eximirse del pago de los honorarios de los letrados que actuaron a favor del fisco nacional –en el caso, la accionante desistió de la acción y del derecho, imponiéndosele las costas– pues la Nación carece de interés en dicha cuestión (Fallos, 323:792, "Sevel Argentina S. A. c. D.G.I.").

3976. Del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo (CSJN, "L., A. M. y otra c./ F., M. M.", 18/12/2002, *LL*, 2003-A-797; *DJ*, 2003-1, 308). Si bien las decisiones sobre costas constituyen un tema de Derecho Procesal que, por su naturaleza, son ajenas al recurso extraordinario, corresponde habilitar dicha vía cuando la sentencia carece de suficiente fundamentación –en el caso, se aplicaron las costas al organismo previsional en su condición de parte vencida– (CSJN, "Farmacia España S.C.S. c. Dirección Gral. Impositiva", 1/6/2000, *LL*, 2000-F-377). Si el problema de las costas fue analizado y desestimado por el tribunal de la provincia en oportunidad de expedirse en el recurso de inaplicabilidad de ley para ante el deducido, su decisión constituye la sentencia final emanada del órgano superior al que se refiere el art. 14 de la Ley N° 48, de modo que resulta prematuro el recurso extraordinario deducido contra el fallo de la Cámara en ese sentido, por la similitud de ambos planteos (Fallos, 304:1919, "Alfaro, Florencio J. y otra c./ Consorcio de Propietarios Corrientes 957/59"). Si bien lo atinente a la imposición de costas, dado su carácter procesal, es una cuestión, en principio ajena al recurso extraordinario, dicho principio debe ceder, excepcionalmente, cuando la resolución apelada carece de debido fundamento legal que permita considerarla derivación ra-

En síntesis, las costas desenvueltas en el trámite de admisión del recurso extraordinario, y, una vez concedido, las que se originan en la instancia superior, tienen las singularidades siguientes:

a. en primer término, debe quedar en claro que si el recurso no llega a la Corte Nacional, por quedar firme el auto desestimatorio, las costas habrán de decidirse en esta instancia de admisión. La diferencia entre condenar y eximir dependerá de la sustanciación y de la actividad desenvuelta por las partes;
b. si, en cambio, el recurso se declara procedente, la condena se difiere a la suerte final del proceso, y le está vedado al Superior Tribunal de la Causa pronunciarse sobre el tema;[3977]
c. si el recurso se concede, y en la Corte se revisa la providencia de admisión y declara que el recurso fue mal concedido, le corresponderá al Alto Tribunal de la Nación distribuir los gastos causídicos;[3978]
d. cuando los agravios son de naturaleza tal que pueden estimarse en el grupo de aquellas cuestiones complejas; de dudosa formulación legal o circunstancial; con variaciones jurisprudenciales, etcétera, la Corte podrá considerar la temática y ordenar por su orden los gastos;
e. a veces, admitido el recurso, la cuestión deviene abstracta en la etapa de decisión, por lo que si la Corte silencia su resolución por considerar que la litis ha devenido en tal condición, "ello importa dejar firme el pronunciamiento recurrido, que bien pudo haber sido contrario a derecho; así un litigante con razón debe conformarse con una sentencia que le resulta agraviante; y cargar, además, con las costas que ese fallo le impuso";[3979]

---

zonada del derecho vigente con sujeción a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos, 324:841, "Siderea S.A. c./ Dirección Gral. Impositiva").

3977. CSJN, 16/11/1987, *LL*, 1988-B-748.

3978. CSJN 29/9/1983; ídem, 23/11/1987, citas de Sagüés, *op. cit*, p. 519.

3979. Sagüés, Néstor, "Conclusión del recurso extraordinario por cuestión abstracta: problemática de las costas y de la subsistencia de la sentencia apelada", *DJ*, 1986-II-786. La Corte Suprema, en su actual composición (2006) sostiene que [...] la extinción del objeto procesal por la desaparición del presupuesto fáctico y jurídico que dio pie a la demanda impide acudir al principio rector establecido en el art. 68 del Código Procesal para disponer la imposición de las costas, pues la imposibilidad de dictar un pronunciamiento final sobre la procedencia substancial de la pretensión, cancela todo

f. si al resolver la apelación extraordinaria decide en todos los puntos controvertidos del proceso, debe entenderse –en forma indubitable e implícita– que ha cambiado el curso de las costas dispuestos en la instancia de origen.[3980]

Finalmente, en cuanto hace a este punto, debe entenderse que es definitiva la sentencia que resuelve sobre las costas[3981] en la instancia extraordinaria.

Fuera de estos supuestos, conviene observar que algunas cuestiones vinculadas con las costas, como son los honorarios, pueden tener conclusiones similares.[3982] No configura sentencia arbitraria suscepti-

juicio que permita asignar a cualquiera de las partes la condición de vencedora o vencida (CSJN, , "Zavalía, José L. c./ Provincia de Santiago del Estero y Estado Nacional", 23/5/2006, *DJ*, 2006-2-861).

3980. La condena en costas dictada por la Corte al revocar la sentencia de Cámara y resolver todas las cuestiones planteadas en segunda instancia comprende también las costas de esta (CNFed. Contencioso Administrativo, Sala III, "Cassagne Ana M. c./ Banco Central", 24/5/1988). Asimismo, corresponde imponer las costas por su orden, si el recurso extraordinario es de fecha anterior a la del precedente que sustenta el pronunciamiento (CSJN, "Bouzas H. y Cia. SA c./ Municipalidad de la Capital", 5/3/1987).

3981. Es definitiva, la sentencia en la que al imponerse parcialmente las costas a la demandada se decide sobre el alcance de una transacción que las arregla (SC Buenos Aires, Ac. y Sent. 1961-I, 465). O la resolución que anula las actuaciones realizadas por el letrado y le impone las costas con arreglo a lo dispuesto por el art. 48 del Código Procesal es definitiva cuando este la recurre por propio derecho (Ac. y Sent. 1962-II, 677; íd. 1967-I, 1090).

3982. Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que dispuso distribuir las costas de ambas instancias según su orden y las comunes por mitades, de conformidad con lo dispuesto en el art. 68 segunda parte, del Código Procesal. Ello así, pues sin perjuicio de destacar que el escrito mediante el cual se dedujo el recurso extraordinario no contiene el relato claro y concreto de los hechos del litigio de modo que permita relacionarlos con las cuestiones presentadas como federales, hay que agregar que las objeciones que propone el apelante remiten al examen de temas de hecho, prueba y derecho común y procesal cuya decisión es materia propia de los jueces de la causa y resulta ajena, como regla, a la instancia del art. 14 de la Ley N° 48; máxime que la decisión impugnada posee suficientes fundamentos que excluyen la tacha de al arbitrariedad (CSJN, "Tejada, Julio c. Los Constituyentes S.A.", 23/8/1988). La imposición de costas en un problema de carácter accesorio y procesal que no da lugar al recurso extraordinario (CSJN, "Lozada, Salvador M. c./ Editorial Amfin, S.A. s/ acción declarativa", 20/9/1988). La rigidez de la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad es particularmente más intensa en punto a la imposición de las costas (CSJN fallo anterior). Lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye materia ajena al recurso del art. 14 de la Ley N° 48, pues la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la inteligencia y aplicación de las normas arancelarias no son como principio, a raíz

ble de atacarse por vía de recurso extraordinario la que impuso costas a la fallida por la verificación tardía de acreencias con sustento en que la tardanza en la verificación del crédito no era imputable al acreedor –en el caso, la normativa vigente le imponía esperar a la finalización del juicio laboral intentado, lo que fue informado en la quiebra–, toda vez que la tardanza en la verificación del crédito no era imputable al acreedor. Ello en orden a lo normado en el artículo 68 del CPCCN, de aplicación subsidiaria a la ley concursal.[3983]

Hay, por ejemplo, mucha prevención con las cuestiones concernientes a la regulación de honorarios y a la determinación de las bases tenidas en cuenta para tal fin, incluso, las referentes a si los intereses deben o no incorporarse al monto del juicio. En tal sentido, los tribunales elastizan su rigor y establecen la posibilidad de revisar la distribución de los gastos causídicos, cuando no se efectúa un tratamiento adecuado de la cuestión de acuerdo con las constancias de la causa;[3984] o cuando la resolución se funda genéricamente y en forma ambigua;[3985] o si se discute la calidad de vencido.

---

de su carácter fáctico y procesal, cuestiones susceptibles de tratamiento por la vía extraordinaria. Con apoyo en tales pautas y en la doctrina de la arbitrariedad –que es particularmente restringida–, no resulta descalificable el fallo impugnado que contiene razones suficientes para su sustento, como las que revelan que el *a quo* se ha hecho cargo del valor emergente de la pericia de tasación efectuada, prudentemente actualizado, de la labor desarrollada y su naturaleza, resultado y mérito, de las etapas cumplidas, y de lo dispuesto en diversas normas de la ley arancelaria (CSJN, "Inmobiliaria Pamdi S.A.C.I.A.M. c. Corporación Mercantil S. A . C . I . F . I A.", 1/3/1984). Por tratarse de materias de índole procesal y accesoria, que deben sustentarse en circunstancias de hecho y prueba es, en principio, improcedente el recurso extraordinario deducido respecto de pronunciamientos que resuelven acerca de la imposición de costas (CSJN, "Miguel, Lorenzo M. s/ interdicción", 27/3/1984). Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que impuso las costas basando la facultad de suplir las omisiones de las sentencias en la jurisprudencia de la Corte referente a la posibilidad de rectificación de errores materiales en cualquier tiempo. Ello así, pues el recurrente no demostró que tal doctrina fuera inaplicable y tampoco se hizo cargo de la interpretación del art. 166, inc. 2, *in fine*, del Código Procesal Civil y Comercial, efectuada por el *a quo*, regla a la cual no asigna límite temporal. (CSJN, fallo anterior).

3983. CSJN, "Jockey Club de la Provincia de Buenos Aires s/quiebra s/inc. de verif. de crédito por: Provincia de Buenos Aires", 18/12/2008, *LL*, 2003-C-342.

3984. CSJN, "Walach Robi c/ Bevcar Miroslav y otros", 18/8/1988.

3985. No obstante, procede el recurso extraordinario versar la cuestión sobre un tema procesal –costas del incidente– si la decisión recurrida se sustenta en fundamentos genéricos y ambiguos que no resultan adecuados para dar base jurídica a lo resuelto,

En los casos en que puede hablarse de tercera instancia, cuando la Corte interviene en el recurso ordinario de apelación, se ha resuelto que resulta *prima facie* procedente la vía interpuesta por el particular, circunscripto a las costas de ambas instancias impuestas en el orden causado, por tratarse de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la nación es parte y la sustancia económica discutida –representada por el monto probable de los honorarios de los profesionales a cargo de la dirección letrada de la recurrente y del perito actuante en la proporción correspondiente– supera el mínimo legal establecido por el artículo N° 24, inciso 6, apartado a) del Decreto-Ley N° 21708, y tal recaudo ha sido objeto de demostración por la interesada.[3986]

y también se aparta de las constancias de la causa (CSJN, "Alvariñas Canton, César R. c./ Laurencena, Luis H. y otro", 29/9/1988). (Conc. SC Buenos Aires, 13/11/1973, Ac. 19.761, 14/9/1974, Ac. 22.797; 15/11/1977, "Sociedad mixta Siderurgia Argentina c./ Infante Eitel H.", Ac. 24.275).

3986. Se agrega que el recurso ordinario de apelación no ha sido concedido exclusivamente al Estado, sino que también alcanza a los particulares que litigan con él. Por eso, de la circunstancia que al distribuir las costas en el orden causado, la solución de la alzada fuera favorable o beneficiosa a los intereses del Estado vencido, no se sigue la inadmisibilidad del recurso de la parte contraria, pues tal solución resultaría frustratoria del principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5, apart. c, Cód. Proc.) y del derecho de la defensa en juicio, al consagrar un desmesurado privilegio a favor del Fisco, que no resulta expresa ni implícitamente de las normas regulatorias de este remedio procesal. No obstante se dice que, el recurso fundado en el art. 24, inc. 6, apart. a) del decreto-ley 1285/58 no procede contra decisiones que declaran las costas por su orden y quien apela es la parte contraria al Estado Nacional (disidencia de los doctores Caballero y Fayt) (CSJN, "Aerolíneas Argentinas, Sociedad del Estado c. Manuel Tienda León, S.A.", 5/3/1987). Ver al respecto Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Procedencia del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación deducido por 'particulares'", *LL*, 1987-C-190.

Capítulo XCIV
El recurso de inaplicabilidad de ley

706. Casación y recurso

El recurso de inaplicabilidad de ley que regula el artículo 288 del Código Procesal es un modelo atípico si se lo compara con la impugnación de igual nombre que tienen las legislaciones provinciales. En estas funciona como un auténtico "recurso de casación", mientras que en el orden federal sólo persigue unificar la jurisprudencia estableciendo el seguimiento obligatorio de los precedentes que las Cámaras nacionales establezcan.

Dice el precepto señalado:

> El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la Cámara en los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento
>
> Si se tratare de una Cámara federal, que estuviere constituida por más de una sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso administrativo federal.

Estamos ante un remedio procesal extraordinario, cuya finalidad es armonizar y unificar la jurisprudencia que pronuncia un tribunal de apelaciones en el orden nacional o federal, toda vez que está pensada para las Cámaras Nacionales de Apelaciones (de competencia ordinaria y federal) con sede en la ciudad de Buenos Aires, y las restantes Cámaras federales del país. En otros sitios, la doctrina legal también se quiere fijar desde el recurso, solamente que funciona como casación, que es una naturaleza difusa en el modelo nacional.

Di Iorio sostiene:

> … se trata de un recurso sin antecedentes legales ni doctrinarios que fue surgiendo poco a poco a partir de circunstancias muy particulares y creado sin que sus autores tuvieran muy en claro los alcances futuros de lo que estaban haciendo.[3987]

La divergencia se muestra en la definición siguiente:

> El recurso de inaplicabilidad de la ley se diferencia del recurso de casación *stricto sensu* (en estado puro según algún autor), en cuanto este último es viable para reparar cualquier error *in iudicando*, con prescindencia de que exista o no, un precedente acerca de la cuestión resuelta, mientras que el recurso que nos ocupa, condiciona su admisibilidad, a la contradicción existente entre la doctrina establecida por la sentencia impugnada (en ese acto) y la resultante de otra sentencia, proveniente de una de las salas de una misma Cámara.[3988]

Por tanto, en la práctica, el recurso local es poco utilizado por el abogado y de mayor protagonismo por la promoción de oficio del llamado al acuerdo plenario. Suman reticencias las exigencias formales para su instauración, pese que algunos sostienen que, como es un remedio excepcional, no resulta procedente realizar una interpretación amplia de las formalidades que establece el ritual.[3989]

Por esta misma razón, no constituye una instancia revisora de hechos, sino del derecho aplicable y su justa aplicación, propiciando que por su intermedio se concilie la interpretación de la ley y se obligue a los jueces inferiores a seguir la intelección habida.

707. Historia conflictiva del recurso

Este recurso tiene contradicciones constantes. Una de ellas ocurrió en la propia elaboración de esta obra, pues al tiempo de edición

3987. Di Iorio, Alfredo, "El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 215.

3988. Lemon, Alfredo, "El recurso de inaplicabilidad de la ley según el Código Procesal Civil de la Nación", *LL* 1997-B, 1361

3989. CNFed Contencioso Administrativo, Sala II, 28/3/2000, "Piazza, Federico P. c./ Dirección Gral. Impositiva", *LL*, 2000-D-863 (42.848-S).

estaba derogado, y de golpe el legislador nos sorprende retornando a la vía de impugnación con la Ley Nº 27500 del 10 de enero de 2019.

En los fundamentos se explica esta decisión:

> La Ley N° 26853, que fuera publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 17 de Mayo de 2013, dispuso la creación de tres Cámaras Federales de Casación, una de ellas en lo Contencioso Administrativo, otra del Trabajo y la Seguridad Social y la tercera, en lo Civil y Comercial, estableciendo además un nuevo régimen recursivo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que incluía los recursos de casación, de inconstitucionalidad y suprimía el recurso de inaplicabilidad de la ley.

Asimismo dicha ley realizó las correspondientes modificaciones al Decreto-Ley N° 1285/58, ratificado por Ley N° 14.467 y sus modificatorias, de Organización del Poder Judicial de la Nación, y al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud de tratarse de una norma aplicable en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal y en su artículo 13 sustituyó el artículo 21 del citado decreto ley, referido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, la CSJN, mediante la Acordada N° 23 del 14 de agosto de 2013, decidió supeditar la operatividad de los recursos procesales que contempla la referida ley a la instalación y puesta en funcionamiento de las Cámaras nacionales y federales que aquella crea. Entiendo que si se implementase la Ley N° 26853 sólo se conseguiría aumentar la demora de los procesos judiciales, que de por sí son excesivamente prolongados, ya que no se previeron medidas tendientes a acortarlos y se agrega una nueva instancia centralizada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo ello atenta contra el requisito de celeridad de los procesos judiciales, que por otra parte se encuentra regulado en los instrumentos internacionales a los que nuestro país ha otorgado rango constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

En otro orden de ideas, la Ley N° 26853 ha creado incertidumbre y confusión respecto de las competencias federales y nacionales de orden jurisdiccional, más aun teniendo en cuenta que la CSJN ha abandonado recientemente su doctrina jurisprudencial tradicional de equiparación de los tribunales nacionales ordinarios con los federales, a la vez que exhortó a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

En la citada Acordada N° 23/2013, el máximo tribunal de la nación expresó que "las nuevas disposiciones han creado órganos judiciales que conocerán de recursos promovidos contra sentencias dictadas por Cámaras nacionales y federales que, en los términos del art. 6° de la Ley N° 4055, constituyen regularmente el Superior Tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario por ante esta Corte. Esta circunstancia impone actuar con la mayor celeridad mediante reglas claras y cognoscibles para los justiciables (caso "Tellez", de Fallos 308:552) en la medida en que la ley de que se trata compromete el alcance de uno de los recaudos propios que condiciona la admisibilidad de aquella instancia que, como se viene señalando enfáticamente desde el precedente de 'Jorge Antonio' (Fallos 248:189), habilita la jurisdicción de raigambre constitucional calificada por la Corte como "más alta" y "eminente". Por otro lado, cabe destacar que el artículo 7° de la referida Ley N° 26853, en cuanto prevé que "en los casos que resulte necesario" la designación de los jueces para la integración de las nuevas Cámaras de Casación podrá efectuarse mediante procedimientos abreviados entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 18 de la CN que dispone que ningún habitante de la Nación podrá ser "juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho o de la causa".

En otro orden de ideas, el artículo 12 de la Ley N° 26853 dispuso la derogación de los artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, referidos a la convocatoria a tribunal plenario y a la obligatoriedad de los fallos plenarios, respectivamente. En la práctica, ello nos coloca frente a la posibilidad de un verdadero caos en materia jurisprudencial, con la consecuente violación del principio de igualdad ante la ley, situación que se intenta revertir mediante este proyecto de ley. Cabe agregar que es apropiado que cualquier incorporación de nuevas instancias judiciales sea realizada siguiendo un criterio integrador dentro del procedimiento y de la estructura orgánica de los tribunales, procurando evitar caer en reformas parciales o de ocasión, que conspiren contra la finalidad última del sistema judicial, que debe aspirar a consagrar una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente. Estas cuestiones no fueron siquiera consideradas en la ley cuya derogación se persigue.

La creación de nuevos tribunales para intervenir como nueva instancia en juicios que hoy tienen su trámite natural ante primeras y segundas instancias judiciales resulta contraria a la concepción de la justicia como un servicio dirigido al justiciable y resulta insensible a las necesidades actuales de la ciudadanía de mayor celeridad y simplicidad de los procesos judiciales; con el agravante de que una nueva instancia judicial para todo el país, concentrada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conspira contra la necesidad de incrementar el acceso a la justicia de la población vulnerable y de las zonas más postergadas del país.

A ello debe sumarse, finalmente, que resulta inoportuno incrementar la extensión del procedimiento y de la estructura judicial que se encuentra en proceso de transferencia al ámbito del Poder Judicial de la mencionada Ciudad. En tal sentido, mediante la derogación de la Ley N° 26853 se permitirá restablecer y reestructurar el correspondiente ejercicio de los derechos de los ciudadanos en materia de acceso a la justicia, como así también continuar con el proceso de transformación y agilización de la justicia de nuestro país.

708. Uniformidad de la jurisprudencia

El sistema legislado en los artículos 288 a 303 del Código Procesal se ha 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 esté en presencia de sentencias definitivas. Comporta, de tal modo, un aspecto reducido del recurso de casación, puesto que se marginan de su ámbito propio las contradicciones o criterios desiguales cuando estos se dan entre Cámaras nacionales distintas.

También Falcón comparte esta lectura al afirmar:

> … en realidad, no se trata de un recurso propiamente dicho, sino para el apelante, pues lo que se pretende con este modelo es unificar la interpretación jurisprudencial para un fuero. Si existe un solo tribunal que actúa siempre en pleno (como cuando la Corte actúa en instancia originaria, o cuando en el interior hay una sola sala de apelación), las decisiones que toma serán siempre coherentes consigo y, si modifica un criterio anterior, se entenderá que hay un cambio de jurisprudencia. Pero cuando los

> tribunales colegiados de revisión tienen muchos miembros se dividen en salas (conjuntos de tres miembros). Cada sala resuelve la cuestión apelada con la autoridad de todo el cuerpo colegiado. Es decir que cuando decimos una Cámara (por ejemplo, la civil de Capital Federal) resuelve un caso concreto, la que está resolviendo la cuestión es en realidad una de sus salas; de allí que, por ejemplo, en la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, de treinta y nueve (39) jueces para atender el caso, sólo la atienden tres.[3990]

El procedimiento consiste en atacar la sentencia definitiva que dicta una de las salas de la Cámara respectiva, procurando que se deje sin efecto por alterar la doctrina del tribunal que con ese fallo perdería cohesión y alteraría la seguridad jurídica.

Por eso, el artículo 288 citado no impone al tribunal la aplicación de plenarios propiamente dichos, sino encontrar la contradicción del fallo recurrido con el precedente jurisprudencial que se debe haber invocado antes de dictar la sentencia.

709. Antigüedad del precedente

La contradicción entre el fallo de la sala y la doctrina plenaria no debe ser mayor de diez (10) años contados a la fecha de la sentencia que se recurre; tiempo que no se debe confundir con la vigencia del plenario establecido en el artículo 303, párrafo final del Código Procesal.

Conforme al artículo 288 del Código Procesal, el recurso de inaplicabilidad de la ley será admisible cuando una sentencia contradiga 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 es de fecha anterior al plazo indicado y teniendo en consideración que el tribunal en pleno es el juez del recurso, el interpuesto debe ser desestimado.[3991]

3990. Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, T. I, 2006, p. 741.

3991. CNCiv., en pleno, "V. de Ch., I. H. c./ Ch., N.", 7/11/1980, *LL*, 1981-B-560 (35.902-S). 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, "Jomich, Nadia c./ La Vencedora", 29/6/1979, *LL*, 1979-D-3).

Varios plenarios más han concretado la explicación del procedimiento. En este aspecto se aclaró que era insuficiente la fundamentación del recurso de inaplicabilidad de ley que se limitaba a la mera referencia o cita de sentencias estimadas contradictorias, si además no se intentaba demostrar que los presupuestos de hecho contemplados en ellas eran similares a los analizados y tenidos en cuenta en el fallo recurrido.[3992]

De lo que se deriva que no existe contradicción entre la sentencia recurrida por inaplicabilidad de ley y los precedentes invocados, si se trata de sentencias en las que se pusieron de manifiesto las particularidades de las respectivas causas, lo que permitió desembocar en distintas conclusiones *de jure*.[3993]

El escrito mediante el cual se interpone el recurso de inaplicabilidad de ley debe ser "fundado", yla contradicción debe señalarse también en términos precisos. Es decir, se debe expresar en forma concreta y clara la doctrina violada o aplicada erróneamente y, en su caso, la demostración de su vinculación con el problema a resolver. Para determinar la procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley, de los precedentes invocados como contradictorios por el recurrente debe excluirse el correspondiente a la misma sala que dictó la sentencia recurrida.[3994] Además, como este remedio especial tiene por objeto unificar la doctrina sobre cuestiones de derecho entre las distintas salas de una Cámara, a fin de evitar sentencias contradictorias, resultan ajenos a su materia los derechos de forma que pudiera contener la sentencia recurrida cuando se invoca la omisión de puntos cuestionados.[3995]

La preocupación por no entrar en los hechos ha sido objeto de varios plenarios. En efecto, el recurso de inaplicabilidad de ley tiene por finalidad unificar la doctrina sobre cuestiones de derecho entre las salas de una Cámara, a fin de evitar la existencia de sentencias contradictorias. Por tanto, queda fuera de su ámbito todo lo referido a la valoración de cuestiones de hecho, por ser ello privativo de los tribunales de la causa.[3996]

3992. CNCiv., en pleno, "Costa. Oscar c./ Barracas, S. A.", 7/11/1980, *LL*, 1981-A-3.

3993. Ibídem.

3994. Ibídem.

3995. CNCiv., en pleno, "Dinfa, S. R. L. c. Castro Vilaró e Hijo, Soc. Col., Antonio", 7/11/1980, *LL*, 1981-A-42.

3996. CNCiv., en pleno, 7/11/1980, "Gigena, Carlos A. c. Yusin, S. A. y otro", *LL*, 1981-A-2.

Esta perduración *sine die* plantea 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.

710. Doctrina plenaria y fallos de la Corte Suprema

Nuestro sistema institucional organiza el mecanismo de control constitucional con base en el sistema americano, es decir, 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 ha dictado el fallo plenario no se puede apartar de la orientación establecida, aun cuando se plantee su inconstitucionalidad.

El control difuso permitido a todos los jueces queda de este modo desvirtuado e inoperante por la aplicación de un precedente obligatorio que condiciona la libertad de actuar del juez *a quo*. En otros términos, se impone una renuncia al conocimiento y al deber de conciencia que tiene todo juez cuya función esencial a su cargo es 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.

En la historia jurisprudencial del país fueron numerosas las situaciones en las que la doctrina plenaria colisionó con los fallos de la Corte, obligando de algún modo a los tribunales inferiores a tener que realizar una opción entre el seguimiento obligatorio de tipo jerárquico funcional y el deber de respetar el valor moral de los pronunciamientos del Alto Tribunal de la Nación.[3997]

A veces, la doctrina legal tiene que ser establecida por la Corte conforme lo dispuesto en el artículo 1, parte segunda, de la Ley N° 48, por ser el último escalón y determinar la cosa juzgada constitucional. Sin mebargo, la eficacia vinculante de los fallos de la Corte posibilita advertir

3997. Ver T. IV de esta obra, parágrafo 689 donde abordamos el problema de la jurisprudencia vinculante (pp. 887 y ss.)

un abanico de criterios, que van desde la "doctrina del efecto vinculante" hasta la del "no sometimiento imperativo", con matices diferenciales entre ambos. El efecto vinculante de la jurisprudencia proveniente de dicho Alto Tribunal tiene reconocimiento legal en materia previsional, que consagró normativamente el principio de "seguimiento obligatorio" de los fallos en el artículo 19, Ley N° 24463; y dejó a salvo, no obstante, la libertad de juicio de estos frente a la invocación de razón novedosa y variada que justifique el apartamiento del postulado mencionado.[3998]

711. Cuestiones excluidas

Este recurso no será admisible cuando pudiere seguirse otro juicio sobre el mismo objeto, o se tratare de regulaciones de honorarios, o de sanciones disciplinarias (art. 289, Cód. Proc.).

El problema inmediato está en que pueden existir vías concurrentes o paralelas que impedirán el progreso del recurso extraordinario por resultar excepcional y contingente. No hay que olvidar que la inaplicabilidad de ley solamente actúa como remedio legal ante la ausencia de otros juicios que sobre el mismo objeto se pudieran deducir.

La jurisprudencia confirma la reiterada exclusión de este medio de gravamen, cuando sostiene, por ejemplo, que no procede contra las sentencias dictadas en juicios de alimentos, cualquiera sea el monto de la condena, pues, por su naturaleza, son susceptibles de modificación, dado que no son definitivas ni pueden contradecir la doctrina de otras porque se fundan, exclusivamente, en los elementos probatorios allegados por las partes en cada caso en particular.[3999]

Palacio formula atinadas observaciones al respecto. Sostiene el maestro:

> No es por cierto materia que actualmente se preste a discusiones el hecho de que, como toda sentencia debe circunscribir su contenido y alcances a la concreta situación de hecho tal como fue oportunamente sometida al conocimiento del órgano judicial, cualquier transformación posteriormente operada sobre ese estado entraña la articulación de un nuevo caso

3998. González, Atilio, "Doctrina plenaria obligatoria 'versus' pronunciamiento descalificatorio de la Corte ¿Derogación virtual del plenario "Uzal"?, *LL*, 2000-E-953.

3999. CNCiv., Sala C, 26/6/1980, "V. de K., R., c./ K., A.", *ED*, 89-488.

> a juzgar, el cual, no siendo obviamente el mismo que provocó la primera decisión, puede conducir a un pronunciamiento de distinto contenido.
> Tal modificación en modo alguno incide en la eficacia de cosa juzgada alcanzada por la decisión originaria, ya que la vigencia temporal de dicha eficacia se halla inevitablemente vinculada a la subsistencia de las circunstancias fácticas sobre cuya base aquella se dictó. Hace ya muchos años Liebman, tras observar que toda sentencia contiene implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*, trajo a colación un ejemplo elemental: si el deudor paga la suma debida, la sentencia condenatoria pierde todo su valor.
> Tampoco parece discutible que la eventualidad precedentemente destacada cobra particular relevancia respecto de aquellas sentencias, que, como las recaídas en los juicios de alimentos, imponen el cumplimiento de prestaciones periódicas y extienden, por lo tanto, su ámbito de vigencia en el tiempo. Es precisamente por ello que las leyes –y el art. 650 del Código Procesal es claro ejemplo– brindan explícitamente a ambas partes la posibilidad de obtener, por vía incidental, un nuevo pronunciamiento adaptado al cambio del estado de hecho producido con posterioridad a la fecha de la sentencia que fijó la cuota alimentaria. Son, entre otras, exteriorizaciones de esa transformación fáctica, para el alimentado, el incremento del caudal económico del obligado o la aparición de nuevas necesidades, y para el alimentante la disminución de su patrimonio o de su capacidad laboral, la desaparición del estado de necesidad sobre cuya base se fijaron los alimentos e inclusive la existencia de uno o más parientes del alimentado que deben coparticipar en el pago de la cuota establecida.
> Sólo resta añadir, antes de continuar, que las resoluciones recaídas en este tipo de incidentes no son susceptibles del recurso de inaplicabilidad de la ley porque sólo se pronuncian sobre cuestiones de hecho y prueba y no suscitan, al menos como regla, las divergencias jurisprudenciales que sirven de sustento a aquel medio impugnativo.[4000]

También, cuando se advierte que la condena en costas no tiene el carácter de una sentencia definitiva que termine el pleito o hiciera imposible su continuación, en los términos del artículo 289 del Código Procesal; por cuanto está integrada por la apreciación de una serie de circunstancias de hecho y de derecho expuestas en el Capítulo V del Título II del Código Procesal, cuya determinación por el órgano juris-

4000. Palacio, Lino Enrique, "El recurso de inaplicabilidad de la ley respecto de sentencias relativas a prestaciones alimentarias", *LL*, 1994-A-405.

prudencial, conforme a las circunstancias particulares de cada caso, escapara a la revisión por el recurso de inaplicabilidad de la ley.[4001]

712. Requisitos del recurso

La admisión formal del recurso de inaplicabilidad de ley exige cumplir con los requisitos siguientes:

a. sentencia definitiva;
b. invocación oportuna del precedente y
c. demostración efectiva de la contradicción.

El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo es admisible con relación a las *sentencias definitivas*, entendiendo por estas a aquellas que terminan el pleito o hacen imposible su continuación. 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 es inadmisible, aunque la resolución que lo motiva cause un gravamen irreparable.

El *precedente* debe estar citado correctamente con anterioridad al pronunciamiento del fallo. Su cumplimiento tiene por objeto permitir el cotejo de la interpretación jurídica del caso con la doctrina establecida en el precedente; y, por tanto, resulta insuficiente la sola mención incompleta de la carátula del expediente y de la sala que originó el precedente, sin ninguna otra referencia que permita su eficaz individualización, tales como la fecha o número de su entrada.[4002]

4001. CNCom., en pleno, "Araucan s/ pedido de quiebra por Credibal", 27/3/1981, BCNCom., 981-2-8. Asimismo, se indica que las decisiones adoptadas en procesos ejecutivos no son recurribles por el recurso de inaplicabilidad de la ley, pues aquellas no tienen carácter definitivo, en los términos del art. 288 del Código Procesal (CNCom., Sala A, 27/9/1999, "Banco Itaú Argentina c. Vigo, Daniel G.", *LL*, 1999-F-518; *DJ*, 2000-1-733).

4002. CNCiv., en pleno, "Jomich, Nadia c./ La Vencedora", 29/6/1979, *LL*, 1979-D-3. También se afirma que "es requisito formal de admisión del recurso de inaplicabilidad de la ley que el recurrente haya invocado con anterioridad al pronunciamiento del fallo el precedente pertinente (conf. art. 288, Código Procesal). Dicha invocación debe efectuarse con la debida precisión, de manera tal de facilitar a la sala el cotejo de la interpretación jurídica del caso con la doctrina establecida en el precedente. Así, no resulta hábil la invocación, cuando se cita defectuosamente la sala en que se originó el precedente, y en la remisión al diario que lo publicó, junto con numerosos sumarios, se omite citar concretamente el número que lleva el sumario correspondiente de

En algunos plenarios este requisito se ha considerado ritual y formalista. Se dijo que

> En el caso concreto, entiendo que se extrema el formalismo, no contemplado en el art. 292, que no establece "precisión" sino para señalar la contradicción con referencia a la invocación del precedente basta que pueda ser individualizado por el tribunal juzgador como lo hizo la sala concedente.[4003]

Con relación a la fundamentación del recurso es menester mencionar concretamente el lugar y oportunidad en que se introdujo el precedente que se intenta hacer valer en la causa, así como su correspondencia con el fondo sustancial que se ha resuelto. En este capítulo se tiene que indicar dónde se ha publicado el precedente y todos los demás datos que permitan su individualización.

Por tanto, se advierte que si el recurso se apoya en circunstancias de hecho, cuya apreciación es privativa de los jueces de la causa y ajena al recurso de inaplicabilidad de ley, debe desestimarse sin más trámite.[4004] De este modo, quedaría cerrada la instancia extraordinaria, salvo que el recurso extraordinario se hubiera deducido simultáneamente. De otro modo, aun cuando los agravios del apelante se refieren a cuestiones de hecho y de Derecho Procesal y común, no corresponde excluir la intervención de la Corte Suprema para el control de la regularidad de la resolución que declara la improcedencia del recurso de inaplicabilidad de ley, cuando ella no cumple con el requisito de fundamentación seria, exigible a los fallos judiciales.

Ello ocurre, por ejemplo, en el caso que se pretenda dejar sin efecto la sentencia, por llegar esta a la conclusión de la inexistencia de "contradicción" en los términos del artículo 288 del Código Procesal. Si hace mérito del cambio de criterio de la sala que habría dictado el precedente invocado por la apelante y prescindió, sin dar razón plausible, del diverso soporte fáctico de los dos fallos provenientes de dicho tribunal, esa circunstancia que resulta de su simple lectura, no pone de

---

modo tal de permitir su correcta ubicación" (CNCiv., en pleno, "Fernández, Carlos c./ Troncelliti, José, suc.", 29/6/1979, *LL*, 1979-D, 211).

4003. Disidencia de Vernengo Prack en "Fernández, Carlos c./ Troncelliti, José, suc.", *LL*, 1979-D-211.

4004. CNCiv., en pleno, "Montegiffo, Néstor y otra c./ Asociación Civil Santísima Cruz", 7/5/1979, *LL*, 1979-C-93.

relieve *prima facie* la modificación de la doctrina aplicable que justifique el rechazo del remedio incoado.[4005]

La fundamentación del recurso se ha de sostener en la aplicación obligatoria de la doctrina plenaria, previamente introducida en la causa (art. 277, Cód. Proc.), pues de otro modo existe improcedencia por extemporaneidad, o insuficiencia por no ser una crítica concreta, razonada y autosuficiente contra la parte del fallo que se considera equivocada.

Como se advierte, no se trata 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 decide con manifiesto apartamiento a las constancias de dicha denuncia y sin fundar las razones por las que no se aplica el precedente obligatorio.

Del recurso se corre traslado a la contraparte por el término de diez (10) días, que se notifica personalmente o por cédula. Cabe agregar que el artículo 290 del Código Procesal sostiene que "los apoderados no estarán obligados a interponer el recurso. Para deducirlo no necesitarán poder especial".[4006]

713. Procedimiento del recurso

El procedimiento del presente recurso no varía 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 (10) días para formalizarlo se debe concretar ante la sala que dicta el fallo. Como se trata de una sentencia definitiva, la notificación será personal o por cédula, y desde el día siguiente a que ello ocurra comenzará el cómputo del término procesal.

No se admitirá la agregación de documentos, ni se podrá ofrecer prueba o denunciar hechos nuevos ni recusar con o sin causa a los

4005. CSJN, "Molinari, Domingo A. c./ Compañía Química, S. A.", 9/9/1986, *LL*, 1987-D-626 (37.721-S); *ED*, 121- 295.

4006. Esta es una disposición innecesaria e inoficiosa para un Código Procesal. Inserta una aclaración sobre la función del abogado en el proceso, y en particular de quienes actúan en calidad de mandatarios. En realidad, ningún recurso extraordinario es de tránsito obligatorio ni se puede encomendar entre las reglas del mandato o en las instrucciones que se dan al letrado patrocinante (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. II, p. 141).

miembros del tribunal (art. 291, Cód. Proc.). Ya que el recurso forma parte del grupo de los que desenvuelven cuestiones de derecho, exclusivamente, no cabe posibilidad alguna de ofrecer prueba, incorporar nueva documentación ni recusar con o sin causa a los miembros del tribunal que deba resolver la presentación.

Una vez que se contesta el traslado, o está vencido el plazo para hacerlo, el presidente de la sala ante la cual se ha interpuesto el recurso remitirá el expediente al presidente de la que le siga en el orden del turno. Esta determinará si concurren los requisitos de admisibilidad, si existe contradicción y si las alegaciones que se refieren a la procedencia del recurso son suficientemente fundadas. Si lo declarare inadmisible o insuficiente, devolverá el expediente a la sala de origen; si lo estimare admisible concederá el recurso en efecto suspensivo y remitirá los autos al presidente del tribunal. En ambos casos, la resolución es irrecurrible (art. 293, Cód. Proc.).

No obstante lo dispuesto con relación a la sala que debe intervenir en el tratamiento de la procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley, aquella que pronunció el fallo que motiva el recurso está habilitada para desestimarlo sin más trámite, si el recurrente ha omitido invocar los precedentes jurisprudenciales a los que alude el artículo 288 citado, y el recurso de apelación ha sido declarado desierto.

Las reglas son las siguientes:

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 sigue en orden de turno a la que dictó la sentencia recurrida debe 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).[4007]

Oportunamente un voto en disidencia del magistrado Vernengo Prack dijo al respecto:

> La irrecurribilidad estatuida por el art. 294 (actual 293) del Código Procesal que debe ser acatado por más talentoso que sea un artículo de doctrina que pretende oponérsele, o más numerosos que sean los fallos que desconozcan su letra sin dar otra razón que ese artículo. Ya que se insiste en casi todos los casos con el artículo que el prestigioso camarista y procesalista cordobés tituló *Apuntes procesales*. Requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de la *ley*, en el cap. III denominado *trámite* acápite f) que lleva el título *irrecurribilidad*, comienza reconociendo el prestigioso autor que en base al art. 294 *in fine* "tanto en el caso de declararse admisible como inadmisible el recurso de inaplicabilidad la resolución será irrecurrible" (*sic*. p. 842 de JA, doctrina 1971, 1ª columna). Sigue luego a Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, t. 2, p. 609, párr. 3º, según reza la nota (40), para las dos razones a las que obedece la irrecurribilidad: la primera es que considera razonable que tres jueces de Cámara puedan hacer, con relativamente pequeño margen de error, un examen de los requisitos formales, sobre cuya base se decide conceder o no el recurso. La segunda, es que el recurso se vería más complicado con "nuevos recursos" comprometiendo la economía procesal. (Si la concesión revisable por el tribunal en pleno ¿por qué no la denegatoria?). Hasta aquí no hay duda ninguna. La doctrina (Colombo y el doctor Yáñez) considera que la resolución de la sala es irrecurrible.
>
> El *quid* está en los últimos quince renglones del famoso artículo, en el que el meticuloso profeso introduce una excepción a dicha irrecurribilidad y trata de dar una razón de tal excepción. Puede haber dos interpretaciones. Examinaremos primero la que parecería interpretar la frase "estimamos que es posible, sin embargo, que la Cámara en pleno puede revisar la declaración previa de admisibilidad hecha por una sala, cuando resulte que indebidamente o por error se haya concedido el recurso de inaplicabilidad faltando alguno de los requisitos pertinentes (41)" (*sic*. p. 842, 2ª columna) como si fuera una excepción al régimen de

4007. CNCom., en pleno, "Hormigonera Necochea, S. A. c. Metalúrgica Necochea, S. A.", 12/6/1987, *LL*, 1987-C-386.

irrecurribilidad que antes se había propugnado siguiendo a Colombo y a la clara letra del artículo 294.

Dicha excepcional recurribilidad –la regla es la irrecurribilidad– estaría dada con los casos excepcionales como el que se cita en la nota 41, del caso "Pastore c. Valle Márquez" del 18/12/69 [Rev. La Ley, T. 138, p. 916, fallo 23.506-S] en el cual el escrito de interposición carecía de la firma de los actores, "resultando ineficaz la pretendida ratificación agregada con posterioridad por cuanto a la fecha de su presentación, había vencido el plazo para interponer el recurso" (*sic*. nota 41).

Ello hace pensar que en el ánimo del autor estaría sentar el principio que los autos sobre admisibilidad a denegación del recurso son irrecurribles, a excepción hecha de cuestiones formales que no son los requisitos del artículo 288. Así, en el caso citado en la nota 41 la falta de firma no es uno de los requisitos formales del artículo 288. Puede también ser un problema de cómputo del término, en los casos en que la Excma. CSJN excepcionalmente decreta feriado judicial "sin perjuicio de los trámites cumplidos". Que faltara la firma del cargo, por el encargado de hacerlo y otros.

En ese caso, la interpretación que se ha hecho por la mayoría estaría en desacuerdo con el pensamiento del autor. La otra alternativa es que se suprima la referencia a la nota 41 (que aparecía citada de apoyo) y que directamente se afirme por el autor que el recurso es recurrible en el caso de que la sala lo declare admisible y no lo es cuando lo deniegue. Sin embargo, esta interpretación sería no sólo contraria a lo que dispone el artículo 294 "in fine", sino a lo afirmado por el mismo autor que –como se dijo– siguiendo a Colombo da buenas razones del porqué de la irrecurribilidad. A ello se agrega que en el título IV contingencias generales de la Exposición de Motivos que se convirtió en el Código de Procedimientos Civiles, se menciona expresamente que "las estadísticas demuestran que en un elevado porcentaje de casos los recursos no son acogidos, y en la mayoría de estos, por no cumplirse sus requisitos formales: interposición dentro del plazo legal, fundamentación, oportuna mención del precedente supuestamente contradictorio, etcétera.". En el párrafo siguiente a ese fundamento se da cuenta de que la facultad se concedió a la sala del tribunal que sigue en el orden de turno para evitar "poner en movimiento el lento engranaje de las Cámaras en pleno para decidir sobre la concurrencia de recaudos formales de muy simple comprobación". Este último es un argumento más para reafirmar la irrecurribilidad legal.[4008]

4008. Disidencia de Vernengo Prack en "Fernández, Carlos c./ Troncelliti, José, suc.", *LL*, 1979-D-211.

714. Procedimiento del tribunal

Establece el artículo 294 del Código Procesal:

> 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.

La norma se refiere a la determinación de las cuestiones del plenario. Es decir, una vez que llega al presidente del tribunal de admisión se debe dictar la providencia que pone los autos en estado de resolver, quedando a cargo del Secretario de jurisprudencia el control de las actuaciones. A estos efectos se debe llevar un protocolo especial. Firme la providencia anterior, se fijan las cuestiones objeto del plenario, que se presentarán como interrogantes que los restantes miembros de la Cámara puedan responder por sí o por no, como lo ordena el artículo 295 del ritual.

El Reglamento para la Justicia Nacional Civil (RJNC) en su artículo 68 determina:

> 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…"

715. Objeto del plenario

El presidente hará llegar en forma simultánea a cada uno de los integrantes del tribunal copias del memorial y de su contestación, si la hubiere, y un pliego que contenga la o las cuestiones a decidir, requiriéndole para que dentro del plazo de diez (10) días exprese conformidad o, en su caso, formule objeciones respecto de la forma como han

sido redactadas (art. 295, Cód. Proc.). La convocatoria tiene como objeto establecer si existe unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedará constituida la mayoría y la minoría.

Vencido el plazo, el presidente mantendrá las cuestiones o, si a su juicio correspondiere, las modificará atendiendo a las sugerencias que le hubiesen sido formuladas. Su decisión es obligatoria.

El tema definitivo lo ordena el presidente de la Cámara, sin perjuicio de las opiniones que haya recibido de cada uno de los miembros de las salas. Contra esta decisión no hay recurso posible, de modo tal que transcurridos los diez (10) días señalados con anterioridad, se debe fijar la redacción de la cuestión plenaria.

Por su parte, el artículo 297 del Código Procesal establece: "Fijadas definitivamente las cuestiones, el presidente convocará a un acuerdo, dentro del plazo de cuarenta días, para determinar si existe unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarán constituidas la mayoría y la minoría".

Al ser convocado el acuerdo, se deberá entregar a las Salas y a la Fiscalía de la Cámara un informe preparado por el Secretario de Jurisprudencia, que contendrá los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios relativos a la cuestión sometida a decisión.

El Reglamento para la Justicia Nacional Civil en su artículo 69 establece:

> En el acuerdo previsto por el art. 297 del Código Procesal, constará una síntesis del dictamen del Fiscal de Cámara y podrán designarse los redactores de los proyectos. Las copias de estos serán entregadas a los camaristas por la Secretaría de Jurisprudencia, dentro de los primeros veinticinco (25) días del plazo fijado por el art. 298, primera parte, del Código citado, en la misma forma establecida para la comunicación contemplada por el art. 68 del RJNC. Los proyectos conformados serán devueltos con las modificaciones propuestas, cinco días antes del vencimiento de aquel plazo, en caso contrario se entenderá que media 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 art. 298, los jueces podrán realizar las aclaraciones y las ampliaciones de fundamentos que consideren pertinentes.

716. Votación en el plenario

La votación conjunta e impersonal de los jueces es fruto de la reforma introducida por la Ley N° 22434. La mayoría y la minoría se expresarán agrupados y con una redacción común; pero aquellos jueces que pretendan ampliar fundamentos podrán hacerlo en el plazo indicado como votación individual.

El artículo 70 del RJNC dice que las sentencias del tribunal plenario se notificarán a los magistrados del fuero y a los del Ministerio Público de Cámara dentro de los diez (10) días del plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 298 citado. La decisión se adoptará por el voto de la mayoría de los jueces que integran la cámara. En caso de empate decidirá el presidente (art. 299, Cód. Proc.).

La mayoría se computa de acuerdo con el número de jueces que integran nominalmente la Cámara, es decir que no se tiene 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 N° 1285/58), constituyendo otra circunstancia que se agrega al cúmulo de problemas que afronta 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 unidas, sin contar con las licencias de distinto registro que continuamente se constatan.[4009]

717. Efectos del plenario

La sentencia que se dicte a consecuencia del plenario convocado a instancia del recurso de inaplicabilidad de ley tiene dos vertientes. Por un lado, constituye la doctrina legal de la Cámara respecto al tema objeto de estudio. Por otro, la obligación de revertir el fallo atacado ypasar las actuaciones a la sala que resulte sorteada para dictar el nuevo pronunciamiento que deberá ajustar el fallo a la doctrina plenaria establecida.

4009. Fenochietto, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. 2, p. 155.

Lo resuelto en los fallos plenarios no tiene por objeto legislar, sino fijar la doctrina legal en los términos del artículo 300 del Código Procesal, por lo que la obligatoriedad de la interpretación establecida en dichos pronunciamientos no puede considerarse inconstitucional.

En tal sentido, se afirma:

> … cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad que la demandada efectúa, respecto a los fallos plenarios en general y del art. 303, toda vez que, lo expresado –en el caso– por el recurrente, no constituye una correcta tacha de invalidez de la norma, que tan sólo esboza muy genéricamente la afectación de garantías vinculadas a la división de poderes, y tampoco manifiesta de qué modo se produce la afectación que alega, ni cuáles son las garantías constitucionales contra las que colisiona la norma que refiere, ni cuáles serían los intereses concretos que se verían menoscabados.
> A más, lo resuelto, en los fallos plenarios no tiene por objeto legislar; sino, en todo caso, fijar una doctrina legal en los términos del art. 300 del Cód. Procesal, por lo que la obligatoriedad de la interpretación establecida en dichos pronunciamientos no puede considerarse inconstitucional; y la obligatoriedad de la doctrina sentada en un fallo plenario no afecta en medida alguna el principio de división de poderes, porque lejos de constituir una actividad legisferante, creadora de normas, tan sólo implica uniformar la interpretación de reglas ya creadas, en pos de consolidar la necesaria garantía de seguridad jurídica, ciertamente afectada cuando, respecto de un determinado precepto, los tribunales de igual grado y jurisdicción se pronuncian de manera discordante.[4010]

Por su parte, el artículo 301 del Código en cita determina:

> Declarada la admisibilidad del recurso de conformidad con lo establecido en el art. 293, el presidente notificará a las salas para que suspendan el pronunciamiento definitivo en las causas en que se debaten las mismas cuestiones de derecho; el plazo para dictar sentencia se reanudará cuando recaiga 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 suspenderá el pronunciamiento y se dictará sentencia de conformidad con esa doctrina.
> Los miembros del tribunal podrán dejar a salvo su opinión personal.

4010. CNCom., Sala A, "Banco Mayo c./ Moschini, Julio", 21/5/1997, *LL*, 1998-B-886 (40.246-S).

La convocatoria a plenario, una vez fijadas las cuestiones a decidir, son notificadas a las salas de la Cámara para que se informen y suspendan los procedimientos que se vinculen directamente con el objeto que debe ser resuelto.

Según nuestro parecer, no es de buena técnica esta disposición, más allá de la congruencia que se persigue concretar con la obligatoriedad de los fallos plenarios. Suspender el proceso conexo supone incorporar una causa de prejudicialidad extraña al litigio que se paraliza, sin considerar la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a una causa que puede no estar necesariamente vinculada en un todo con el objeto del plenario.

718. El plenario de oficio

A iniciativa de cualquiera de sus salas, la Cámara podrá reunirse en tribunal plenario con el objeto de unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias. La convocatoria se admitirá si existiere mayoría absoluta de los jueces de la cámara.

La convocatoria a tribunal plenario sólo procede a iniciativa de una de las salas del tribunal, de modo que si es la parte quien pretende la unificación de jurisprudencia contradictoria, deberá acudir a la vía recursiva, con estricto cumplimiento de las cargas previstas. La reunión del tribunal plenario a iniciativa de una de sus salas, previstas por el artículo 302 del Código Procesal, no está sujeta a las limitaciones que para la admisión de recurso de inaplicabilidad de ley fijan los artículos 288 y 289.[4011]

719. Obligatoriedad de los fallos plenarios

La doctrina plenaria que se establezca es obligatoria para los jueces de primera instancia del mismo fuero que pronuncia el acuerdo, aunque pueden dejar a salvo su opinión en contrario. Cuando el artículo 303[4012]

4011. CNFed. Contencioso-administrativo, en pleno, "Frigerio Máximo Paz", 12/4/1988, *LL*, 1989-C-77.

4012. "Art. 303. La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella, tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo

declara que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquella sea tribunal de alzada, y sólo es susceptible de modificarse por medio de otro plenario, repite lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto-Ley N° 1285/58; y se integra con el artículo 288 que reglamenta el recurso se inaplicabilidad. Sin embargo, el desenvolvimiento natural de estas disposiciones encuentra numerosos condicionantes que limitan su función unificadora.

La crítica principal que se levanta contra la obligatoriedad de los fallos plenarios proviene del sistema de control de constitucionalidad que rige entre nosotros. Se dijo 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 de la tarea legislativa o de un tribunal reunido en pleno. Limitar la libre tarea del juez llevaría a una situación que podría significar el producto de una dañina penetración de la burocracia en el ámbito judicial.[4013]

Sin embargo, no son únicamente cuestiones constitucionales las que afectan este precepto del Código y la eficacia que se pretende; también la exposición de motivos de la Ley N° 17454 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 resultan de una exagerada formalidad los requisitos que se establecen para la admisión del recurso. Inclusive, no escapa al análisis de la doctrina que, si el objetivo es unificar la jurisprudencia, el remedio se puede reemplazar con la casación, sea resuelto en un recurso propio o por medio de un tribunal especial.

La inconstitucionalidad del fallo plenario, por vía de hipótesis, se debe plantear en el momento de oponer excepciones, si se halla vigente la doctrina cuya aplicación se cuestiona. Más aún si la aplicación de esta constituye un hecho razonablemente previsible,

---

su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria".

4013. CNCiv., Sala B, "Ancarola, Héctor F. c./ Tutundjián, Simón", 6/12/1985, *LL*, 1986-D-245.

circunstancia que implica para la parte la carga de proponer todas las defensas que tenga a su alcance.[4014]

Son varias las resistencias que presentan los fallos plenarios. La primera es de orden constitucional. En efecto, decía José Sartorio que la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria configura una expresa delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial y que, por lo tanto, constituyen una transgresión al principio constitucional de la división de poderes.[4015] Sebastián Soler, por su parte, refería como francamente contrarias al artículo 31 de la Constitución Nacional la prelación de normas que se derivaban del acuerdo respecto de las leyes que en contrario regulasen la situación.[4016]

Nosotros, oportunamente, sostuvimos que la problemática constitucional es un aspecto superado, aunque no resuelto, porque la jurisprudencia repetidamente no se detiene en este aspecto, pues 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 trascendencia.[4017]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los jueces no crean la ley, sólo la interpretan. Agregó, además, que la reunión plenaria de las Cámaras Nacionales de Apelaciones, sólo 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 plenarias 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, vulnerando en consecuencia, el principio de la división de poderes.[4018]

4014. CNCiv., Sala C, "Fimasa Coop. de Créd., Viv. y Cons. Ltda. c./ Velázquez, Angel", 27/6/1996, *LL*, 1998-C-499.

4015. Sartorio, José, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", *La Ley*, 96-799.

4016. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 4ª ed., 1976, T. I, p. 124.

4017. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", en Ídem, *Respuestas Procesales*, primera parte, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 283.

4018. CSJN, Fallos: 249:22.

Otra resistencia proviene 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 jurisdiccional) y otra de carácter ejecutivo (influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución).[4019]

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. La primera comprende a las personas, porque sólo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; la segunda se ocupa del objeto procesal, es decir, evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y la tercera 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 en el que 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.

4019. Guasp, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Madrid, Anuario de Derecho Civil, 1963, p. 437.

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 plenario.[4020]

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.

4020. Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, *op. cit.*, p. 308.

Bibliografía general

ABAL OLIÚ, Alejandro, *Ejecución provisional de sentencias apeladas: en el C.G.P.*, comunicación a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal.

ACEDO Y RICO, Juan (Conde de la Cañada), *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, Madrid, 1794.

ACOSTA, José Virgilio, *Agravio irreparable*, Buenos Aires, Ediar, 1978.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis, "El perito-testigo en el proceso civil venezolano", en *Revista de Derecho Probatorio*, Nº 3, Caracas, Editorial Jurídica Alva, 1993.

AGUILÓ, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces. Argumentación jurídica", en *Revista Isonomía*, Nº 6 (abril), 1997.

ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil*, T. XVI, vol. 2, Madrid, Edersa, 2005.

ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de la Teoría General e Historia de los Procesos*, T. I y II, México, UNAM, 1974.

_____, *La condena en costas*, Madrid, 1930.

_____, "Índole y fundamento de las costas", *JA* 1945-II.

_____, "Rebeldía y costas", *JA* 1945-IV, sec. Doctrina.

_____, "Incidencias procesales y costas", *JA* 1946-I, sec. Doctrina.

_____, "Sobre el trabajo del profesor Fairén Guillen", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México*, N° 47 y 48, T. XII, julio-diciembre de 1950.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho* (traducción de Jorge Seña), Barcelona, Gedisa, 1994.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ediciones de 1986 y 1993.

ALLENDE, Guillermo, *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.

ALLORIO, Enrico, *Efficacia di prove ámese ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, T. 2, Milano, Giuffrè, 1960.

_____, *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ejea, T. II, 1963.

_____, "Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, año 1951-1.

ALMAGRO NOSETE, José, "La prohibición constitucional de la indefensión", en *Revista Poder Judicial*, número especial VI, 1989.

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José, *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, Trivium, T. I- Proceso Civil 1, 1993.

_____, *Constitución y Proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, T. I a VII, 1957.

ALTERINI, Juan Martín, "Nuevamente sobre la prueba en el derecho informático", *LL* 2006-A-13.

ALTMARK, Daniel Ricardo y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Régimen jurídico de los bancos de datos: Informática y Derecho*, vol. 6, Buenos Aires, Depalma, 2000.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Recurso de reposición", en ALVARADO VELLOSO, Adolfo (dir.), *Revista de Estudios Procesales*, Nº 1, Rosario (Santa Fe), 1969.

_____, *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Centro de Estudios Procesales, 1978.

_____, "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", en *LL* 1986-E.

_____, "La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1986.

_____, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I, 1989.

_____, *El Debido Procesal de la Garantía Constitucional*, Rosario, Zeus, 2003.

_____, "La confirmación procesal y la imparcialidad judicial", Trabajo presentado por el autor al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa (Perú), octubre de 2005.

_____, "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento", ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005.

_____, "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento", en MONTERO AROCA, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

_____, *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

_____, "Sistemas Procesales", en AA. VV., *Debido Proceso*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

_____, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

_____, *La prueba judicial*, Lima, Egacal, colección Derecho Procesal Contemporáneo, Nº 1, 2007.

_____, *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*, Buenos Aires/ Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2009.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y PALACIO, Lino Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988.

ÁLVAREZ, Gladys Stella, "La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica", ponencia presentada en las "III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho", Universidad Notarial, 1994.

ÁLVAREZ, Mariela, "Abuso procesal", en PEYRANO, Jorge Walter (dir.), *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2001.

ANASTASI, Leónidas, "Nota sobre imposición de costas", *JA*, T. 1.

ANDOLINA, Italo y VIGNERA, Giuseppe, *El modelo costituzionale del proceso civile italiano*, Torino, Giappichelli editore, 1990.

_____, *I Fondamenti costituzionali della giustizia civile - Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992.

ANDRIOLI, Virgilio, "Il nuovíssimo progetto di riforma del processo civile", en *Diritto e giurisprudenza*, 1947.

_____, *Commento al Codice di Procedure Civile*, Napoli, Jovene, vol. I, 3ª ed., 1954.

ANGELOTTI, Dante, *La pretesa giuridica*, Padova, Cedam, 1932.

_____, *Teoría generale del processo*, Roma, Librería Forense, 1951.

APPLE, James, "Cómo se deben utilizar las evidencias científicas", en *Revista Médicos*, Nº 40, Buenos Aires, 2006.

ARACAMA ZORRAQUIN, Ernesto, "Sobre el concepto de interés legítimo en la ley de marcas", *LL* 1989-E-1119.

ARAGÓN REYES, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM-Porrúa, 2004.

_____, "Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 8, México, Porrúa, julio-diciembre de 2007.

ARAZI, Roland, "El Proceso en rebeldía (necesidad de su reforma)", *LL* 1982-A-681.

_____, "La excepción de falta de legitimación para obrar", *LL* 1985-A-960.

_____, "Diligencias preliminares. Requisitos de procedencia", *LL* 1994-D.

_____, "El Proceso Civil de Fin del Siglo", en *Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI*, Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado, Buenos Aires, Ediar, 1997.

_____, "Testimonial y prueba del daño", en *Revista de Derechos de Daños*, Nº 5, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2007, T. I a III.

AREAL, Leonardo Jorge y FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, La Ley, 1970, T. II.

ARENILLAS, Carlos Enrique, "La excepción de defecto legal. Derecho y lenguaje", *Doctrina jurídica patagónica*.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

ARMENTA DEU, Teresa, "La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)", en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, año 13, 2007.

ARTEAGA NAVA, Elisur, "La Interpretación Constitucional", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, T. I.

ASENCIO MELLADO, José María, *La prueba prohibida y prueba pre constituida*, Madrid, Trivium, 1989.

ATIENZA, Manuel, "Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho", en CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM-Porrúa, 2004.

AUGENTI, Giacomo Primo, *L'onere della prova*, Roma, 1932.

AVALLE, Damián y PICASSO NETRI, Lisandro, "Legitimación activa en la demanda por cese de uso marcario", *LL* 2005-C.

AVENDAÑO, Francisco, Los interdictos, *Law and Juris*, Lima, 2008.

AYARRAGARAY, Carlos, "Deben desterrarse las ficciones en el Código Procesal Civil", *ED* 36-904.

_____, *El principio de inmaculación del proceso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

AZPELICUETA, Juan José y TESSONE, Alberto, *La Alzada. Poderes y deberes*, La Plata, Platense, 1993.

BACHMAIER, Lorena, "La rebeldía en el sistema norteamericano y español", Universidad Complutense de Madrid, *Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho*, XX, 1995.

_____, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997.

BADENI, Gregorio, "El caso 'Simón' y la supremacía constitucional", en *La Ley*, suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 29/07/2005.

_____, "El depósito previo para la sustanciación del recurso de queja por denegación del extraordinario", *LL* 2007-B.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

BARBERIO, Sergio, "Prohibición de innovar y contratar 'reglas procesales'", en PEYRANO, Jorge Walter (dir.) y BARACAT, Edgar (coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, Rubinzal-Culzoni.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, Granada (España), Comares, 1984.

_____, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, Forense, 7ª ed., 1998.

_____, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", en *Revista Jus*, N° 34.

BARCELLONA, Pietro, *La formación del jurista*, Madrid, Cívitas, 1977.

BARQUÍN ALVAREZ, Manuel, *Los recursos y la organización judicial en materia civil. Estudio comparativo de los sistemas de impugnación en Alemania, España, Italia y México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976.

BARRA, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL* 1994-E.

BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *Recurso Extraordinario y gravedad institucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.

BARREIRO NAVAS, Francisco y RIVAS, Adolfo, "En torno al consultor técnico" (nota a fallo), *LL* 1993-E-257.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *El juicio arbitral*, Montevideo, Idea, 1956.

_____, *Teoría del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

_____, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

BARTFFELD, Federico y COMPIANI, María Fabiana, "Acerca de la posibilidad de discutir en el juicio ejecutivo la causa de la obligación", *LL* 1995-D-48.

BASSET, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la Ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", *LL*, 30/04/2008.

BASSO, Silvina, "El abogado del niño y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Un análisis preliminar", ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos y Garantías, Asociación de Abogados de Buenos Aires, ponencia N° 31, comisión 3.

BAYÓN, Juan Carlos, "Derechos, Democracia y Constitución", en *Discusiones: Universidad Nacional del Sur,* N° 1, 2001; también en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

BAZÁN, Víctor, "El hábeas data y sus particularidades frente al amparo", en *Revista de Derecho Procesal,* Nº 4, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

_____, "Vicisitudes de la convivencia entre la acción meramente declarativa y la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal", ponencia al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, T. II, San Juan, 2001.

BEDAQUE, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Sâo Paulo, Malheiros, 1998.

BELLUSCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo, *Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, T. I, 1988.

BENABENTOS, Omar Abel, *Excepciones procesales,* Rosario, Juris, 1998.

_____, *Recursos de apelación y nulidad*, Juris, Rosario, 2000.

_____, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Rosario, Juris, 2001.

BENSADÓN, Martín, "Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la ley 25.859", *LL* 2004-D.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales* (traducción de Manuel Florit Ossorio), Buenos Aires, Ejea, 1971, vol. I.

BERIZONCE, Roberto Omar, *La nulidad en el proceso*, La Plata, Platense, 1967.

_____, "El abogado negociador", comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993.

_____, "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva", XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996.

_____, "La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria", en *Revista de Derecho Procesal, Medidas Cautelares*, N° 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998.

_____, "Recientes tendencias en la posición del Juez", en BERIZONCE, Roberto Omar, *El Juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

_____, *Derecho Procesal Civil Actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Librería Editora Platense, 1999.

_____, "Apuntes sobre el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario federal", *ED* 110-1011.

_____, "Control judicial de la prueba científica", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, Buenos Aires, Rubinzal, 2005.

_____, "El proceso civil: modelo teórico y realidad", en *Derecho Procesal*, III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005.

BERNAL AVEIRO, Karina, "Prueba documental", en MIDÓN, Marcelo (coord. - dir.), *Tratado de la prueba*, Resistencia (Chaco), Librería de La Paz, 2007.

BERNAL CASTRO, Beatriz, "Eficacia probatoria de la peritación", *LL* 1989-E.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BERSTEN, Horacio Luis, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

BERTOLINO, Pedro, *Verdad jurídica objetiva*, La Plata, Platense, 1990.

BERTONE, Luis y CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Heliasta, T. II, 1989.

BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

_____, "Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?". "Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho" (Oliver W. Holmes), *LL* 1990-E.

_____, "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *LL* 1991-C-141; *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, T. II, 613.

_____, "De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (La conversión del caso federal en caso judicial)", *ED* 2001, vol. 2000/200.

_____, *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

_____, "El '*writ of certiorari*' en nuestra Corte Suprema (La 'cuestión federal suficiente' como concepto jurídico indeterminado)", *ED* 125-857.

_____, "¿Ha fracasado el certiorari?", *LL* 2004-A-1381

_____, "Hábeas data y derecho a la privacidad", *ED* 161-866.

BIANCHI, Alberto y LEGARRE, Santiago, "El "certiorari" en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)", *LL* 1993-C-841.

BIDART CAMPOS, Germán, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968.

_____, "Las obligaciones en el derecho constitucional", Buenos Aires, Ediar, 1987.

_____, "El derecho a la jurisdicción en Argentina", *ED* 11-969.

_____, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, T. I (El derecho constitucional de la libertad), 1993.

"El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación", en AA. VV., *La legitimación*, libro homenaje al profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

_____, "El 'certiorari' y la 'avocación' en la Competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en un proyecto de reforma)", *ED* 115-805.

_____, "¿Hábeas data o qué? ¿Derecho a la verdad o qué?", en *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, 15 de febrero de 1999.

_____, "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio", *ED* 150-524.

_____, "Inscripción de peritos en una lista y designación judicial de peritos no inscriptos", *ED* 157-63.

_____, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, T. I-A, 2000.

_____, "Prohibiciones que violan la libertad religiosa", *LL* 2004-B-1435.

BIELSA, Rafael, *Ideas generales sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 1936.

_____, *Sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Castellví, 1964.

BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

BÍSCARO, Beatriz, *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.

BOLLINI SHAW, Carlos, "Otro golpe mortal a los principios generales del derecho. Alcance de la inscripción de las sociedades extranjeras", *ED*, 22/9/2003.

BOMFIM MARINS, Víctor, *Tutela Cautelar, teoría geral e poder geral de cautela*, Jurúa, Curitiba, 1996.

_____, *Anticipaçao da tutela e tutela cautelar*, Jurua, Curitiba, 2001.

BONNIER, Eduoard Louis, *Tratado de las pruebas en Derecho civil y penal* (traducción de Vicente y Caravantes), Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1869, T. I.

BORCHARD, Edwin, "Las sentencias declarativas", *Revista de Derecho Procesal*, 1947, parte I, año V.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

_____, *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.

_____, *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho*, Chile, vol. XII, diciembre de 2001.

_____, "Los poderes del juez civil", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BORETTO, Mauricio y DELLA SAVIA, Beatriz, "Acerca de la constitucionalidad de la absolución de posiciones como medio probatorio en el proceso civil", *LL Gran Cuyo*, 2001.

BOTTICHER, Eduard, "La igualdad ante el juez", en *Revista de Derecho Procesal*, 1951-I.

BRANDI, Cesare, *Enciclopedia del Diritto*, Tomo X, Giuffré. Varese 1962.

BRAVO LIRA, Bernardo, "Bicentenario del Código Penal de Austria", *Revista de Estudios Históricos*, N° 26, Valparaíso, 2004.

BREWER CARIAS, Allan, *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, México, Porrúa, 2007.

BRICOLA, Franco, "La tutela degli interessi colletivi nel processo penale", en *Le azione a tutela di interessi colletivi*, Padova, 1976.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, "Arbitraje Nacional e Internacional", en Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 1983.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Harla, 2ª ed., 1995.

_____, *Tratado de Derecho Procesal*, México, Cárdenas, T. I.

BRITO, Alberto, "Tarjeta de crédito. Saldo deudor del resumen de cuenta en la jurisprudencia de Tucumán", *LLNOA* 2001-521.

BRUNET JEANSALLE, "Expedición de segundos testimonios de Escrituras Públicas", *Revista del Notariado*, XXXVII.

BUJOSA BADELL, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1978.

BUTELER, Alfonso, "Control judicial de la discrecionalidad administrativa", *LL* 2008-D.

CABALLOL ANGELATS, Luis, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1993.

CACHÓN CADENAS, Manuel, *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991.

CAEIRO, María Constanza y SARYANOVICH, Pablo, "La rebeldía y la incomparecencia en juicio", en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (dir.), *Defensas y Excepciones*, Santa Fe/Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945.

_____, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945.

_____, *La casación civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961.

_____, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1986.

_____, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, T. I, 1986.

_____, *Elogio de los jueces escrito por abogados* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1989.

CALDERÓN, Maximiliano Rafael y PERELLI, Eduardo Fabián Nazareno, "La Acordada 4/2007. El principio de inadmisibilidad y sus excepciones", en *Suplemento Especial: Reglamento de Interposición del Recursos Extraordinario y de Queja*, abril de 2007.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1992.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, "La recusación de los jueces y magistrados", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Nº 2, 1988.

CAMARGO, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo*, Bogotá, Leyer, 3ª ed., 2002.

CAMPS, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, T. I y II, 2004.

CANOSA USERA, Raúl, "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España", en *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista, 2ª ed., T. I, 2004.

CANTAFIO, Fabio Fidel, "Análisis de la jurisprudencia sobre las medidas cautelares en materia de protección de información", en CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ejea, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ejea, 1963.

_____, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1972.

_____, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie*, N° 31/32, año XI, enero/agosto de 1978.

_____, "Acceso a la justicia como programa de reformas y como método de pensamiento", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 41, La Plata, 1981.

_____, "Appunti sul conciliatore e conciliazioni", en *Rivista Trimetrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giufrè, 1981.

_____, *El acceso a la justicia*, La Plata, Colegio de Abogados de La Plata, 1983.

_____, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo* (traducción de Héctor Fix Fierro), México, Porrúa, 1993.

CARBONE, Carlos Alberto, "El desalojo anticipatorio en la legislación argentina como paradigma de los despachos interinos de fondo (sentencias anticipatorias)", *LL Litoral* 1999-97.

_____, "Los despachos interinos de fondo", en PEYRANO, Jorge Walter, *Sentencias anticipadas*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

CARBONELL, Miguel, *"Neoconstitucionalismo"*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005.

CARLI, Carlo, *Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

_____, *La demanda civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.

_____, *La demanda civil*, Buenos Aires, Lex, 2003.

CARNELLI, Lorenzo, *El hecho notorio*, Buenos Aires, La Ley, 1944.

_____, "La reconvención en el derecho argentino", *La Ley*, T. 24.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (traducción de Jaime Guasp), Barcelona, Bosch, 1942.

_____, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Utah, T. I a IV, 1948.

_____, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas.

_____, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1952.

_____, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1952.

_____, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Buenos Aires, Ejea, 1971.

_____, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1973.

_____, *La prueba civil*, con ap. de Giacomo AUGENTI (traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo), Buenos Aires, Depalma, 1978.

_____, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1986.

_____, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1986.

CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998.

CARRANZA CASARES, Carlos, "La guarda como institución civil con soporte constitucional", *LL* 2003-F-106.

CARRE DE MALBERG, René, *Teoría general del Estado* (traducción de Lion Depetre), México, 1948.

CARRERAS DEL RINCÓN, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, Bosch, 1990.

CARRERAS, Jorge, "Contribución al estudio del arbitraje, Ensayo de derecho comparado", en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1953.

CARRILLO, Hernán, "Apuntes sobre la prueba pericial", *LL Litoral* 2000-79.

_____, "Sobre usos no conformes del recurso de revocatoria: la revocatoria in extremis", *Suplemento especial La Ley-Cuestiones Procesales Modernas*, 2005 (octubre).

CARRIÓ, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.

_____, "Nuevas fronteras del recurso extraordinario", en *Temas de casación y recurso extraordinario (en honor a Augusto Mario Morello)*, La Plata, Platense, 1982.

_____, "Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)", *LL* 1989-E.

CASARINO, Nicolás, *Procedimientos judiciales*, Buenos Aires, Abeledo, 1926.

CASARINO VITERBO, Mario, "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina", en *Revista de Derecho Procesal*, año IV.

CASCAJO CASTRO, José y GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1992.

CASSAGNE, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa", *LL* 2008-E-1056.

_____, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", en *Revista El Derecho*.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés; CARPIO MARCOS, Edgar; ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy y SÁENZ DÁVALOS, Luis, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional", en *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista, 2005.

CASTAÑOS ZEMBORAIN, Víctor, "Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes", *LL* 1994-C.

CAUSSE, Federico Javier, "El interdicto de recobrar y la clandestinidad", *LL* 1997-C.

_____, "Actualidad de la jurisprudencia en materia de subasta de inmuebles", *LL* 2001-C-1124.

_____, "El reconocimiento judicial en el desalojo por falta de pago o vencimiento de contrato", *DJ* 2002-3.

CAUSSE, Federico Javier y FONT, Damián, "Actualidad de la jurisprudencia en materia de subasta de inmuebles", *LL* 1998-C-1236.

CAUSSE, Federico Javier y PETTIS, Christian, *Subasta judicial de inmuebles*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

CAUSSE, Jorge, "Ley nacional de catastro", *LL* 2007-B-1143.

CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución española*, Barcelona, Bosch, 1994.

CHAUMET, Mario y MEROI, Andrea, "¿Es el derecho un juego de los jueces?", *LL* 2008-D, diario del 18/06/08.

CHIACCHIERA CASTRO, Paulina y CALDERÓN, Maximiliano Rafael, "La acordada 4/2007 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *LL* 2009-C-1192.

CHIAPPINI, Julio, *Tácticas en el proceso civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1983.

_____, "La citación para absolver posiciones que omite apercibimientos", *LLC*, 2005.

_____, "La declaración por oficio. Artículo 407 del CPC de Río Negro", *LL Patagonia*, 2008.

_____, "La rendición de cuentas judicial insuficiente", *LL Litoral*, 2008.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Cívitas, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.

_____, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza", *Revista de Derecho Procesal*, 1947, I parte, año V.

_____, *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), T. I a III, Buenos Aires, Ejea, 1949.

_____, *Principios de derecho procesal civil* (traducción de José Casais y Santaló), Madrid, Reus, T. I, 1977.

_____, *La condena en costas*, Madrid, Revista de Derecho Privado (Librería General de Victoriano Suarez), 1928 (reed. en México, Cárdenas, 1985).

_____, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas, T. I a III, 1989.

_____, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de Emilio Gómez Orbaneja), Madrid, Revista de Derecho Privado, T. I, 1996.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

_____, "Tutela de los enfermos mentales", *LL* 2005-A-1051.

_____, "Régimen general de la capacidad y el denominado 'living will'", *LL* 2006-A.

CIFUENTES, Santos (dir.); SAGARNA, Fernando (coord.), *Código Civil Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

CILURZO, María Rosa, "Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)", *LL* 2006-E.

CIPRIANI, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi, La procedure civile nel Regno d´Italia* (1866-1936), Milano, 1991.

_____, "Ideología y modelo del proceso civil", en *Científica italiana*, 1997.

_____, *Batallas por la justicia civil*, Lima, Cultural Cuzco, 2003.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aspectos filosóficos de la buena fe", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe*, La Ley, 2005.

CLARIA OLMEDO, José, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1960.

COELHO NUNES, Dierle José, "O Principio do contraditório: uma garantia de influência e de nâo surpresa", en DIDIER Jr., Fredie y FERREIRA JORDÂO, Eduardo (coords.), *Teoría do processo*, San Salvador de Bahía, Juspodium, 2008.

COGLIOLO, Pietro, *Trattato teórico prattico delle eccezione di cosa giudicata*, Torino, ed. Fratelli Bocca, 1863, vol. 1.

COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, Coimbra, Livraría Almedina, 1989.

COLERIO, Juan Pedro, "Hacia un nuevo concepto de prueba pericial", *LL* 1991-A.

_____, "Una solución disvaliosa que desnaturaliza las ventajas de la pericia arbitral", *ED* 1993.

COLERIO, Juan Pedro; FALCÓN, Enrique M. (coord.), *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

COLOMBO, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I a III, 1969.

_____, "El proceso con pluralidad de partes y las figuras procesales que lo integran", *LL* 1986-D.

_____, "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso", en *Revista de Derecho Procesal*, 1947-I.

COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. I a VIII.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

COLOSI, Thomas y BERKELEY, Arthur Eliot, *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*, México, Limusa, 1991.

_____, "Comisión Nac. de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi", *LL* 1999C- 764 [4575S]; *DJ* 19992644; *ED* 17731.

COMOGLIO, Luigi Paolo, "La efectividad de la tutela jurisdiccional en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº V, junio de 2002.

CONDORELLI, Epifanio José Luis, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, "Proyecto de ley Nº 084/95 de reglamentación al art. 88 de la Constitución Política de Colombia", *Gaceta del Congreso*, 18/08/93.

COSTA, Agustín, *El Recurso de Apelación en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Asociación de Abogados, 1950.

COUTURE, Eduardo, "Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Exposición de Motivos", Montevideo, 1945.

_____, "El 'debido proceso' como tutela de los derechos humanos", Buenos Aires, *LL* 72-808, 1953.

_____, "El principio de neutralidad del juez en los derechos francés y uruguayo", Buenos Aires, *Revista de Derecho Procesal* 1955-I-213, Ediar, año XIII, 1955.

_____, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, T.I a III, 1979.

_____, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. póstuma, 1987.

_____, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

_____, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

CREO BAY, Horacio, *Recurso extraordinario por salto de instancia*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

CRUZ, Luis, *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.

CUADRAO, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1969.

CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957.

CUETO RUA, Julio, "Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos", *LL* 1991-B.

D'ALESSIO, Carlos, en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

D´ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación - Anotado, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª ed., 2002.

DALLA VÍA, Alberto y BASTERRA, Marcela, *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La protección de datos en Europa*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y Normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

DE BERNARDIS, Luis Marc y D´ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

DEFEO, Raúl Celestino, "El hecho nuevo en primera y segunda instancia en el nuevo código procesal", *JUS. Revista jurídica de la provincia de Buenos Aires*.

DE GREGORIO LAVIE, Julio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ediar, T. II, 1987.

DE GUENYVEAU, Arnault, *Du quasi-contrat judiciaire*, Pothier, 1859.

DE LA COLINA, Salvador, "Costas Judiciales. Carácter de las Costas" en *La Revista Notarial*, N° 11, La Plata, año I, 1895.

_____, *Derecho y legislación procesal*, Buenos Aires, Lajouane y Cía., T. II, 1916.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1980.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

DE LA RUA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

DE LA TORRE DE YANZÓN, Elena, "El control de constitucionalidad en la provincia de San Juan", *LL Gran Cuyo*, 2006.

DE LÁZZARI, Eduardo, *Medidas Cautelares*, La Plata, editora Platense, T. I, 1989.

_____, *Medidas Cautelares*, La Plata, Platense, 2ª ed., 2000, T. II.

DELFINO, Mirta, "Derechos reales sobre cosa propia", ponencia presentada al XVI Encuentro Nacional de profesores de Derecho Romano, 2003.

DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 9ª ed., 1983.

DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965.

DE LOS SANTOS, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Buenos Aires / Sana Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

_____, "Una desviación práctica de los recursos ordinarios de apelación y nulidad", *JA*, 1999-III-104 y ss.

_____, "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos", ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, publicada en *JA* 2005IV-1269.

_____, "La flexibilización de la congruencia", *Suplemento Especial LL "Cuestiones Procesales Modernas"*, octubre de 2005.

_____, "Flexibilización de la congruencia", *LL* 2007-F-1278.

_____, "El recurso de nulidad", *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, Recursos - T. II.

DENTI, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio* (traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf), Buenos Aires, Ejea, 1974.

_____, *La giustizia civile*, Bologna, 1989.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Madrid, Ariel Derecho, 1999.

DESCALZI, José Pablo, "El control de constitucionalidad. Repaso de la situación en La Pampa", *LL Patagonia*, 2006.

DE SLAVIN, Diana, *Mercosur: La protección de los datos personales*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966.

_____, *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, ABC, 1979.

_____, *Compendio de las pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I, 1984.

_____, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984.

_____, *Teoría General de la Prueba Judicial*, editorial ABC, 5ª ed., 1995.

DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Parte General, 1968, T. I y II-A.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El recurso de atentado contra el cumplimiento de sentencias y autos no consentidos, ni ejecutoriados", en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar. También en *JA*, 1946-II- 44.

_____, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1981.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, México, Porrúa, 1990.

DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1956.

DIEZ PICAZO, Ignacio, *Derecho Procesal Administrativo* (con la colaboración de Tomás Hutchinson), Buenos Aires, Plus Ultra, 1983.

_____, *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990.

DI IORIO, Alfredo, "Una nueva formulación de la teoría de la acción y las pretensiones procesales", *LL*, 1988-A-677.

_____, "El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Recursos Judiciales*, Ediar, 1993.

_____, *Temas de derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma.

DRAPER, Juan Guillermo, *Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia*, 1876, Oviedo, 2001.

DROMI, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Madrid, Grouz, 1986.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

EGÜES, Alberto, "El certiorari argentino", *LL* 1993-C-661.

EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.

_____, "El llamado 'replanteo de pruebas en la alzada'", *LL* 1980-C-410.

_____, *Planteos procesales*, Buenos Aires, La Ley, 1984.

_____, "Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado", *LL* 1984-C.

_____, "Complejidad de las llamadas providencias simples", *LL* 1989-A- 833 y ss.

_____, "Acerca de la actividad judicial extracontenciosa", *LL* 110-965.

_____, "En torno al alegato de bien probado y el pliego cerrado de posiciones absueltas en rebeldía", *LL* 193-A-848.

_____, "La crisis del juicio ejecutivo (Embates y frustraciones)", *LL* 1991-D-1183.

_____, *Nuevos Planteos Procesales*, Buenos Aires, La Ley, 1991.

EMBÓN, Horacio Santiago, "La mediación obligatoria previa a todo juicio (Ley 24.573). Su perspectiva", *LL actualidad*, 5/12/1995.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004.

ESTADELLA YUSTE, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995.

ESTIGARRIBIA DE MIDÓN, Gladis y MIDÓN, Marcelo, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1949-I.

_____, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, Porto, 1949.

_____, "Acción", *Revista de derecho procesal*, 1950-I.

_____, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955.

_____, "El proceso como función de satisfacción jurídica", *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, 1969-I.

_____, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969.

_____, "La potestad jurisdiccional", en *Revista de Derecho Judicial*, España, 1972.

_____, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad de los litigios*, Madrid, Tecnos, 1991.

_____, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1991.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor Y FALCÓN, Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. I a III.

FALBO, Miguel Norberto, "Dictamen para el Colegio de Escribanos", en *Revista del Notariado*, 18/04/1990.

FALCÓN, Enrique Manuel, *Gráfica Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

_____, "El juez del recurso", *LL* 1987-D-492.

_____, "Escrito con firma apócrifa", *LL* 1991-C-436.

_____, *Hábeas data*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

_____, *Procesos de ejecución*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

_____, *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

_____, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

_____, *Código Procesal Civil y Comercial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

_____, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I a VIII.

FARINA, Miryam, "De la responsabilidad del adquirente en subasta respecto de las expensas devengadas con anterioridad a su posesión", *La Ley*, 10/06/09.

FASSI, Santiago y YAÑEZ, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, T. I y II.

_____, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., 2004.

FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge, "Notas previas al estudio del Derecho Procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962.

FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, "Peritos y 'consultores técnicos' en la ley 22.434 modificatoria al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *LL* 1981-C.

_____, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,comentado anotado y concordado con los códigos provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1983, T. I a III.

FERNÁNDEZ, Raymundo, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1950.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco (coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Iurgium, 2000.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abecé, 1961.

FERNÁNDEZ SABATE, Edgardo, *Los derechos humanos*, AA.VV., Idearium, Mendoza, 1985.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Trotta, 1995.

FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 3ª ed. 1953.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., 2006.

FISHER, Roger; URY, William y PATTON, Bruce, *Sí ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma, 2ª ed., 1993.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 4ª ed., 2003.

FLORIÁN, Eugenio, *Delle prove penali*, Milano, Istituto editoriale Cisalpino, 1961.

_____, *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, 1968.

FLOYER ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1993.

FONT BOIX, Vicente, "El notario y la jurisdicción voluntaria, 'Podium Notarial'", en *Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, Nº 7, julio-diciembre de 2002.

FORNACIARI, Mario, *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

FORNIELES, Francisco, "La representación de las sociedades anónimas para la absolución de posiciones", *LL* 2004-B-1134.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica* (traducción de Juan José Utrilla), México, 1988.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1964.

FURNO, Carlo, *Disegno sistematico delle oposizione nel processo executivo*, Apéndice, Firenze, 1936.

_____, *Teoría de la prueba legal* (traducción de Sergio González Collado, Obregón y Heredia), México, 1983.

GALDÓS, Jorge Mario, "El valor probatorio del expediente penal en sede civil (Primera parte)", *LL* 1992-D-1037.

GALLEGO, Richar, "La subasta judicial. Trámites tendientes a su realización", *LLPatagonia*, octubre de 2005.

GARAY, Alberto, "El recurso extraordinario y su reglamentación por la Acordada 4/2007", *JA* 2/05/2007.

_____, "Recurso extraordinario y resolución contraria", *LL* 1993-D, 946.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El Hábeas data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)", en *Liber Amicorun Héctor Fix Zamudio*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I.

_____, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *LL* 1998-F.

_____, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

_____, "La interpretación constitucional como problema", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 4ª ed., 2003, T. IV.

_____, "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales (notas de introducción)", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº VIII, Lima, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1985.

_____, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Cívitas, 1992.

_____, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Querétaro, Fundap, 2003.

_____, "García de González Carabelli, Celeste c. Pardal, Teresa J. y otros", *LL online*.

GARCÍA MEROU, Enrique, *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Imprenta de Coni Hermanos, 1915.

GARCÍA NETTO, Irma y AMANS, Carla, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Docencia, 2001.

GARCÍA VILA, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261, LEC 1/2000)", Valencia, Universidad de Valencia.

GARDELLA, Luis Luciano, "Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos", en *JA*, Nº 61199, diciembre de 1998.

GARSONETT, Eugene, *Traité théroque et practique de procédure*, París, 1989, 2ª ed.

GARSONNET, Eugene Y CEZAR-BRU, Charles, *Traité Théorique et pratique de procedure civile et commerciale*, París, Larose, 1899, T. III.

GEDWILLO, Irina Natacha, "Ejecución de laudos arbitrales internacionales en materia comercial", *LL* 2008-D-1221.

GELLI, María Angélica, "El 'writ of certiorari' en perspectiva", *LL*, 1994-B-880.

_____, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2003.

_____, "Dilemas del recurso extraordinario federal", LL 2004-A-1302; *Suplemento especial Emergencia .Económica y Recurso Extraordinario*, 2003 (diciembre).

_____, "Las reglas creadas por la Corte para la interposición del recurso extraordinario", *LL Suplemento Especial. Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, 2007.

GELSI BIDART, Adolfo, *De Derechos, deberes y garantías del hombre*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1987.

GHERSI, Carlos, *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995.

GHIRARDI, Olsen Y GHIRARDI, Juan Carlos, *Recurso de reposición*, Buenos Aires, Astrea, 1991.

GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendència em açcoes coletivas*, San Pablo, Saraiva, 1995.

_____, "Litispendencia en acciones colectivas", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "¿Es constitucional la 'ley seca' de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?", *LL* del 08/02/2004.

_____, "Acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal", *LL* 2008-E.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés Y SLAIBE, María Eugenia, "Acción declarativa de certeza constitucional y tasa de justicia", *LL* 2002-D-1444.

GILS CARBÓ, Alejandra, *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Madrid, Cívitas, 1981.

_____, "La asistencia letrada al detenido ¿un derecho renunciable?", España, *Diario El País*, del 20/01/1983.

_____, *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.

GIUNTOLI, María Cristina, "Algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la prueba de informes", *LL* 1979-D.

GLASSON, Ernest, *Précis théorique et practique de procedure civile*, París, 2ª ed., 1908.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, Roberto, "Derecho justicial civil", en CASTRO, Máximo, *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946.

GÓMEZ, Claudio, "Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba", *LLC* 2005.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El beneficio de pobreza*, Bosch, Barcelona, 1982.

_____, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.

_____, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1988.

GONZÁLEZ, Atilio, *Silencio y rebeldía en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1979.

_____, "El consultor técnico en la normación del Código Procesal de la Nación", LL 1990-D.

_____, "Restricción probatoria múltiple del juez frente a la rebeldía declarada del demandado", en *Estudios de Derecho Procesal*, Colegio de Abogados de San Isidro, 1991.

_____, "La inhibición general de bienes en el proceso común y en el régimen concursal", en PEYRANO, Jorge Walter, *Tratado de las medidas cautelares*, Santa Fe, ed. Jurídica Panamericana, 1996.

_____, "Doctrina plenaria obligatoria 'versus' pronunciamiento descalificatorio de la Corte ¿Derogación virtual del plenario 'Uzal'?", *LL* 2000-E.

_____, "Renuncia y desistimiento del derecho: ¿Acto sustancial bilateral y acto procesal unilateral?", *LL*, 2001-D-925.

GONZÁLEZ, Joaquín, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, N°1, 2006, vol. 33.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1955.

_____, "La legitimación activa en el proceso administrativo", en *Revista de Derecho Procesal*, España, 1956-2.

_____, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1989.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, ed. Fundación de Derecho Administrativo, 4ª ed., 2000.

GORPHE, Francis, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, La Ley, 1967.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1988.

_____, *La conducta en el proceso*, La Plata, Librería editora Platense SRL, 1988.

_____, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", en *Respuestas Procesales* –primera parte–, Buenos Aires, Ediar, 1991.

_____, *Respuestas Procesales, Primera parte*, Buenos Aires, Ediar, 1991.

_____, "Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo", en *Respuestas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1ª parte, 1991.

_____, *Derecho Procesal Civil (Teoría General del Derecho Procesal)*, Buenos Aires, Ediar, 1992.

_____, "Indebida ampliación de argumentos en el auto que atiende la admisión del recurso extraordinario federal", *ED* 28/09/1992.

_____, "Las decisiones en los conflictos transnacionales", en *Revista Ars Juris*, Nº 12, México, Universidad Panamericana, 1994.

_____, *Formas Alternativas para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

_____, *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

_____, "Sobre la hipotética derogación de las facultades disciplinarias del Juez después de la Ley 23.187", en *LL* 1996-E.

_____, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

_____, "El pedido de aclaratoria en la instancia originaria", en *LL* 1997-B-637.

_____, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 1998.

_____, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 2ª ed., 1998.

_____, "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno", en *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, T. II.

_____, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.

_____, *Respuestas Procesales, Segunda Parte*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

_____, "Las responsabilidades emergentes de la pérdida extravío del expediente judicial", en *Respuestas Procesales, Segunda Época*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

_____, *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.

_____, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

_____, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

_____, *La firma de los oficios en la reforma procesal*, en *LL* 2002-E-1252.

_____, *Problemática actual del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo*, Querétaro, Fundap, 2002.

_____, *Temeridad y malicia en el proceso*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

_____, *Mediación y Conciliación. Ley 24.573. Régimen procesal de la mediación*, La Ley, 2003.

_____, "La verdad y la prueba", en *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____, "El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", en *LL* 2005-F-626.

_____, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

_____, *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

_____, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

_____, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, T. I a III.

_____, "Acordada 4. Reglamentación de la técnica del recurso extraordinario", en *LL* 2007-B-1353.

_____, *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

_____, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 3ª ed., 2007.

_____, "La representación procesal de los menores", *LL* 2009-B-709.

_____, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009, 5 vol.

_____, *Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 4 vol.

_____, *Sistema Procesal Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 2016.

_____, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, 2 vol.

_____, *Innovaciones del Código Civil y Comercial de la Nación y nuevos institutos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2018.

_____, *Cuestiones procesales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018.

GRASSO, Eduardo, "Le 'storie' di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i método", en *Quaderni fiorentini*, 23, 1994.

GRECO, Carlos Manuel, "Greco, Ensayo preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial", en *LL* 1984-B-865.

GROSSMANN, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", *Jurisprudencia Argentina*, 71, sección doctrina.

GUAHNON, Silvia, "La declaración de un litisconsorte a requerimiento de otro", *LL* 1993-B.

GUARIGLIA, Fabricio, "Las prohibiciones probatorias", en AA. VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*", Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1993.

GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, T. I.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Legislativos, 1957.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición corregida.

_____, *La pretensión procesal*, Madrid, Cívitas, 1981.

_____, *La pretensión procesal*, Madrid, Cívitas, 1985.

_____, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona, Bosch, 1943; reeditado en GUASP, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Madrid, Cívitas, 1996.

_____, "La paralización del proceso civil y sus diversas formas", en *Estudios Jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Madrid, Cívitas.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Cívitas, actualizado por Pedro Aragoneses, 1998, T. I.

GUASTAVINO, Elías, "Nombramiento y remoción del curador definitivo", *LL* 1988-D-46.

_____, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, La Rocca, 1992.

GUELLER, Isidoro, "Responsabilidad del postor remiso en la subasta pública de inmuebles", *LL* 1988-B-869.

_____, "Ámbito de la aplicación de la medida cautelar de prohibición de innovar", *LL* 1989-A.

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *La reconvención en el proceso civil español*, Barcelona, Bosch, 1993.

GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, "Acto aislado", *ED* 11/9/2003.

HÄBERLE, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo-latinoamericano* (traducción de Héctor Fix Fierro), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2003.

_____, "El Tribunal Constitucional como Tribunal Político", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 3, 2005.

_____, "La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 3, 2005.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1988.

HARO, Ricardo, "Estado actual del 'Per saltum' en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Anales de la Academia de Derecho de Córdoba.

HAURIOU, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

HAZARD, Geoffrey (Jr.) y TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos* (traducción de Fernando Gascón Inchausti), Navarra (España), Thompson-Aranzadi, 2006.

HENAO OROZCO, Rubén Darío, "Tutela contra sentencias de las altas Cortes o choque de vanidades", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* Nº 6, México, Porrúa, julio-diciembre de 2006.

HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, "Acceso a la justicia del consumidor", *Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación*, Nº 4.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José de Costa Rica, Juriscentro, 1995.

_____, "La problemática de las sentencias normativas", en *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista, 2ª ed., 2004.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, 1999.

HERRERO, Marisa; CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2ª ed., 2016.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, Barcelona, Bosch, 1994.

HIGHTON, Elena, "Carta de ciudadanía para la mediación", en *Revista Libra*, Nº 1, Buenos Aires, 1992.

HIGHTON, Elena y AREÁN, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004; 2005.

HINESTROSA, Fernando, *La prescripción extintiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Platense, 1977.

_____, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, Librería Editora Platense, 1984.

_____, *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Librería Editora Platense, 1985.

_____, El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho, *LL* 1989-D- 255.

_____, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, T. I y II, 1991.

_____, "Análisis de la prueba anticipada en un marco global", *LL* 2003-C-89.

_____, "Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos", *LL* 2008-B-998.

HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., 1969.

_____, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Depalma, 1972.

IMAZ, Esteban y REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Nerva, 2ª edición actualizada por Lino Palacio y Ricardo Rey, 1962.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de tercera generación*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Madrid, Thomson Cívitas, 2007.

JIMENO BULNES, Mar, "Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón", en *Entre Abogados*, N° 1, año VIII, San Juan. Argentina, 2000.

JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento Civil y Penal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922.

_____, *Manual de procedimientos*, Buenos Aires, La Ley, 5ª ed., 1943.

JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (traducción de Eligio Sánchez Larios y José Cajica (h.)), México, 1946.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 8ª ed., 1969.

_____, *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo), México, UNAM – Porrúa, 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal", *LL* 1991-B-357.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; KIPER, Claudio y TRIGO REPRESAS, Félix, *Código Civil comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.

KIELMANOVICH, Jorge, "El libre interrogatorio de las partes en el proceso civil", *LL* 1984-A.

_____, "La conducta procesal de la parte como prueba en el proceso civil", *LL* 1985-B.

_____, "Hechos nuevos (A propósito del artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)", *LL* 1987-D-870.

_____, *Recurso de apelación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

_____, "Improcedencia de la agregación de prueba documental en la apelación concedida en relación", *LL* 1990-C-24.

_____, *Medios de prueba*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

_____, "Acerca del plazo para alegar", *LL* 1994-E-308.

_____, *Teoría de la Prueba y de los medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

_____, *Procesos de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

_____, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

_____, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, T. I a II.

_____, "El desalojo ¿juicio sumarísimo?", *LL* 2002-D-1194.

_____, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061", *LL* 2005-F-987.

KISCH, Wilhelm, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

KORS, Jorge, "Medidas cautelares en materia de propiedad industrial. Legislación, doctrina y jurisprudencia", *JA* 2000-IV.

KRAUT, Alfredo, "Hacia una transformación de los comportamientos a favor de la legalidad de los pacientes mentales", *LL* 2006-B.

LANDONI SOSA, Ángel, "El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la Buena fe –Doctrina extranjera–* Buenos Aires, La Ley, 1ª reimp., 2005.

LASCANO, David, prólogo de la obra de IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *Los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, Sociedad Bibliográfica Argentina, 1943.

_____, "Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial", *LL* 1935, La Plata, 1957.

_____, "El principio dispositivo en el proceso moderno", en *Revista de Derecho Procesal,* Buenos Aires, Ediar.

LATORRE, Ángel y DIEZ PICAZO, Luis, "La justicia constitucional en el cuadro de funciones del Estado", en *Documentaçao e directo comparado, Boletim do Ministerio da Justiça,* Lisboa, 1987.

LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado* (traducción de Miguel Sánchez Morón), Madrid, Cívitas, 1996.

LEGAZ, Luís, *Filosofía del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1953.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, "Procedimiento y aspectos procesales del hábeas data", en *Revista de Derecho Procesal,* N° 4, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

_____, "Apostilla sobre la apertura a prueba en el juicio ejecutivo", *LL,* 2002-D-276.

_____, "Aspectos procesales de la defensa de prescripción en el proceso de conocimiento", en *Revista de Derecho Procesal,* N° 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____, *Las presunciones judiciales y los indicios,* Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2ª ed., 2006.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo y PALMA, Jorge, "Acumulación de procesos. Ejecución promovida en dólares", *LL* 1993-C-426.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Los sordomudos también hablan (Aunque el legislador no escuche)", *LL* 1983-D.

_____, "Legitimados para solicitar la inhabilitación (La "autodenuncia". Artículo 152 bis, Código Civil)", *LL* 1993-C.

LEMON, Alfredo, "El recurso de inaplicabilidad de la ley según el Código Procesal Civil de la Nación", *LL* 1997-B.

LERER, Silvio, "Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?", en *LL* 1994-A.

LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en derecho civil*, Libro quinto (de la prueba testifical), Madrid, Reus, 1913.

_____, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Reus, 1970.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *La oppossizione di merito nel processo d´esecuzione*, Roma, 2ª ed., 1936.

_____, *Eficacia y autoridad de la sentencia* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1946.

_____, "Sobre el juicio ejecutivo", en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946.

_____, *Manual de Derecho Procesal Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1980.

LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, Tomo IV-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

_____, *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.

_____, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 12ª ed., 1986.

LLAMBÍAS, Jorge y MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

LLUCH, Xavier Abel y PICO I JUNOY, Joan (coords.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2005.

LOIANNO, Adelina, "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión en el derecho interno", en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., 2005.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil, Parte General*, Bogotá, Dupré, 2002.

LÓPEZ GUERRA, Luis, "Democracia y Tribunales Constitucionales", en *Revista Ius et praxis*, Lima, 2004.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis, 2ª ed., 2006.

LÓPEZ MESA, Marcelo, "El remedio de aclaratoria y la subsanación de errores materiales", *DJ* 1992-2-929.

LÓPEZ PEÑA, Fernando, "Reforma procesal y la pericia caligráfica", *LL* 1986-A.

LORCA NAVARRETE, Antonio, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

LORENZETTI, Ricardo, *Defensa del Consumidor-Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1994.

_____, "La tutela civil inhibitoria", *LL* 1995-C-1319.

_____, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

LORETO, Luis, "El principio de que 'las partes están a derecho' en el proceso civil venezolano", en *Revista de Derecho Procesal*, año VII, primera parte, Buenos Aires, Ediar, 1949.

LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Dunken, 2002.

LOUTAYF RANEA, Robert, *Condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

_____, "La apelación adhesiva", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 3, Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____, "Los hechos en el recurso de apelación", en MORELLO, Augusto (dir.), *Los hechos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

_____, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2009.

LOVATO, Isaac, *Los medios de prueba*, Quito, Imprenta de la Universidad, 1953.

LUBAN, Miguel, prólogo a la obra de CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957.

LUGONES, Narciso, "Antecedentes históricos, crisis y replanteo de la cuestión federal", *LL* 1985-C-1236.

_____, *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

LYNCH, Michael, *La verità e i suoi nemici* (traducción de Francesco Fortuna), Milán, Cortina Raffaello, 2007.

MADISON, James, *El Federalista*, cap. XLVIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1958.

MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, *La Litispendencia*, Barcelona, Bosch.

MALEM PEÑA, Jorge, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho*, México, Porrúa – UNAM, 2004.

MANILI, Pablo, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

_____, "Se desvanece el 'Per saltum'", *LL* 2003-B.

_____, "Primeras reflexiones sobre el fallo 'Simón'. Una disidencia ajustada a derecho", *LL* 2005-F.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, Reus, 1944.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1953.

MARIANI DE VIDAL, Mariana, *Interdicto de adquirir y otros aspectos de la defensa posesoria*, Buenos Aires, Zavalía, 1971.

_____, "La reforma procesal de la ley 22.434. Interdicto de adquirir", *LL* 1983-C-952.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Sâo Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1996.

_____, *La anticipação da tutela*, Malheiros, 4ª ed., 1998.

_____, "Tutela inibitoria, individual e colectiva", *Revista Dos Tribunais*, Sao Paulo, 1998.

_____, "El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 27 de abril de 2008.

_____, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", en *El Derecho*, T. 186-1132.

MARTÍNEZ, Hernán, "El nuevo recurso extraordinario federal", *LL* 1982-A-740.

MARTÍNEZ, Oscar, "Evolución y significado actual del concepto superior tribunal de la causa en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional", *ED* 113-743.

MARTÍNEZ, Roberto, "Oportunidad para oponer la defensa de prescripción", *LL* 147-251.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo Mario, "El recurso de o por atentado o innovación. (Su alcance y naturaleza jurídica en nuestro derecho y jurisprudencia)", *ED*, 69-845.

MARTÍNEZ BERNAL, Juan, "Sobre el concepto de derecho procesal", *Revista de derecho privado*, Madrid, 1944.

MARTÍNEZ CASTRO, María Verónica, "El interdicto de recuperar y el despojo de la posesión", *LL* 1992-B-99.

MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

MASCIOTRA, Mario, "Sobreseimiento del juicio ejecutivo. Legitimación del adquirente y pago suficiente del deudor", *LL* 2004-C-401.

MASCIOTRA, Mario y CARELLI, Enrique, "Privatización de actividades jurisdiccionales en materia probatoria. El Discovery, su implementación en nuestro medio". Ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, *Libro de ponencias*, Universidad Católica de Cuyo, 2001.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo y FERRER, Francisco, *Derecho de Familia*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

MÉNDEZ PINEDO, Elvira, *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

MENDOZA, Elena, "La Convención sobre Derechos del Niño. Capacidad de hecho de niños, niñas y adolescentes", *LL Suplemento Actualidad* del 11/12/2003.

MENESES PACHECO, Claudio, "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", *Revista Ius et Praxis*, N° 2, año 14, Talca, 2008.

MERCADER, Amílcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

_____, "La función interpretadora del juez en la sentencia", *JA* 1947-II.

_____, "La sentencia constitutiva", *Revista de Derecho Procesal*, primera parte, Año V, Buenos Aires, Ediar, 1947.

_____, "Naturaleza y límites de la jurisdicción judicial", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 11.

MEROI, Andrea, "Iura Novit Curia y decisión imparcial", *Revista Ius et Praxis*, N° 2, vol. 13, Santiago de Chile, 2007.

MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1961.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1970, T. I a IV.

MIDÓN, Marcelo, *Pericias biológicas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.

_____, *Pruebas ilícitas*, Mendoza, Cuyo, 2ª ed., 2005.

_____, *Tratado de la Prueba*, Resistencia (Chaco), Librería de la Paz, 2007.

MILLAR, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, Ediar, 1945.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal* (traducción de Primitivo González del Alba), Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

MIZRAHI, Mauricio Luis, "Los alimentos entre cónyuges divorciados por causales objetivas. Desdoblamiento interpretativo del artículo 209 del Código Civil", *LL* 2009-B.

MOLINA PORTELA, Carlos, "¿Reconvención en el título ejecutivo?", *LL* 1987-E-261.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Temis, 1994.

MONROY GALVEZ, Juan, "Notas para un estudio sobre el juicio ejecutivo", *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 2008.

MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Comunidad, 2002.

MONTAÑO DE CARDONA, Julia y MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Lima, Comunidad, 2002.

MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1976.

_____, *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1994.

_____, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1996.

_____, "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.

_____, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1989.

MONTESQUIEU, BARÓN DE, Carlos de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Alianza, 1996.

MORELLO, Augusto, "La acción, la jurisdicción y el proceso", en *Problemática actual de Derecho Procesal*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971.

_____, "¿Cuál es el superior tribunal de la causa en la reciente jurisprudencia de la Corte nacional?", *ED* 95-509, y en *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, T. II.

_____, "Improponibilidad objetiva de la demanda", en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

_____, "El certiorari (Aproximación al modelo de los EE. UU. de América)", *LL* 1985-D-1098.

_____, "La sentencia arbitraria; alternativas de la Corte Suprema ante esa manifestación negativa de la jurisdicción", *LL* 1987-B-921 y en *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, T. IV.

_____, "Problemática actual de la justicia", *Doctrina Judicial* 1989-II.

_____, *Contrato y proceso, aperturas,* Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1990.

_____, "En torno a la prueba", *LL* 1990-E-7.

_____, *La nueva etapa del recurso extraordinario. El "certiorari",* Buenos Aires, Abeledo Perrot –Platense, 1990.

_____, *La prueba. Tendencias modernas,* Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1991.

_____, *El amparo. Régimen Procesal,* La Plata, Librería editora Platense, 1992.

_____, "El sistema de la justicia constitucional, la Corte Suprema y el recurso extraordinario", *DJ* 1992-1-50.

_____, "La cautela material", en *JA* 1992-IV-314.

_____, *Actualidad del recurso extraordinario,* Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1995.

_____, *Anticipación de la tuela,* Platense, 1996.

_____, *Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales,* Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1998.

_____, *Estudios de Derecho Procesal,* Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1998.

_____, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación,* Tomo VII-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot –Platense, 1999.

_____, *El recurso extraordinario,* con la colaboración de ROSALES CUELLO, Ramiro, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 2ª ed. (1999) y 3ª ed. (2006).

_____, "La prueba científica", *LL* 1999-C.

_____, *Liquidaciones judiciales*, La Plata, Platense, 2000.

_____, "Recursos extraordinarios", Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2001.

_____, "Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad", *LL* 2003-B-72.

_____, "Los jueces, la interpretación y las carpas ideológicas", *JA* 2004-I-666.

_____, "El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación", *LL* 2005-E-1232.

_____, "Crisis y futuro de la casación", *LL* 2008-C-1004.

MORELLO, Augusto y KAMINKER, Mario, "Los registros de la excepción de falsedad del título en el juicio ejecutivo", *LL* 2000-A-319.

MORELLO, Augusto y ROSALES CUELLO, Ramiro, *Práctica del recurso extraordinario*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

MORELLO, Augusto; SOSA, Gualberto y BERIZONCE, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Platense, 1988.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

MÜLLER, Silvia y WIERZBA, Sandra, "Excepción de espera", *LL* 1993-A-275.

MULLER STADT, George, *Historia del derecho internacional público* (traducción del alemán de Francisco Jardón Santa Eulalia), Madrid, Aguilar, 1961.

MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Tratado de la probática judicial*, Barcelona, Bosch, 1992, T. II.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, México, UNAM, 2006.

NAVARRINE, Susana Camila, "La responsabilidad de los integrantes de la cadena de comercialización de bienes por los daños causados, a propósito del estallido de una bebida gaseosa", *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, 1999.

NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", *LL* 1996-A.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006.

NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos (su desarrollo progresivo)*, Madrid, Cívitas, 1987.

NISSEN, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abaco, 1994, T. 2.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.

NOVELLINO, Norberto, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, La Ley, 5ª ed., 2005.

_____, "Técnica jurídica del embargo y desembargo", *LL online*.

NUSSBAUM, Marta, *Justicia poética* (traducción de Carlos Gardini y Andrés Bello), Barcelona, 1997.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "Interpretación y Neoconstitucionalismo", Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº *14*, México, Porrúa, 2006.

OLIVA SALVADOR, Ana Delia, "El reconocimiento judicial", *Revista Procuradores*, Nº 61, España, 2003.

ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro, "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, vol. 13, Talca, 2007.

ORTELLS RAMOS, Manuel, "Comentario al art. 378 de la L.E.C.", en CORTES, Valentín (coord.), *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Tecnos, 1985.

_____, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, Comares, 1996.

OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 6ª ed., 2006.

OTEIZA, Eduardo, "El recurso extraordinario federal (Comentario de una sentencia que abre interrogantes en cuanto al tribunal superior de la causa)", *LL* 1990-C-109.

_____, El replanteo de prueba, *LL* 1990-B-45.

_____, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", *LL* 1992-A-705.

_____, "El pedido de aclaratoria", en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (coord.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993.

_____, "El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema sin un rumbo preciso", *JA* 04/02/1998.

_____, "El juez ante la tensión entre libertad e igualdad", en *Revista de Derecho Procesal* (número extraordinario en homenaje a J. Ramiro Podetti), Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal, 2004.

PADILLA, Miguel, *Banco de datos y acción de hábeas data*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973.

_____, "Medidas preparatorias del proceso e instrucción preventiva", *LL* 92-78.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, T. I.

_____, *Estudio de la reforma procesal civil y comercial. Ley 22.434*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

_____, *El recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992 y 2ª ed. de 1997.

_____, "El recurso de inaplicabilidad de la ley respecto de sentencias relativas a prestaciones alimentarias", *LL*, 1994-A-405.

_____, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", *LL* 1995-D- 1240.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *Recurso extraordinario federal*, Córdoba, Alveroni, 1997.

_____, "El *Per Saltum* en el derecho Argentino. De 'Dromi' a 'Smith'", *LL* 2002-B-934.

_____, "El recurso de queja en la acordada 4/2007 de la CSJN", *Suplemento Especial: Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, abril de 2007.

PALAZZI, Pablo, "El hábeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la 'era de la información')", en *Jurisprudencia Argentina* 20/12/1995.

PALMA, Jorge, "Replanteo de prueba en segunda instancia", *LL* 1991-E-659.

PALMIERI, Jorge, "El Poder Judicial y la idoneidad de los jueces", *Doctrina Judicial*, 1989-II.

PAPAÑO, Ricardo, "Justa distinción entre el daño temido y las restricciones al dominio", *LL* 1992-C-523.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMENEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Derecho Procesal Civil (Parte General)*, Bogotá, Temis, 1992, T. I.

_____, *Tratado de la prueba judicial. La confesión*, Bogotá, Librería del Profesional, 3ª ed., 1994 T. II.

_____, *Tratado de la prueba judicial. La prueba pericial*, Bogotá, Librería del profesional, 2ª ed., 1996, T. V.

_____, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Bogotá, Librería del Profesional, 3ª ed., 1997, T. IV.

_____, *Tratado de la prueba judicial. Los documentos*, Bogotá, Librería ediciones del profesional, 3ª ed., 2003, T. III.

_____, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 14ª ed., 2004.

PEGORARO, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, Nº 2, México, Porrúa, julio/diciembre de 2004.

PEKELIS, Alejandro, "Acción", en *Revista de Derecho Procesal*, 1958-I.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Las garantías costitucionais do direito de açao, Sào Paulo", en *Revista Dos Tribunais*, 1973.

_____, "A problemática dos interesses difusos", en PELLEGRINI GRINOVER, Ada (coord.), *A tutela dos interesses difusos*, San Pablo, Max Limonad, 1984.

_____, "Condenas paralelas y efecto extensivo de los recursos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-2.

_____, "Pruebas ilícitas", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Nº 10, año 7.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "La prueba en el recurso de apelación civil", en *Estudios en honor de Niceto Alcalá Zamora y Castillo*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, 1975.

PERELLI, Eduardo Fabián y CALDERÓN, Maximiliano Rafael, *Reglamento de interposición del recurso extraordinario federal y de queja*, Córdoba, Biblioteca Dalmacio Vélez Sársfield, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.

_____, "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 10, 1991.

PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Alemán [ZPO]*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

PÉREZ TREMPS, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 8, 2005.

PETRACCHI, Enrique, "Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos", *LL* 2005-E-907.

PEYRANO, Jorge Walter, *El Proceso Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

_____, "Valor probatorio de la conducta procesal de las partes", *LL* 1979-B.

_____, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

_____, "A fuerza de sinceros... (a propósito de una monografía sobre el valor probatorio de la conducta en juicio)", *LL* 1985-D-847.

_____, "Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos", *LL* 1990-B-1005.

_____, "La medida cautelar innovativa como anticipo de la sentencia de mérito, en *JA* 1993-II-794.

_____, "La medida cautelar innovativa 'embozada'", *LL* 1994-B-761.

_____, "Lo urgente y lo cautelar", en *Jurisprudencia Argentina*, semanario N° 5923, 8/03/1995.

_____, "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición '*in extremis*'", *LL* 1997-E-1168.

_____, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Zeus, 2ª ed., 1997.

_____, "Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas", en *Medidas Autosatisfactivas. Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____, "Estado de la doctrina judicial de la reposición *in extremis*. Muestreo jurisprudencial", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2.

_____, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", *ED* 107-1005.

_____, *La acción preventiva*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004.

_____, "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipativa en particular", *ED* 163-786.

_____, "Noticias sobre la reposición *in extremis*", *ED* 165-951.

_____, "La prueba difícil", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº 8, 2005.

_____, "Valoración judicial de la conducta procesal", en PEYRANO, Jorge Walter (dir.), *Valoración judicial de la conducta procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

_____, "Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal", *LL* 2006-E.

_____, "Precisiones sobre la reposición *in extremis*", en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario *La impugnación de la sentencia firme*, Buenos Aires /Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

_____, "La reposición *in extremis*", *LL* 2007-D-649.

PEYRANO, Jorge Walter (dir.) y BARACAT, Edgar (coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

PICO I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

_____, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.

_____, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, Bosch, 1998.

_____, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?", *JA* 10-04-02.

_____, "La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil", en *Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, edición de la Universidad Libre, 2005.

PIEDECASAS, Miguel, *Régimen legal del martillero y de la subasta judicial*, Santa Fe / Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.

PINIELLA SORLI, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1994.

PIZZOLO, Calógero, "El límite de páginas y la sanción por incumplimiento de los requisitos formales en la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema", *Suplemento Especial.*

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité élémentaire de droit civil françcaise*, París, 1928, T. I.

PODETTI, José Ramiro, "Cuestiones que plantea el supuesto del artículo 519 del Código de Procedimientos", *JA* 76-529.

_____, "Las costas cuando prospera la defensa de prescripción", *JA* 1946-I.

_____, *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1954.

_____, *Tratado de los Recursos*, Buenos Aires, Ediar, 1958.

_____, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963.

_____, *Tratado de las ejecuciones*, Buenos Aires, Ediar, 1967.

_____, *Tratado de las ejecuciones*, actualizada por Víctor Guerrero Leconte, Buenos Aires, Ediar, 3ª ed., 1997.

_____, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

PONCE, Carlos, "Legitimación e interés para recurrir", *ED* 128-906.

_____, "Reconvención a la Reconvención, 'Reconventio-reconventionis'", *Revista de Derecho Procesal*, 1-2004.

_____, *Demanda y Reconvención*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 1965; 1988.

_____, *Tratado de Derecho Procesal civil*, Pamplona, Aranzadi, 1985.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos, Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.

_____, "Constitucionalismo y Garantismo", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Trotta, 2005.

PRITCHETT, Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tea, 1965.

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1974.

PUCCINELLI, Oscar, *El hábeas data en el constitucionalismo indoiberoamericano finisecular*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

_____, *Protección de datos de carácter personal*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

PUIG BRUTAU, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1981.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín, Comunicación a las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Procesal Civil, *JA* sem. 5516, del 20/05/1987.

QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, "La legitimación en la causa", en *Revista de Estudios Procesales*, N° 36, mayo de 1983.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2008.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974.

RAMALHETE, Clovis, "Direito processual, instrumento de realizaçao política", en *Revista do trabalho*, 1994.

RAMAYO, Raúl Alberto, "Aplicación del derecho extranjero en el ámbito de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado", *ED* 167-155.

RAMÍREZ, Jorge Orlando, *El Juicio de desalojo*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

_____, *Indemnización de daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, T. V.

RAMOS FOLQUES, "El procedimiento real de las anotaciones preventivas del embargo", en *Revista de Derecho Privado*, 1952.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La sucesión procesal*, Barcelona, Hispano Europea, 1974.

_____, *Arbitraje y Proceso Internacional*, Barcelona, Bosch, 1987.

_____, "¿Abuso de derecho en el proceso?", en *Abuso dos direitos processuais*, Río de Janeiro, Forense, 2000.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 4ª ed., T. I.

_____, *El Sistema Procesal Español*, Barcelona, Bosch, 2000.

_____, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, Bosch, 2001.

_____, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, Atelier, 2008.

RAMOS ROMEU, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona, Atelier, 2006.

REDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile. Nozioni e regole generali*, Milano, Giufrè, 4ª ed., 1995.

REIMUNDÍN, Ricardo, "Las costas en los incidentes", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, año VI, Buenos Aires, Ediar, 1948.

_____, "El concepto de litigante vencido", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1954.

_____, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Zavalía, 1956.

_____, *La condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1966.

_____, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1966.

REYES ORIBE, Aníbal Manuel e IRAOLA, Francisco Javier, "Cuestiones procesales en la Ley de Defensa del Consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

RIBA TREPAT, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.

RISOLÍA, Marco, "Sobre la función notarial y a los efectos del artículo 1277 del Código Civil", *LL* 1977-D-408.

RISPO, Jorge Daniel, "Las actas en las sociedades anónimas", *LL* 2009-B.

RIVAS, Adolfo, "Algunas reflexiones acerca de la prueba de informes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Estudios Procesales*, N° 27, Rosario, Rubinzal-Culzoni.

_____, *El proceso ordinario en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación –Ley 22.434–*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

_____, "Régimen de costas en los incidentes. Acerca del art. 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *LL* 1984-B-932.

_____, *Amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 1987.

_____, "Juicio ejecutivo y compensación", *LL* 1990-E-491.

_____, *Tratado de las Tercerías*, Buenos Aires, Abaco, 1993.

_____, "La jurisdicción anticipatoria", comunicación al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Argentina, 1995.

_____, *Tratado de las medidas cautelares*, Santa Fe, Ed. Jurídica Panamericana SRL, 1996.

_____, "Redargución de falsedad en el juicio ejecutivo", *LL* 1999-E-1077.

_____, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", *LL* 2001-E-1097.

_____, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

RIVERA MORALES, Rodrigo, *Las pruebas en el derecho venezolano*, San Cristóbal, Editorial Jurídica Rincón, 4ª ed., 2006.

ROCA SASTRE, Luis, *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 7ª ed., 1979.

ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, Milano, 1962.

_____, *La sentencia civil* (traducción de Mariano Ovejero), México, Cárdenas, 1985.

ROCCO, Ugo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1939.

_____, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires / Bogotá, Depalma – Temis, 1969.

RODRÍGUEZ, Juan, "Prueba pericial. Consultas científicas o técnicas. Intervención de médicos legistas. Ventajas de estas modalidades", *LL* 1998-B.

RODRÍGUEZ SAIACH, Luis, *Teoría y práctica de las nulidades y recursos procesales, –Nulidades procesales–*, Buenos Aires, Gowa, 2004.

ROITMAN, Horacio, "Acciones del consumidor perjudicado", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* –Consumidores–, N° 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

_____, "Intervención Judicial", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1.

ROJAS, Jorge, "Un "nuevo" molde para el amparo", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 5, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

_____, "Redargución y Adveración", en *Revista Derecho Procesal, Prueba- II*, Rubinzal-Culzoni, año 2005-2.

_____, "Las nuevas fronteras del recurso extraordinario federal", *LL* 2008-E-858.

ROMERA, Oscar Eduardo, *Protección penal del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio, "El testigo de oídas y su alcance (Un breve estudio comparando el proceso penal argentino y el español)", *LL* 2005-E.

ROSENBERG, Leo, "Las sentencias declarativas", en *Revista de Derecho Procesal*, I parte, 1947, año V.

_____, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1955.

_____, *Derecho Procesal Civil* (traducción de Ángela Romera Vera), Buenos Aires, Ejea, 1955.

_____, *La carga de la prueba* (traducción de Ernesto Krotoschin), César Faira, Julio (ed.), Montevideo, 2ª ed., 2002.

ROSENFELD, Carlos, *La evolución del derecho procesal en el derecho romano*, Buenos Aires, 1995.

ROSENFELD, Michel, "El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 8, México, Porrúa, julio-diciembre de 2007.

RUBÍN, Miguel, "Rendición de cuentas. El resurgimiento de un instituto clásico", *LL* 2006-B.

RUGNA, Agustín, "La exclusión o retiro del hogar conyugal durante el proceso de separación personal o divorcio vincular", *LL Gran Cuyo*, 2008.

RUIZ LENCINA, María José, "La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", *Noticias Jurídicas*, 2002.

RUIZ MARTÍNEZ, Esteban, *Los informes comerciales y el derecho a la información*, Buenos Aires, Ábaco, 2000.

SACRISTÁN, Estela, "El legitimado pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (El problema de la llamada relación sustancial)", *LL* 2002-E.

SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro, *Exégesis del Código Procesal Civil del Perú*, Lima, edición del autor, 1995.

SAGÜÉS, Néstor, "Nuevamente sobre la sentencia definitiva y el superior tribunal de la causa para el recurso extraordinario", *LL* 1984-C-1268.

_____, "El recurso extraordinario y la obligación de las cortes supremas provinciales de conocer en los recursos locales", *LL* 1989-B-415.

_____, "Constitucionalidad de la apelación *'per saltum'"*, *LL* 1989-B-318.

_____, "Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad", en *Anuario Jurídico*, Nº 1, Lima, octubre de 1991.

_____, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, T. I y II.

_____, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", *LL* 1994-D.

_____, *Derecho Procesal Constitucional-Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 5ª ed., 1995.

_____, *Derecho Procesal Constitucional de la provincia de Santa Fe*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

_____, "El Congreso como intérprete de la Constitución", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2002.

_____, *El Sistema de Derechos. Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, México, Biblioteca Porrúa, 2004.

SAHAB, Ricardo, *El recurso extraordinario por gravedad institucional*, Buenos Aires, Ediar, 1978.

SAIX, Edgardo Ignacio, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, 1994.

SALCEDO CUADROS, Carlos, "La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales", en *Actualidad Constitucional*, N° 172.

SALERNO, Marcelo Urbano, "Pago documentado", *LL*, 2005-A-1081.

SALGADO, Alí Joaquín, *Locación, Comodato y Desalojo*, Buenos Aires, La Rocca, 1992.

SALGADO, José María, "El contenido patrimonial del juicio de desalojo. Fuero de atracción y clase de proceso", *LL* 2005-E-505 y *DJ* 2005-3.

SALOMONI, Jorge, *Teoría General de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

SALVATIERRA, Juan Cruz, "Ejecución de sentencia contra integrantes de una sociedad de hecho no demandados y otras cuestiones", *LLBA* 2008 (junio).

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *La Universidad y la enseñanza del Derecho*, Madrid, Arbor, 1950.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *La acción oblicua, indirecta o subjetiva*, Buenos Aires, 1945.

SÁNCHEZ MARÍNCOLO, Miguel, "Las facultades de Superintendencia de la Corte Suprema. Su delegación y las sanciones disciplinarias a abogados y otros en el proceso judicial", *LL* 2008-F-1278.

SÁNCHEZ TORRES, Julio y CÓRDOBA, Jorge, "Excepción de litispendencia", *LLC* 2002.

SARTORIO, José, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", *LL* 96-799.

SASSI, Edgardo, "El juicio de conocimiento posterior no es el ámbito adecuado para discutir la validez o nulidad de la ejecución", *LL* 1994-E-472.

SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa), Buenos Aires, Ejea, 1971, vol. I.

_____, "Soliloquios y coloquios de un jurista", en *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1971.

SAVATIER, Rene, *Travaux de l´Association Henri Capitant*, Montreal, 1956.

SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema de derecho romano actual* (traducción de Mesia y Poley), Madrid, Góngora.

_____, *Traité de droit romain*, París, Firmin Didot, 1849.

SBDAR, Claudia, "Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Nuevas exigencias formales dirigidas a disminuir la avalancha de recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencia", *LL Actualidad*, 22/12/2007.

SBDAR, Claudia y DATO, Mariana, "Lengua de señas en programas televisivos de información. Medida de acción directa para asegurar la igualdad de oportunidades", *LL* 2007-B-104.

SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución* (traducción de Manuel Sánchez Sarto), prólogo de De Vega García, Pedro, Madrid, Tecnos, 1983.

SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950 (traducción de la edición alemana de 1946).

SCHWAB, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil* (traducción de Tomás Banzhaf), Buenos Aires, Ejea, 1968.

SCHWARZBERG, Carlos, "El comportamiento en juicio de los abogados", *LL* 30/04/2009.

SCIALOJA, Vicente, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Ejea, 1954.

SENTÍS MELENDO, Santiago, "Aclaratoria de sentencia", *Revista de Derecho Procesal*, año IV, 1946.

_____, "Iura novit curia", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1947.

_____, "Allanamiento a la demanda y la imposición de costas", en *Revista de Derecho Procesal*, año VI, Buenos Aires, Ediar, 1948.

_____, *El proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1957.

_____, *Teoría y práctica del proceso - Ensayos de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1958, vol. II.

_____, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1959, T. I.

_____, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979.

_____, "Revocación de oficio de las resoluciones judiciales", *LL* 84-455.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969.

_____, "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", en *Revista Justicia*, Barcelona, Bosch, 1987.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, Dykinson, 1995.

SILVEIRA, Alipio, "La buena fe en el proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, N° II, año V, Buenos Aires, Ediar, 1947.

SIMONE, Osvaldo Blas, "Revisión de las causales del embargo preventivo de buques en la Convención Internacional de 1952", *LL* 1994-E-1220.

SIRKIN, Héctor Eduardo, "Improcedencia de la homologación judicial de un convenio privado ajeno a la locación", *LL* 1996-B.

_____, "Diferencia entre los artículos 38 y 238 del Código Procesal", *DJ* 1996-2-1275.

SOLA, Juan Vicente, "La Acordada 4/2007 y el control de constitucionalidad", en *La Ley, Suplemento Especial. Técnica jurídica de los Recursos Extraordinario y de queja*, abril de 2007.

SOLARI, Néstor, "Obligación de ambos padres en la prestación alimentaria a sus hijos menores de edad", *LL NOA* 2005, 1072; *DJ* 2005-3-557.

SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 1998.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 4ª ed., 1976.

SOSA, Toribio, "La doctrina de los propios actos y la aprobación de la liquidación", *DJ* 1989-1-898.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1999.

_____, *Notificaciones procesales*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

TARUFFO, Michelle, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bologna, 1980.

_____, "La giutificazione delle decisión fondate su standards", en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo, *L´Analisi del racionamiento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989.

_____, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.

_____, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 114, nueva serie año XXXVIII, México, 2005.

_____, "El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil, Biblioteca de Derecho Procesal" Nº 2, colección dirigida por MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José, Lima, Palestra, 2005.

_____, "La prueba científica en el proceso civil", en *Estudios sobre la prueba*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2006.

_____, "Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa", en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Talca, 2006.

_____, "Verdad negociada", *Revista de Derecho*, N° 1, vol. XXI, Valdivia, julio de 2008.

TARZIA, Giusseppe, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali (Estudios)*, Milano, Cedam, 1994.

TAWIL, Guido Santiago, "El recurso extraordinario y las decisiones emitidas por la Administración en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales", *LL* 1990-E.

TEITELBAUM, Jaime, *El proceso acumulativo civil*, Montevideo, Ediciones Jurídicas, 1973.

TEODORO JÚNIOR, Humberto, "Abuso de directo processual no ordenamento jurídico brasileiro", en BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, Río de Janeiro, Forense, 2000.

TERRAGNI, Marco, *Estudios sobre la Parte General del Derecho Penal*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2000.

TESSONE, Alberto, "Convenios de desocupación", *LL* 1996-E-248.

TETTAMANTI DE RAMELLA, Adriana, "El recurso extraordinario federal estrena ropaje: La acordada N° 4/2007", *LL* 2007-E-703.

TOBÍAS, José, "Algunas cuestiones relacionadas con la inhabilitación judicial (Artículo 152 bis del Código Civil)", *LL* 1995-B-525.

TURRÍN, Daniel, "Prejudicialidad y título ejecutivo", *LL* 1989-A-207.

TWINING, William, *Rethinking evidence. Exploratory essays*, Cambridge, 2ª ed., 2006.

UGARTE, Luis Alejandro y URIARTE, Jorge Alcides, "¿Debe mantenerse la prohibición a los ciegos y a los mudos para ser tutores y curadores?", *LL* 1988-C-886.

VALLEFÍN, Carlos, *Protección Cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002.

VALLEJO, Eduardo Lucio, "El recurso de reposición como medio idóneo para obtener la declaración de nulidad y corregir un error de juzgamiento", en *Revista de Estudios Procesales*, Nº 4, Rosario, 1970.

VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002.

VANOSSI, Jorge, *La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de certiorari criollo)*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho, 2000.

VARGAS, Abraham, *Estudios de Derecho Procesal*, Cuyo, 1999.

_____, "Recurso de reposición, revocatoria o reconsideración (Tipicidad y atipicidad)", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 3, Rubinzal-Culzoni, 1999.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, "Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil", Conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 7 al 9 de abril de 2009, versión corregida por el autor al 21/05/2009.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio y OJEDA, Raúl Horacio, *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2005.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Colex, 1993.

VÉNICA, Oscar Hugo, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1998.

VENTURA, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

VERA OCAMPO, Juan Carlos, "Inhabilitado judicial por embriaguez o por uso de estupefacientes. (Precisiones en torno del artículo 152 bis del Código Civil)", *LL* 1988-B.

_____, "Requisitos de procedencia del recurso de nulidad", *LL* 1989-A-339.

VERGARA, Leandro, "La ley de mediación y un fallo sobre su inconstitucionalidad", *LL* 1999-A.

VÉSCOVI, Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Idea, 1974.

_____, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984.

_____, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

_____, *Código General del Proceso*, Buenos Aires, Abaco, 1995.

_____, "Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión", en *Revista de Estudios Procesales*, N° 2.

VICENTE Y CARAVANTES, José De, *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, Gaspar y Roig, 1856.

VIGORITI, Vicenzo, "I diritti constituzionali delle parti nel processo civile italiano", en *Revista de Derecho Procesal*, Italia, 1971.

_____, *Interessi colletivi e processo. La legitimazione ad agire*, Milano, Giuffré, 1979.

VILLALBA BERNIE, Pablo, *Proceso Civil. Actualidad y futuro*, Asunción del Paraguay, Bijupa, 2008.

VILLAR Y ROMERO, José María, "Derecho Procesal Administrativo", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944.

VIOLA, Francesco, prólogo a la obra de CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco – Universidad Austral, 1998.

VITERBO, Mario Casarino, "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina", en *Revista de Derecho Procesal*, 1948-I.

VÍTOLO, Daniel Roque, "Sociedad constituida en el extranjero, realización de actos aislados, y capacidad para estar en juicio", *LL online* 09/09/2004.

VOLTAIRE, "Pensamientos sobre la Administración Pública", en "*Opúsculos satíricos y filosóficos*", Madrid, Alfaguara, 1978.

VON BÜLOW, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ejea, 1964.

WACH, Adolf, *La pretensión de declaración* (traducción de Juan Semon), Buenos Aires, Ejea, 1962.

_____, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1962.

WAIGMAISTER, Adriana, "Mediación familiar", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994.

WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis Mauricio, *¿Qué es la mediación?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

WYNESS MILLAR, Robert, "La reforma procesal civil en la legislación de las naciones", en *Revista de Derecho Procesal*, 1950-I, año VIII, Buenos Aires, Ediar.

YADAROLA, Mauricio, Títulos de crédito, Buenos Aires, Abeledo, 1961.

YMAZ, Esteban, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, Arayú, 1954.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2002.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición.

_____, "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil", en la obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, *La responsabilidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

_____, "El patronato del Estado y la reciente ley 26.061", *LL* 200.

_____, Prólogo a la obra de TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale civile*, Milano, 1948.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

ZEISS, Walter, *El dolo procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1979.

ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, Lima, Palestra, 2008.

ZINGMAN DE DOMÍNGUEZ, Nydia, "Responsabilidad derivada del contrato de cajas de seguridad", en KABAS DE MARTORELL, María Elisa (dir.), *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.