

LOS HECHOS EN EL RECURSO DE APELACION

por Roberto G. Loutayf Ranea

(Publicado en MORELLO, Augusto M., Director, "Los hechos en el Proceso Civil", Bs. As., La Ley, 2003, pág. 185)

1) EL RECURSO DE APELACIÓN NO ES UN NUEVO JUICIO

"*Instancia*" significa solicitud; pero por extensión, también se llama *instancia* al procedimiento que sigue a esa solicitud hasta que deviene la respuesta. El término adquiere un significado específico cuando la solicitud se hace al órgano jurisdiccional, es decir, a los jueces: en estos casos se llama *instancia* a toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento, dirigida a un juez, para que satisfaga un interés legítimo del peticionante; y por extensión, se llama también *instancia* a todo el procedimiento desde la aludida petición, hasta la resolución judicial que le da respuesta¹. Se puede distinguir, entonces, la primera, segunda, tercera instancia, etc., según las que establezca la legislación procesal. La "primera instancia" se origina con la solicitud que por primera vez se hace a la Jurisdicción y que se materializa mediante la llamada "pretensión procesal" normalmente contenida en la demanda; la misma concluye con la sentencia que se pronuncia por primera vez sobre el asunto planteado. La segunda instancia, se origina en una segunda petición que puede formular con relación al mismo asunto la parte perjudicada por la decisión anterior: esta nueva instancia se materializa a través de la interposición del respectivo recurso y la expresión de los motivos por lo que el recurrente considera errada la sentencia anterior; esta segunda instancia termina con la decisión que da respuesta al planteo de revisión.

El recurso de apelación, entonces, viene a ser la segunda instancia que puede formular la parte perjudicada por la sentencia dictada en primera instancia-

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

¹ Podetti, Ramiro: *Tratado de los actos procesales*, Bs. As., Ediar, 1955, pág. 349.

"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 último². 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 instancia³. 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 cometidas 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 apelación⁴.

Conforme ya se señaló, el ordenamiento de la Nación y la generalidad de los códigos procesales provinciales siguen lo que hemos denominado sistema ecléctico. En consecuencia, por no ser el recurso de apelación un nuevo juicio sino la revisión de la sentencia impugnada es que, como principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia, tal como expresamente lo dispone el art. 277 del CPCCN, salvo las excepciones que contempla la citada norma⁵; y valorando la prueba producida en primera instancia, salvo los supuestos excepcionales en que se admite la producción de pruebas en la alzada (art. 260 CPCC).

El recurso de apelación es la vía idónea para corregir los errores *in iudicando*, es decir,

² Reimundín, Ricardo: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Editorial Viracocha, 1957, tomo II, pág. 80.

³ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972 y 1993, pág. 355.

⁴ Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo II, pág. 731.

⁵ CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242.

El art. 277 del cód. procesal veda expresamente al Tribunal de Alzada fallar sobre capítulos que no han sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia (CNCiv., Sala C, 18-7-96, E.D. 171-358).

El tribunal de segunda instancia, en principio, no puede pronunciarse sobre capítulos no propuestos al juez de la instancia, pues nuestro ordenamiento procesal está organizado para impedir que la segunda instancia se convierta en un nuevo juicio (CNCiv., Sala E, 12-3-98, L.L. 1999-A-174, y DJ 1999-I-377).

los errores de juicio en que pudiera haber incurrido la sentencia recurrida⁶; pueden tratarse de vicios en la aplicación de las normas jurídicas⁷, o en la exposición de los *hechos*, o en la valoración de la *prueba*⁸. Así, se ha resuelto que por el recurso de apelación puede procurarse la reparación de las omisiones o erróneas opiniones en que pudiera haber incurrido el juez en la apreciación de la prueba producida o de los elementos constitutivos del proceso, dado que constituyen errores *in iuricando*⁹. Y por regla general, los errores o vicios *in procedendo* están fuera del ámbito de conocimiento del recurso de apelación¹⁰.

2) LA "DEVOLUCIÓN" DEL CONOCIMIENTO AL TRIBUNAL DE APELACIONES

Según ya hemos señalado, el recurso de apelación no es un nuevo juicio sino una revisión de la sentencia dictada en la instancia anterior. Se suele aludir a la *devolución* del conocimiento que se hace al tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación, expresión ésta que viene del derecho romano; se entendía que el Emperador delegaba su atribución de juzgar a los magistrados superiores, y éstos, a su vez, a los inferiores; por ello, entonces, cuando el juez en grado concedía un recurso ante el superior le devolvía la jurisdicción que le había sido delegada. Pero hoy en día, esta expresión carece de sentido por cuanto ningún magistrado ejerce su atribución de juzgar por delegación, sino que hay una distribución funcional de la competencia; no hay, entonces, delegación de funciones por parte de los órganos superiores a los inferiores, ni, consecuentemente, devolución de las mismas de éstos a aquellos¹¹. Sin embargo, se continúa utilizando esa expresión en la actualidad, tanto en los ordenamientos legales como por la doctrina y la jurisprudencia, a fin de indicar que el conocimiento del proceso pasa del tribunal *a quo* al tribunal *ad quem*¹².

⁶ ver Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 410.

⁷ Así, equivocada interpretación de una norma, prescindencia de aplicar la ley vigente (CNFed.CivCom., Sala II, 11-2-99, L.L. 1999-D-822, J. Agrup., caso 14.167).

⁸ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág.503.

El recurso de apelación procede como remedio de aquellos errores que se vinculan no con aspectos formales de la sentencia sino con el fondo de las cuestiones resueltas, tales como: la apreciación de la prueba, equivocada interpretación de una norma, prescindencia de aplicar la ley vigente o como estima la parte demandada, omisión del órgano jurisdiccional de ponderar un elemento de juicio que estima relevante (CNFedCivCom, Sala II, 11-2-99, L.L. 1999-D-822, J. Agrup., caso 14.167).

⁹ CCivCom y Lab., Rafaela, 3-9-97, Rep.L.L., 1998-2168, n° 116; LL Litoral, 1998-I-355, y DJ 1998-B-1869.

¹⁰ CNCiv., Sala H, 18-7-97, L.L. 1998-A-225, y DJ 1998-2-195.

¹¹ Prieto Castro Ferrandiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, vol. I, pág. 652, nota 1; Ibañez Frocham, Manuel: *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Bs. As., La Ley, 1969, pág. 141/143; Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 366; Palacio, Lino E.: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, V, pág. 101 y ss.; Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, 1969, t. III, pág. 347.

¹² Fassí, Santiago y Yañez, César D.: *Cód. Proc. C. y C. de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, págs. 292 y ss., comentario al art. 243.

3) EL TRIBUNAL DE APELACIONES SÓLO PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE LOS CAPÍTULO PROPUESTOS EN PRIMERA INSTANCIA, SALVO LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LA LEY

El ámbito de conocimiento del juez de primera instancia está delimitado por las pretensiones y oposiciones formuladas en los escritos introductorios del proceso. Tales limitaciones también rigen, como principio, para el tribunal de apelaciones: en efecto, conforme ya se ha señalado, el ordenamiento de la Nación y la generalidad de los códigos procesales provinciales siguen el sistema que hemos calificado como ecléctico o intermedio, es decir, consideran que la apelación no es un nuevo juicio sino la revisión de la decisión en grado, aunque con ciertas concesiones a favor del primer sistema: en consecuencia, para estos ordenamientos el recurso de apelación, como principio, no es un nuevo juicio sino la revisión de lo decidido por la sentencia impugnada; y por tal motivo, entonces, es que, también como principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia (art. 277 CPCCN), que son los únicos con relación a los cuales puede revisar si lo decidido es correcto o no¹³. Por respeto al *principio de congruencia*,

¹³ La limitación impuesta al Tribunal de Alzada por el art. 277 del cód. procesal, en el sentido de que solamente puede resolver respecto de aquéllos capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia en los escritos constitutivos del proceso, es coherente con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en el sentido de que no importa un nuevo juicio en el cual sea admisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueron objeto de demanda en la instancia precedente (CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242).

El tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra limitado a tratar sólo aquello que fue materia de conocimiento en primera instancia, toda vez que el principio de congruencia constituye la columna vertebral del dispositivo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en aquél (CNCiv., Sala F, 15-2-99, L.L. 2000-A-608, J. Agrup., caso 14.719).

Como la apelación no configura un nuevo juicio, el tribunal *ad quem* sólo puede emitir pronunciamiento válido respecto a las cuestiones involucradas en la pretensión de la actora y en las oposiciones de la demandada. En efecto, la relación procesal se inicia con la interposición de la demanda y se integra con su contestación, produciéndose así la fijación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (C4°CivComMinasPaz y Trib Mendoza, 10-7-97, Rep.L.L. año 1998, pág. 2163, n° 70, y LL, 1998-D-490).

No es proedente en la expresión de agravios suplir la falta de contestación de la demanda pretendiendo en consecuencia que el tribunal se pronuncie sobre temas que no fueron planteados oportunamente en la instancia de origen (CApelCivCom Mercedes, sala I, 8-2-90, E.D. 142-300).

Es inadmisibles la introducción en la alzada de materias no propuestas en primera instancia, en virtud del principio de congruencia, que entronca directamente con la garantía constitucional de defensa en juicio de la contraparte (CNFedCivCom., Sala II, 10-8-00, L.L. 2001-B-650).

El tribunal de apelaciones no puede pronunciarse sobre cuestiones que no fueron articuladas previamente ante el juez de primera instancia (CNFedCont-adm., Sala III, 7-3-00, L.L. 2001-B-860, J. Agrup., caso 15.553).

El tribunal de segunda instancia, en principio, no puede pronunciarse sobre capítulos no propuestos al juez de la instancia, pues nuestro ordenamiento procesal está organizado para impedir que la segunda instancia se convierte en un nuevo juicio (CNCiv., Sala E, 12-3-98, L.L. 1999-A-174, y DJ 1999-I-377).

La cuestión que no fue propuesta al juez no puede ser materia de apelación, pues ésta presupone la previa consideración por el magistrado de los hechos sometidos a su decisión (CLabPaz Corrientes, 24-3-00, L.L. 2001-A-639, 43.270-S, y L.L. Litoral, 2000-1213).

Si bien el recurso de apelación abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver la justicia de las resoluciones impugnadas, incluyendo los agravios por vicios de procedimiento, de ninguna manera posibilita decidir en grado de apelación con prescindencia o más allá de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado (SCMendoza, Sala I, 24-4-01, Rep.L.L. año 2001, 1807, n° 57, y LL Gran Cuyo, 2001-643).

entonces, el tribunal de alzada está limitado por los hechos y pretensiones deducidas oportunamente en primera instancia, sin perjuicio de los límites que el apelante hubiera impuesto al recurso¹⁴.

Sólo, como excepción, los ordenamientos legales permiten a las partes plantear en segunda instancia capítulos distintos de los de primera instancia, normalmente referidos a circunstancias ocurridas con posterioridad a la sentencia de primera instancia, sobre los que también puede pronunciarse el tribunal de alzada. Al respecto, el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que, como principio "*el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*". Sin embargo, a continuación marca las excepciones, y dice que "*no obstante deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia*"¹⁵.

4) EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM"

Aparte de la limitación señalada en el título anterior, el tribunal de alzada también se encuentra circunscripto por lo que ha sido objeto de apelación y de agravios¹⁶: en tal sentido

Es improcedente la alegación en segunda instancia de hechos total o parcialmente impeditivos de la demanda, si los mismos no fueron invocados, en forma clara y concreta, al tiempo de la contestación, ya que quedaron al margen de la litis (CNCiv., Sala G, 8-3-00, L.L. 2000E'920, J. Agrup., caso 15.234).

¹⁴ Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

El art. 277 del Código Procesal veda expresamente el tratamiento de hechos que no hubieran sido materia propuesta al pronunciamiento de primera instancia pues, de lo contrario, se pondría en indefensión a la contraparte (CNTrab., Sala X, 28-4-99, Rep.L.L. 1999-2166, n° 84, y DT 1999-B-2294).

¹⁵ CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242.

El art. 277 del cód. procesal veda expresamente al Tribunal de Alzada fallar sobre capítulos que no han sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia (CNCiv., Sala C, 18-7-96, E.D. 171-358).

Aunque el tribunal de alzada no puede expedirse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, sí debe resolver respecto de aquellas cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia apelada, resultando aplicable en lo pertinente la preceptiva del art. 163 inc. 6°, párr. 2° de la ley ritual (CNCiv., Sala B, 4-7-91, E.D. 143-660).

El tribunal de alzada se encuentra facultado para resolver sobre las situaciones que intermedian entre lo decidido en la instancia de origen y los agravios formulados por el apelante, siempre que la solución a la que se arribe se encuentre implícitamente sometida a su jurisdicción (C2°CivCom Parana, 23-12-97, L.L. 1998-F-879, 41.078-S. yLL Litoral, 1998-1-798).

¹⁶ El ordenamiento procesal sólo atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos por ante ella, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional (CSJN, 2-7-96, Rep. E.D. 31-709, n° 6).

Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos para ante ellos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria (CSJN, 27-12-96, Rep.E.D. 31-709, n° 7).

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Carta Magna (CSJN, 13-10-94, E.D. 162-193, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*)

Si el apelante del fallo de primera instancia impugnó en sus agravios la totalidad de lo resuelto en él, revirtió a la Cámara la plenitud de su jurisdicción (CSJN, 4-8-77, L.L. 1978-A-204; Id., 8-3-77, Rep.E.D. 11-801, n° 34, y Fallos 297-130).

el art. 271 del CPCCN dice que el tribunal de alzada debe examinar aquellas cuestiones de hecho y de derecho "*sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios*". A esta última limitación se refiere el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, en virtud del cual el conocimiento del tribunal de alzada con motivo de un recurso de apelación se encuentra enmarcado por los límites que el propio apelante le impuso al interponerlo y al expresar los agravios¹⁷. Consecuentemente, si se apeló de la totalidad del fallo, puede confirmarlo o revocarlo íntegramente¹⁸, o confirmarlo en parte y revocarlo en otra¹⁹; y si por el recurso se impugnó sólo una parte del fallo, el pronunciamiento de la alzada debe limitarse a revisar esa única parte apelada (pudiendo revocarla o confirmarla en su totalidad o parcialmente), y no las demás que, al no haber recurso en su contra, han quedado firmes²⁰.

Por aplicación del citado principio, entonces, el tribunal de apelaciones se encuentra limitado en la extensión de las cuestiones sobre las que debe resolver; pero no en cuanto a los elementos propios de la jurisdicción, que los detenta en plenitud (sobre el tema ver *infra*, el título "El tribunal de apelaciones asume la plenitud de la jurisdicción").

Una situación particular presentan aquellas *cuestiones planteadas por el vencedor en primera instancia sobre las que no hubo pronunciamiento o fueron rechazados por la sentencia de esa instancia*: como es el vencedor quien ha planteado estas cuestiones, carece

¹⁷ La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos deducidos ante ellos, limitación esta que tiene garantía constitucional (CSJN, 27-8-93, Rep.E.D. 28-512, n° 8).

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

¹⁸ Cuando, en su expresión de agravios, el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la completa revocación del fallo, es resorte del tribunal de alzada conocer respecto de todas las argumentaciones esgrimidas por las partes, asumiendo así la jurisdicción en plenitud. Es que, en tales términos, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce *ex novo* sobre todas las cuestiones controvertidas con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez de grado (CNCiv., Sala H, 29-2-96, L.L. 1998-D.918, J. Agrup., caso 12.942).

¹⁹ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 366/367.

Cuando el apelante ataca al expresar agravios la totalidad de lo resuelto en la instancia anterior, pidiendo que se lo revoque en forma completa, ello revierte al tribunal de alzada la totalidad de su jurisdicción, de modo que al analizar ampliamente los extremos debatidos en el caso, aquél ejerce en forma normal la competencia apelada (CSJN, 8-3-77, Fallos 297-130, y L.L. 1978-A-204)

²⁰ Pese a que en virtud del principio de plenitud de la jurisdicción de la alzada, en nuestro sistema procesal, la revisión puede ejercerse con amplitud, los poderes concretos del tribunal de grado están enmarcados por los límites que el propio apelante impuso a su queja y, por consiguiente, ineludiblemente a lo que fue materia de expresión de agravios (CNCiv., Sala B, 27-5-74, E.D. 55.196, y L.L. 156-895. n° 491: Id. Id., 12-12-75, L.L. 1976-A-489, 33.200-S; Id. Sala C, 20-10-83, L.L. 1984-B-327 y E.D. 107-247).

Aunque la sentencia haya sido apelada en su totalidad, queda consentido en aquellas partes en relación a las cuales no se expresan agravios (CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673), o que no lo haya sido eficazmente (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339).

Las poestades decisorias del tribunal de alzada se encuentran circunscriptas al conocimiento de aquellas cuestiones que hayan sido sometidas a su decisión, estándole vedado emitir pronunciamiento con respecto a las materias que, resueltas en primera instancia en contra del apelante, son excluidas por éste al interponer el recurso de apelación (CSJN, 14-10-92, Rep.E.D. 27-532, n° 8).

de interés en apelar de la sentencia que no se ha pronunciado sobre las mismas o las ha rechazado. Pero si apela la parte contraria, tales planteos quedan implícitamente sometidos al tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto (por eso se suele hablar de "apelaciones implícitas"²¹). 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 estas cuestiones rechazadas o no consideradas por el juez de primera instancia, y luego de ello podrá resolver sobre la confirmación o revocación de la decisión en grado²². Hay quienes consideran que para que el tribunal de alzada pueda analizar estas cuestiones debe existir un planteo expreso de la vencedora al contestar los agravios²³; consideramos, sin embargo, siguiendo gran parte de la doctrina y jurisprudencia, que no es necesario reiteración alguna, y que el tribunal debe analizarlas aun cuando el apelado no haya contestado los agravios²⁴.

²¹ Se ha señalado que esto que se conoce con el nombre de "apelación implícita", en rigor no se debería considerar "recurso" (No hay expresión de voluntad en tal sentido por parte de los litigantes) sino más bien el ejercicio de un deber impuesto por la ley al tribunal revisor (CApelCivCom Mar del Plata, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Jorge W. Payrano: *Apostillas sobre la denominada "apelación implícita"*).

²² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 465; Podetti, Ramiro: *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 125, 148; Loutayf Ranea, Roberto G.: "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil", Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 127 y ss., n° 44; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y "devolución" implícita)*, E.D. 195-1068; SCBs.As., 30-9-69, L.L. 137-841, 22.340; C1°Apel. Mar del Plata, 23-5-67, L.L. 127-1135, 15.652-S; CApel.CivCom Mar del Plata, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Peyrano, Jorge W.: *Apostillas sobre la denominada "apelación implícita"*; CApelCivCom Azul, sala II, 19-3-96, E.D. 171-622; CApelCivCom Morón, Sala II, 23-4-91, E.D. 144-444; CNCiv., Sala A, 29-3-74, E.D. 55-552; Id., Sala C, 7-10-75, voto del Dr. Augusto C. Belluscio, E.D. 68-456; Id., Sala D, 12-8-60, J.A. 1961-IV-184;

Dentro de aquello que es materia de apelación, la alzada asume la plenitud de jurisdicción y se encuentra en la misma situación en la que se encontraba el juez de primer grado, pudiendo valorar cuestiones que este último no mencionara en su sentencia (TSCórdoba, Sala civil y com., 18-8-98, Rep.L.L. 1998-2165, n° 84, LLC, 1998-1265).

²³ Fassí, Santiago y Yañez, César: "Cód. Proc. C. y C. de la Nac.", Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 511, comentario al art. 278; CNCiv., Sala C, 10-7-63, L.L. 112-107; Id., Sala B, 15-10-74, L.L. 1975-A-393.

²⁴ Palacio: *derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 466; Hitters: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 422/424 y 425/426; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y "devolución" implícita)*, E.D. 195-1068; CNCiv., Sala A, 5-6-63, voto del Doctor Llambías, E.D. 4-938; Id., Sla C, 7-10-75, voto del Dr. Belluscio, E.D. 68-456.

Las 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; por lo tanto si la Cámara revoca la decisión de primera instancia no debe devolver la causa al juez para que se pronuncie sobre las otras defensas o argumentos no analizados por este último en su sentencia, sino que el Tribunal *ad quem* debe resolver directamente todos los temas que integran la relación procesal sin que con ese proceder se vulnere la defensa en juicio ni el principio de igualdad ni el régimen de la doble instancia. Esto se conoce con el nombre de "apelación implícita" aunque -en rigor- no se debería considerar "recurso" (No hay expresión de voluntad en tal sentido por parte de los litigantes) sino más bien el ejercicio de un deber impuesto por la ley al tribunal revisor (CApel.CivCom Mar del Plta, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Pyerano, Jorge W.: *Apostillas sobre la denominad "apelación implícita"*).

Todas las cuestiones propuestas por la vencedora quedan sometidas a la alzada y deben ser tratadas tal y como si realmente hubiera habido una adhesión al recurso por parte de la gananciosa, aun en ausencia de un concreto replanteo por la apelada al contestar la expresión de agravios. Los tribunales ordinarios de apelación no constituyen una instancia de casación, por lo que, si revocan una decisión no pueden reenviar la causa para que sea fallada nuevamente, sino que deben pronunciarse sobre todas las cuestiones de fondo que quedaron sometidas a su conocimiento (CApelCivCom Bahía Blanca, Sala I, 28-10-93, E.D. 158-309).

5) LAS LIMITACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA COMO APLICACIONES DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

La doble limitación que tiene el tribunal de alzada en cuanto, por un lado, no puede pronunciarse sobre "capítulos" no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, y por el otro, no puede exceder de lo que ha sido materia de recurso y agravios, constituyen manifestaciones del *principio dispositivo*, el cual establece que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa. Y su violación implicaría la afectación del derecho de propiedad y de la garantía de la defensa en juicio consagrados por la Constitución Nacional²⁵. Así como toda persona, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es libre de celebrar o no un contrato, o de ejercer o no un derecho, de la misma manera, por aplicación del citado principio, también tiene autonomía o libertad para disponer de sus derechos subjetivos mediante la solicitud o no de la tutela jurisdiccional del Estado, tanto en lo que somete a decisión de la primera instancia, como de la segunda²⁶. Constituyen manifestaciones o aplicaciones del principio dispositivo el de *iniciativa de parte*, según el cual las partes tienen la libertad de solicitar o no la protección jurisdiccional y de delimitar el *thema decidendum*; por ello se dice que la jurisdicción es siempre provocada y no actúa de oficio (*ne procedat iudex ex officio*). Igualmente los principios que establecen que las partes tienen la *carga de la alegación de los "hechos"* en que fundan sus respectivas pretensiones o defensas, como también la *carga de aportación de la prueba de esos hechos*. Y estos principios no sólo tienen aplicación en primera instancia, sino también en la segunda, dado que depende de la iniciativa de parte la interposición del recurso de apelación y la delimitación de lo que se somete a consideración del tribunal de alzada, como también las partes tienen la carga de la alegación de los *hechos* y la de producción de las *pruebas* en los supuestos en que excepcionalmente los ordenamientos procesales autorizan a hacerlo. También constituye una manifestación del principio dispositivo el *principio de congruencia* (arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º del CPCCN), que va dirigido al sentenciante indicándole que su decisión debe guardar relación con las pretensiones, partes y hechos de la litis; y para el tribunal de alzada, este principio establece que la sentencia en el recurso de apelación debe guardar conformidad, no sólo con los planteos formulados en primera instancia, sino que, por aplicación del principio *tantum*

²⁵ CSJN, 2-12-80, Rep.E.D. 15-801, nº 64; CNCiv., Sala C, 12-5-83, L.L. 1984-A-489, 36.542-S; Id. Id., 23-6-76, E.D.68-394; Id., Sala B, 2-7-75, E.D. 64-514.

²⁶ Loutayf Ranea, Roberto G.: *Principio dispositivo*, en "Revista de Estudios Procesales" del centro de Estudios Procesales de Rosario, 1972, nº 12, pág. 13; *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, pág. 114.

El principio según el cual los tribunales de alzada no deben exceder la jurisdicción devuelta para ante ellos en materia civil, encuentra fundamento en la autonomía de la voluntad (CSJN, 4-11-64, E.D. 10-291, y Rep.E.D. 2-1207, nº 162).

devolutum quantum appellatum, también debe guardar adecuación con lo que ha sido objeto de apelación y agravio, no pudiendo exceder de aquellos planteos ni de los límites que el apelante ha puesto al recurso (art. 34 inc. 4°; 163, inc. 6° y 164 CPCCN)²⁷. Y así como el tribunal de apelaciones no puede dar más de lo pedido por el apelante, por aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius* (que es otra manifestación del principio dispositivo, del de iniciativa de parte, del *tantum devolutum quantum appellatum* y del de congruencia) tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte²⁸; y ello cuenta en nuestro derecho con respaldo constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) y el derecho de propiedad (art. 17 Const. Nac.), en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician²⁹; y en el orden legal, no obstante existir opiniones diferentes, el principio en cuestión encuentra respaldo en el art. 271, párr. 1° del CPCCN que dice que el tribunal deberá examinar sólo "*las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de gravios*"³⁰.

También constituye una manifestación del principio dispositivo el *desistimiento* del recurso, que puede ser expreso o tácito³¹.

²⁷ Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 64; Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I, pág. 517; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 115; Gozáini, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

²⁸ Habiendo apelado una sola de las partes, el resultado del recurso no puede desembocar en que el recurrente quede en peor situación que la que tenía ante la resolución impugnada (CCivComCont-adm San Francisco, 31-5-99, Rep.L.L. 2000-2117, n° 101, LLC 2000-880, 356-S).

²⁹ CNCiv., Sala A, 15-3-83, L.L. 1983-C-223; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Hitters, Juan Carlos: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 131/132; Fairén Guillen, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 361/362; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-959.

³⁰ Sobre el tema, ver Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-595, especialmente ap. 20 y ss.

³¹ A falta de una manifestación expresa, la intención de renunciar puede resultar de cualquier manifestación o actitud en los autos, que sea incompatible con la pretensión jurídica, lo cual podría conducir a entender que el desistimiento del recurso de apelación puede ser expreso o tácito, considerando que este último opera cuando no se funda o mantiene el recurso en el momento procesal oportuno -deserción-, o si el apelante cumplió la condena recurrida (CNCiv., Sala A, 29-3-96, E.D.169-81).

6) EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DEL RECURSO

El principio de la "*personalidad*" de la apelación considera que interpuesto un recurso, él aprovecha únicamente a la persona que lo ha deducido. Opuesto a este principio está el de la "comunidad" del recurso, que considera que el recurso interpuesto por uno de los litigantes aprovecha también a los demás³²; dentro de esta segunda posición, hay quienes sostienen que la apelación interpuesta por uno de los litigantes aprovecha también a todos aquellos que se encuentran ocupando la misma situación de parte que el recurrente; otros, en cambio, van más allá y consideran que los efectos del recurso interpuesto por uno de los litigantes alcanzan también a quienes se encuentran ocupando la situación de parte contraria³³.

La legislación argentina, en general ha mantenido el sistema de personalidad de la apelación. Así, el art. 271 del Código de la Nación sólo autoriza al tribunal de alzada a examinar las cuestiones de hecho y de derecho planteadas al juez de primera instancia "*que hubieran sido materia de agravios*".

En los casos de *litisconsorcio necesario*, la doctrina y jurisprudencia han considerado, en general, que el recurso de apelación interpuesto por uno de los litisconsortes favorece también a los demás, cuando se trata de resoluciones judiciales que versan sobre cuestiones comunes; no así cuando se trate de cuestiones personales o individuales de un litisconsorte, en que él es el único legitimado para interponer apelación (en caso de serle desfavorable la resolución), y la decisión que se emita sólo lo alcanza al apelante, y no a los demás litisconsortes³⁴.

La divergencia de opiniones se ha suscitado en los supuestos de *litisconsorcio facultativo*. **a)** Una posición, en la que se encuentra Palacio, considera que cuando se trata del juzgamiento de *hechos comunes* a todos los litisconsortes (no de defensas concernientes a hechos personales), la sentencia debe tener, inevitablemente, un único contenido para la totalidad de las personas que integran el litisconsorcio; la vigencia del principio dispositivo, agrega, no puede llegar al extremo de convalidar la coexistencia, en una misma causa, de normas individuales ostensiblemente contradictorias sobre un mismo hecho³⁵. **b)** Otra

³² Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, pág. 81.

³³ Devis Echandía, Hernando: *Recursos contra las providencias del juez*, en "Nociones generales de derecho procesal civil", Madrid, Aguilar, 1966, pág. 663, específicamente págs. 675/676; Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 68 y 122/123; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. 1, pág. 83/84.

³⁴ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, tomo III, pág. 216/217.

³⁵ Palacio: *Efectos del recurso interpuesto por un litisconsorte en el caso de litisconsorcio facultativo*, E.D. 153-568.

Dado que las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las llamadas *in solidum*, caracterizadas por el hecho de que si bien la responsabilidad reconoce diversas causas para cada obligado, que debe resarcir a un único acreedor mediante el cumplimiento de la misma prestación, concurriendo en el mismo objeto, el contenido económico de la obligación no puede ser más que uno, motivo por el cual la reducción de la condena dispuesta por la alzada favorezca a todos los

posición, a la que hemos adherido³⁶, sostiene que el recurso de apelación interpuesto por un litisconsorte voluntario no beneficia al otro que consintió la condena, rigiendo el principio de la disponibilidad del derecho³⁷. La segunda instancia sólo se abre para el litigante que recurrió el pronunciamiento anterior; en cambio, para quien no lo hizo, la etapa de apelación precluyó, la sentencia recaída se convierte en definitiva a su respecto y el juicio terminó, no pudiendo el tribunal de alzada revisar lo que en primera instancia quedó consentido³⁸. Y no cambia la cuestión la posibilidad de que existan sentencias contradictorias³⁹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos ante ellos resolviendo sobre cuestiones que han quedado firmes, como ocurre en el caso en que el *a quo* rechazó la demanda respecto de una codemandada, quien no había apelado el fallo de primera instancia⁴⁰. También ha señalado el alto Tribunal que la competencia devuelta de los tribunales de alzada tiene el límite proveniente de restringir el alcance del pronunciamiento a los sujetos procesales que instaron su intervención, pues si se prescinde de dicha limitación resolviendo cuestiones que han quedado firmes para las partes que no recurrieron la sentencia, se causa agravio a las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio⁴¹.

obligados, incluso a quienes consintieron la sentencia de primera instancia (*del voto de la mayoría*) (CJ Bs. As., 15-6-99, J.A.2000-I-530, con nota de Chappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).).

La regla de la personalidad de los recursos subsiste en la medida en que cada una de las prestaciones que dispone la condena tenga cierta independencia; más cuando el contenido del decisorio es indivisible o solidario y todos los legitimados pasivos deben saldar un crédito común, renace el criterio de la extensión subjetiva de los recursos. La excepción a la regla de la personalidad de la apelación, que ocurre cuando la condena involucra obligaciones solidarias, indivisibles o *in solidum*, encuentra fundamento en la necesidad de evitar pronunciamientos judiciales contrapuestos que se acentúa si ese contrapunto surge de la misma sentencia. Aun reconociendo la existencia de ciertos rasgos distintivos entre las obligaciones solidarias y las *in solidum*, tales diferencias no son de esencia, ni suficientes para desglosarlas de las pautas de la solidaridad, a los fines de hacer excepción respecto de ellas, al principio procesal de la personalidad de los recursos, retornando al postulado del *benefici communi remedii*. En los casos de obligaciones concurrentes o *in solidum*, los actos realizados por un litisconsorte perjudican y benefician a los otros, no tanto por el efecto de la relación procesal, cuanto por lo que surge del derecho sustancial sobre la base de lo dispuesto por los arts. 699, 705, 706, 716 y 717 del Cód. Civil (*del voto del Dr. Juan Carlos Hitters*) (CJ Bs. As., 15-6-99, J.A. 2000-I-530, con nota de Chiappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).

³⁶ Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, págs. 100/111

³⁷ CJ Mendoza, Sala I, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, 11-5-92, E.D. 153-568.

Existiendo un "litis consorcio" pasivo de carácter facultativo, el demandado que no apela la sentencia que lo desfavorece no puede ser beneficiado por el recurso de apelación que articularan otros en la misma situación de parte (CCivCom, 8° Nom., Córdoba, 27-2-01, Rep.L.L. año 2001-1807, n° 67, y LLC, 2001-911).

³⁸ Wetzler Malbran, Alfredo Ricardo: *Los recursos en el litisconsorcio facultativo y la sentencia revocatoria en la alzada*, E.D. 154-1031; Chiappini, Julio: *Efecto extensivo del recurso de apelación en el litisconsorcio pasivo facultativo: en defensa de un fallo*, E.D. 154-1035, y *Recursos Procesales*, Santa Fe, 1995, pág. 139.

³⁹ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972 y 1993, pág. 369/370

⁴⁰ CSJN, 1-4-82, Rep. E.D. 16-762, n° 41.

⁴¹ CSJN, 23-12-97, E.D. 180-295.

La circunstancia de que por deserción del recurso haya quedado firme respecto de uno de los codemandados la responsabilidad que se le atribuye en el fallo de primera instancia, no impide que la alzada, sin modificar el monto de la condena que le fuere impuesta, pueda variar el porcentaje de culpa que con relación a él fijó el *a quo*, dada la pluralidad de codemandados apelantes (CNCiv., Sala A, integrada por los Dres. Jorge

Situación particular se presenta en los supuestos en que interviene una compañía aseguradora: el asegurador no resulta ajeno al tema de la responsabilidad que pueda pesar sobre su asegurado. Por el contrario, ella constituye un presupuesto necesario de su obligación de indemnizar (contracara de la de mantener la indemnidad del asegurado), reclamada por el tercero a través de la citación en garantía, mediante la cual busca condenarlo y ejecutarle la sentencia. Por ello, el asegurador tiene derecho a invocar y probar lo que corresponda respecto de esa pretensión del reclamante de que se declare la responsabilidad del asegurado (es decir, sobre la existencia del hecho, la responsabilidad civil del demandado imputado o tercero civilmente demandado, la extensión del daño, el monto de la condena, etc.), y se le debe permitir, asimismo, interponer los recursos que el procedimiento conceda al demandado; lo contrario implicaría privarlo de su derecho de defensa y condenarlo en función de un hecho sobre el que se le impidió debatir y recurrir⁴². Y es lógico admitir que la aseguradora citada en garantía esté legitimada para recurrir una sentencia adversa, con autonomía de la actitud seguida por el asegurado: por la obligación que el corresponde a aquélla de mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.4.18) y por la posibilidad de que la sentencia condenatoria se ejecute en su contra en la medida del seguro (art. 118), no hay duda de que aquélla está interesada en recurrir la sentencia que resulte adversa tanto para el asegurado como para ella. Por tales circunstancias también es que, según la mayoría de opiniones, la ley ha exigido que si participa la aseguradora en el juicio también debe participar el asegurado, con lo que se conforma entre ambos una situación prácticamente equiparable a un litisconsorcio necesario al no poderse dictar una sentencia útil sobre el asunto si no es con relación a los dos⁴³. Sobre la base de todo ello resulta lógico concluir también que en este

Garzón Maceda, Jorge J. Llambías y Rodolfo de Abelleira, L.L. 139-350).

Cuando se acciona por daños y perjuicios y media un litisconsorcio facultativo, si uno de los codemandados apeló la sentencia de primera instancia y obtuvo una reducción en la condena y al otro se le declaró desierto el recurso, éste no puede ampararse en tal reducción, pues el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia sólo beneficia a quien lo deduce (C1°CivCom Mercedes, 27-12-74, L.L. 1975-B-641).

Por aplicación del principio de la personalidad de la apelación, debe reputarse firme la condena impuesta a un obligado *in solidum* que la consintió, sea cual fuere la suerte de la apelación de otro obligado de igual tipo (CJ Bs. As., voto en disidencia del Dr. Eduardo de Lázzari, 15-6-99, J.A. 2000-I-530, con nota de Chiappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).

⁴² Barbato, Nicolás H.: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, g; Creus, Carlos: *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1985, pág. 139; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 464.

Aun cuando la aseguradora citada en garantía no revista la condición de demandada ni condenada, se halla debidamente facultada para impugnar la sentencia dictada contra el civilmente responsable en función de una legitimación implícita, pues no es el Código Procesal Penal el que le otorga el poder de recurrir sino su situación de agravio futuro, ya que en el trámite de ejecución ulterior se le opondrá el título sentencial originado en sede penal (CJSalta, 14-8-00, Libro de protocolo 75, págs. 683/690; id., 10-2-03, Libro de protocolo 83, págs. 43/46)

⁴³ Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 465.

No hay dudas que es particular el supuesto que se presenta en los casos de participación del asegurador. Es verdad que el damnificado que ha demandado al asegurado puede, si quiere, citar o no en

supuesto particular el recurso interpuesto por la aseguradora, en caso de resultar favorable, tenga efecto extensivo con relación al asegurado aun cuando no haya recurrido⁴⁴. Del mismo modo, aunque invocando distintos fundamentos, la mayor parte de la jurisprudencia ha reconocido legitimación a la aseguradora para recurrir con prescindencia de la actitud adoptada por el asegurado⁴⁵.

7) EL TRIBUNAL DE APELACIONES ASUME LA PLENITUD DE LA JURISDICCIÓN

Si bien, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, el tribunal de apelaciones debe ceñirse a los puntos objeto de apelación y de agravios, con relación a lo que debe pronunciarse, con relación a lo que debe revisar, goza de la **plenitud de la jurisdicción**, es decir, de todos los elementos, poderes o atributos de tal función, de la misma manera que el tribunal de primera instancia⁴⁶.

El tribunal de alzada, como consecuencia del recurso de apelación, entonces, asume la garantía al asegurador, ya que se trata de algo voluntario para él, es una facultad suya hacerlo o no, puesto que la ley no lo obliga a citar al asegurador y puede dictarse una sentencia útil sin la participación de este último. Pero si el asegurador es citado al proceso, ya sea por el damnificado o por el asegurado, y en tal supuesto, según lo entiende la opinión mayoritaria, la ley sustancial exige también la participación necesaria de este último, resulta lógico concluir que en tal caso se conforme entre asegurador y asegurado, si no propiamente un litisconsorcio pasivo *necesario*, al menos una situación prácticamente equiparable, por cuanto no podría dictarse una sentencia útil respecto del asegurador solamente, sino que la ley exige que lo sea con relación a ambos litisconsortes (art. 89 CPCC) (Barbato, Nicolás H.: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, "h" e "y"; Meilij, Gustavo R. y Barbato, Nicolás H.: *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975, pág 351; CCivCom Santa Fe, Sala II, 22-11-78, RepL.L., XL 2334, n° 81; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 462).

Cuando la citada en garantía asume la dirección del proceso está legitimada para apelar la sentencia. Debe necesariamente consagrarse el efecto expansivo de esta última, ya sea por considerárselo un supuesto asimilable a un litisconsorcio necesario, o por otras razones, como el enriquecimiento sin causa, la idea de intervención o sustituciones, etc. (SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170, con nota de Meilij, Gustavo R.: *La dirección del proceso y el asegurador citado en garantía*).

La citación en garantía del asegurador significa transformarlo en parte, su intervención se asimila a la de un litisconsorcio pasivo necesario, por lo cual puede esgrimir todas las facultades que confieren los códigos procesales a las partes principales del proceso, con la sola limitación de no poder oponer las defensas nacidas después del siniestro (Pantanali, Norberto J.: *El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, L.L. 1996-E-789).

⁴⁴ Pantanali, Norberto J.: *El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, L.L. 1996-E-789; Meilij, Gustavo R. y Barbato, Nicolás H.: *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975, pág 352/353, n° 406 in fine; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 464.

Cuando la citada en garantía asume la dirección del proceso está legitimada para apelar la sentencia. Debe necesariamente consagrarse el efecto expansivo de esta última, ya sea por considerárselo un supuesto asimilable a un litisconsorcio necesario, o por otras razones, como el enriquecimiento sin causa, la idea de intervención o sustituciones, etc. (SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170, con nota de Meilij, Gustavo R.: *La dirección del proceso y el asegurador citado en garantía*).

⁴⁵ Ver Meilij: *El asegurador como litisconsorte*, E.D. 150-584; Barbato: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, g; CSJN, 21-4-92, L.L. 1992-D-480; SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170; SC Bs. As., 10-6-97, E.D. 174-329, y J.A. 1997-IV-633; CNCom., Sala B, 26-5-92, E.D. 152-727; CNEspCivCom, Sala II, 20-11-79, RepL.L. XL-2333, n° 72.

La aseguradora citada en garantía está legitimada para recurrir un pronunciamiento adverso, con autonomía de la actitud seguida por el asegurado (CSJN, 27-11-90, Rep.E.D. 25-1104, n° 42, y Fallos 315-698).

Es apelable por la aseguradora citada en garantía la sentencia consentida por su asegurado (CNCiv., en pleno, 23-9-91, E.D. 144-510).

plenitud de la Jurisdicción, expresión con la que se quiere significar que dentro de lo que es materia de revisión, el tribunal de apelaciones asume el pleno conocimiento⁴⁷, y se encuentra en la misma situación que en la que se encontraba el juez en grado; es decir, el tribunal de alzada tiene la misma amplitud de conocimiento que el juez de primera instancia⁴⁸, y se encuentra frente a la reclamación en la misma posición que este último⁴⁹.

El recurso de apelación, entonces, si se fundamenta adecuadamente, y dentro de los límites impuestos por el apelante, abre la posibilidad amplia de valoración de las ***cuestiones de hecho*** que han sido aportadas al juez de primera instancia⁵⁰, sin perjuicio de los hechos que excepcionalmente se pueden alegar y de las ***pruebas*** que se pueden producir en el trámite de la apelación.

8) EL TRIBUNAL DE ALZADA Y EL PRINCIPIO "*IURA NOVIT CURIA*"

Si bien el tribunal de apelaciones está sujeto a emitir pronunciamiento sobre los puntos que han sido objeto de agravios, a los fines de la solución de éstos tiene la más amplia facultad de determinar la norma que considera que rige el caso, y aplicarla en el asunto que le toca resolver, con la misma extensión que le cabría al *a quo*; por ello puede, sin afectar el derecho de las partes, utilizar distintos fundamentos jurídicos que los invocados por éstas o los utilizados por el juez de primera instancia; y ello se deriva del principio "***iura novit curia***" que lo faculta a ubicar y calificar la acción dentro del ámbito jurídico que corresponda, siempre que con ello no se transforme la acción deducida⁵¹.

⁴⁶ CNCiv., Sala E, 19-10-76, E.D. 72-632, y L.L.1977-D-708, n° 2492, 2493 y 2494; Id., Sala C, 12-4-71, L.L. 143-322; Id., Sala F, 27-8-79, E.D. 87-250, y L.L. 1980-D-295.

⁴⁷ Si el apelante del fallo de primera instancia impugnó en sus agravios la totalidad de lo resuelto en él, revirtió a la Cámara la plenitud de su jurisdicción (CSJN, 4-8-77, L.L. 1978-A-204; Id., 8-3-77, Rep.E.D. 11-801, n° 34, y Fallos 297-130).

⁴⁸ Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Artes Gráficas Ediciones, 1969, t. II, págs. 157/158.

Con el fin de otorgar debida tutela a la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) el tribunal de apelación tiene con respecto a las pretensiones y oposiciones oportunamente introducidas la misma competencia que corresponde al juez de primera instancia (CSJN, 2-11-95, Rep. E.D. 30-1072, n° 21).

Cuando, en su expresión de agravios, el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la completa revocación del fallo, es resorte del tribunal de alzada conocer respecto de todas las argumentaciones esgrimidas por las partes, asumiendo así la jurisdicción en plenitud. Es que, en tales términos, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce *ex novo* sobre todas las cuestiones controvertidas con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez de grado (CNCiv., Sala H, 29-2-96, L.L. 1998-D.918, J. Agrup., caso 12.942).

Dentro de aquello que es materia de apelación, la alzada asume la plenitud de jurisdicción y se encuentra en la misma situación en la que se encontraba el juez de primer grado, pudiendo valorar cuestiones que este último no mencionara en su sentencia (TSCórdoba, Sala civil y com., 18-8-98, Rep.L.L. 1998-2165, n° 84, LLC, 1998-1265).

⁴⁹ Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Ediar, t. IV, 1961, pág. 415.

⁵⁰ El tribunal de apelación tiene, con respecto a las pretensiones y oposiciones oportunamente introducidas, la misma competencia que corresponde al juez de primera instancia, por lo que nada obsta a la consideración de los extremos fácticos de la causa (CSJN, 5-10-99, Rep. E.D. 35-1231, n° 11).

⁵¹ CNTrab., Sala VII, 2-7-81, E.D. 94-766; CNCiv., Sala E, 19-10-76, E.D. 72-632; Id., Sala F, 27-8-79, E.D. 87-250.

9) EL "AGRAVIO" Y EL "INTERÉS" EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El *interés* es lo que justifica la actuación ante la justicia. Y así como para proponer una demanda en juicio hay que tener interés que la justifique, también para interponer un recurso es necesario tener interés que justifique la impugnación⁵²: se trata de un requisito de admisibilidad del recurso⁵³.

El *interés* que justifica la apelación surge del *agravio* o *gravamen* que la resolución recurrida ocasiona a la parte recurrente. El *agravio* es el perjuicio que la resolución causa al recurrente⁵⁴; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación, es lo que determina el *interés* del apelante en ese recurso⁵⁵; por ello ha dicho Couture que entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio⁵⁶. El gravamen sufrido por el recurrente a consecuencia de la resolución impugnada, dice Fairén Guillén, es un presupuesto de la incoacción del recurso, "que lo liga íntimamente con la legitimación"⁵⁷.

10) LA POSTULACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La legislación argentina, siguiendo la tradición hipana, prevé dos momentos para plantear el recurso de apelación: el momento de la *interposición* del recurso y el momento de la *fundamentación*. Excepcionalmente se permite la realización de ambas actuaciones en

Aunque la potestad revisora de la alzada queda limitada por los agravios del apelante, mediando recurso formalmente hábil, tiene facultades para pronunciarse *iura novit curia*, tal como pudo hacerlo el *a quo*, (CApelCivCom Bahía Blanca, Sala I, 28-10-93, E.D.158-309).

⁵² Como para "accionar" hay que tener interés, para "recurrir" debe existir agravio, Sufre un gravamen el justiciable que recibe un perjuicio de la decisión judicial (SC Buenos Aires, voto del Dr. Hitters, 20-10-98, Rep.L.L. 1999-2158, n° 1, DJBA, 155-7979).

El requisito esencial de admisibilidad del recurso de apelación es que el pronunciamiento que se impugna cause al apelante un agravio o perjuicio concreto (CNCiv., Sala G, 10-2-98, L.L. 1999-C-58).

⁵³ Configura un requisito subjetivo de admisibilidad del recurso la circunstancia de que la resolución correspondiente ocasione, a quien lo interpone, o a su representado, un agravio o perjuicio personal, porque de lo contrario faltaría un requisito genérico de los actos procesales de parte, cual es el interés (CNCiv., Sala A, 19-4-99, E.D. 188-734, 626-SJ).

Configura un requisito subjetivo de admisibilidad del recurso de apelación, el hecho de que la resolución correspondiente ocasione a quien lo interponga un agravio o perjuicio personal. De lo contrario, le faltaría el requisito genérico del interés, el cual es la medida del recurso y debe mantenerse durante las distintas secuelas de la apelación; pues si desaparece luego de concedido el recurso, la cuestión devendrá abstracta (CNCom., Sala B, 18-3-92, E.D. 148-243).

El requisito esencial de admisibilidad del recurso de apelación es que el pronunciamiento que se impugna cause al apelante un agravio o perjuicio concreto (CNCiv., Sala G, 10-2-98, L.L. 1999-C-58).

⁵⁴ Por agravio debe entenderse la insatisfacción total o parcial, de cualquiera de las pretensiones formuladas en el proceso (CNCiv., Sala A, 19-4-99, E.D. 188-764, 626-SJ).

⁵⁵ Corresponde declarar inaudible el recurso de apelación presentado por el demandado que a su respecto fue íntegramente rechazada la demanda -en el caso, por haberse hecho lugar en primera instancia a la defensa de prescripción opuesta-, pues carece de interés para el recurso ya que se supone que ningún perjuicio experimente con la sentencia dictada (CNCom., Sala D, 4-6-01, L.L. 2001-F-1010, J. Agrup., caso 16.137).

⁵⁶ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 346/347.

⁵⁷ Fairén Guillén, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 364.

forma conjunta, como ocurre en el supuesto contemplado por el art. 248 del CPCCN; o cuando se trata de un recurso de apelación que debe concederse en relación y sin efecto diferido en que no hay obstáculos para impedir que el apelante, con la interposición del recurso, exprese también los fundamentos del mismo⁵⁸.

Pero más allá de la oportunidad de interponerlo y fundarlo, lo que resulta de gran importancia a los efectos que nos ocupan es el contenido de la *fundamentación* del recurso, es decir la *expresión de los agravios*.

11) LA CONCESION DEL RECURSO

Las dos "*formas*" de concesión del recurso de apelación, es decir "libremente" o "en relación" (art. 243, primer párrafo CPCCN), se diferencian principalmente en aspectos que hacen al trámite de su sustanciación. La particularidad, con relación al material fáctico es que la concesión libre permite la alegación de hechos nuevos y la producción de determinadas pruebas (art. 260 del citado Código), cosa que se encuentra expresamente prohibida cuando el recurso se concede en relación (art. 275, segundo párrafo).

La cuestión de los "*efectos*" con que se debe conceder la apelación ("suspensivo" o "no suspensivo", según el art. 243, tercer párrafo del CPCCN), está también vinculada al aspecto fáctico, dado que si el recurso se concede con efecto "suspensivo" (o "ambos efectos", que es expresión equivalente) ello impide el cumplimiento de la sentencia recurrida hasta que quede firme el pronunciamiento del tribunal de alzada⁵⁹. En cambio, la concesión con efecto "no suspensivo" (o al "solo efecto devolutivo"), da la posibilidad de la ejecución

⁵⁸ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 96; Falcón, Enrique: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982, tomo II, pág. 383.

Si la fundamentación del recurso fue presentada antes de ser concedida la apelación, tal hipótesis constituye un supuesto asimilable al de la interposición del recurso acompañado con sus fundamentos; supuesto que, por razones de economía y celeridad, debe ser considerado admisible (CNCivComFed., Sala II, 20-9-91, E.D. 147-286).

Corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación si el apelante omitió fundarlo al momento de su interposición conforme lo normado en el párr. 2° de la ley 10.456 de la Provincia de Santa Fe (CCivCom Rosario, sala II, 27-3-00, L.L. 2001-F-1010, J. Agrup., caso 16.135, y L.L. Litoral, 2001-221, 269-S).

La fundamentación anticipada del recurso de apelación, presentada conjuntamente con el escrito de interposición, no viola la garantía de la defensa en juicio de la contraparte, si ésta consintió tal proceder y sólo se limitó a replicar los argumentos expuestos por el recurrente (STCorrientes, 5-11-98, Rep.L.L. 1999-2159, n° 9, y LL Litoral, 1999-1031).

⁵⁹ Palacio y Alvarado Velloso: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1992, tomo 6°, págs. 126/128.

La expresión efecto suspensivo significa que el otorgamiento del recurso impide la ejecución de lo decidido, de modo que la misma queda condicionada a lo que decida la resolución definitiva del tribunal superior (C1°CivCom Mar del Plata, Sala II, 2-6-98, Rep.L.L. 1999-2168, n° 105).

En virtud de los efectos suspensivos propios de los recursos cesa la jurisdicción del a quo impidiendo que la sentencia recurrida sea ejecutada hasta tanto no exista resolución sobre el recurso (CNTrab, Sala V, 10-10-69, L.L. 139-778, 24.159-S)

Las resoluciones judiciales -salvo recursos concedidos con efecto devolutivo- sólo pueden cumplirse una vez que estén firmes aquéllas (CNCiv., Sala F, 14-7-66, L.L. 124-1133, 14.370-S).

de la decisión, mientras el superior no disponga lo contrario⁶⁰; por lo tanto, quedará firme lo cumplido si el tribunal de apelaciones confirma la resolución impugnada; caso contrario, si se revoca la decisión de primera instancia, resulta nulo todo lo actuado en cumplimiento de la resolución apelada y se debe restituir la situación al estado anterior⁶¹.

Los efectos "inmediato" y "diferido" se relaciona con la oportunidad de sustanciación y decisión del recurso⁶².

12) LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Normas legales

El escrito de "expresión de agravios", dice el art. 265 del CPCCN, debe contener "la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", no bastando la remisión a presentaciones anteriores. El art. 271, a su vez, señala que la sentencia de segunda instancia debe examinar "las cuestiones de *hecho* y de *derecho* sometidas a la decisión del juez de primera instancia *que hubiesen sido materia de agravios*". Y el art. 266 dispone que "*si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera 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*". Tales normas permiten advertir que la expresión de agravios, cumple en el procedimiento de apelación una función en cierta manera análoga a la de la demanda en primera instancia, ya que su contenido delimita la competencia de la segunda instancia y las potestades decisorias del tribunal de alzada⁶³.

Quedan firmes las cuestiones con relación a las cuales no se expresan agravios

Quedan consentidas y firmes⁶⁴ las sentencias, o parte de las mismas, que no han sido

⁶⁰ Hitters: *Técnica de los Recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, págs. 126, 357; Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 82/83.

El efecto devolutivo significa simplemente que su interposición no obsta el cumplimiento o ejecución de la resolución impugnada, a contrario de lo que sucede con el efecto suspensivo, más en modo alguno aquél puede implicar el mantenimiento del *statu quo* anterior al dictado del pronunciamiento cuestionado (CCivCom Rosario, Sala II, 11-6-96, Rep.L.L. 1999-2169, n° 110, y LI Litoral, 1999-126).

⁶¹ Hitters: *Técnica de los Recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 357.

⁶² Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 81, 97 y ss.; Palacio y Alvrado Velloso: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1992, tomo 6°, págs. 126.

⁶³ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 265; Ibañez Frocham: *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Bs. As., La Ley, 1969, pág. 149, n° 54; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 441.

Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos para ante ellos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria (CSJN, 27-12-96, Rep.E.D. 31-709, n° 7).

⁶⁴ Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos ante ellos resolviendo sobre cuestiones que han quedado firmes (CSJN, 1-4-82, Rep.E.D. 16-762, n° 41; 21-3-72, L.L. 151-636, 30.333-S).

La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos: si se prescinde de esa limitación resolviendo cuestiones que han quedado firmes, se causa agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad (CSJN, 18-3-82, Rep.E.D. 16-762, n° 42).

objetadas⁶⁵; es decir con relación a las cuales no se expresan agravios (por más que la resolución haya sido apelada en su totalidad⁶⁶), o no se expresan en forma idónea o suficiente⁶⁷. Debe tenerse en cuenta que el art. 266 del CPCCN establece que cuando se declara desierto un recurso, la sentencia queda firme para el recurrente; con mayor tal consecuencia debe aplicarse a los supuestos en que no se ha interpuesto el recurso.

La expresión de agravios requiere una crítica concreta y razonada del fallo

La expresión de agravios, si bien no está sujeta a formas sacramentales⁶⁸, no es una simple fórmula carente de sentido sino que constituye una verdadera *carga procesal* del apelante que, tal como lo dispone el art. 265 del CPCCN, debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas⁶⁹: debe destacarse en ella los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen a la sentencia recurrida, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones⁷⁰. Lo que se requiere como crítica concreta y razonada del fallo es la exposición de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna, máxime cuando este último ha sido impecablemente expuesto⁷¹. La expresión de agravios debe referirse concretamente a los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la

CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673.

Deben tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el recurrente en la expresión de agravios (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339)

⁶⁵ CApel.CivCom San Martín, Sala II, 3-5-83, E.D. 105-236.

⁶⁶ CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673.

Deben tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el recurrente en la expresión de agravios (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339).

⁶⁷ C2°Apel La Plata, Sala III, 6-3-75, J.A. 28-1975-388.

Si la apelación se redujo en el escrito de interposición o al expresar agravios a atacar determinados puntos de la sentencia, debe tenerse a ésta consentida en lo demás que resuelva (SCBs. As., s/f, *DJBA* 117-301, citado por Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, t. III, pág. 402).

Si la expresión de agravio no contiene una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, con la indicación propia de los supuestos errores de que adolece, se producirá la deserción del recurso (CNCom., Sala C, 16-7-92, E.D. 152-561).

⁶⁸ CCivCom Rosario, Sala II, 31-10-97, Rep.L.L. 2000-2109, n° 16, y LL Litoral 2000-164, 176-S.

⁶⁹ CNCiv., Sala M, 22-5-00, E.D. 188-617; Id. Id., 27-9-00, E.D. 191-414; Id. Sala A, 16-12-99, E.D.186-539; Id., Sala B, 24-4-95, E.D. 166-500, y E.D. 167-488.

La expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada del fallo en grado. Debe ser precisa, expresando con claridad y corrección, de manera ordenada, los motivos de disconformidad, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida al recurso y, sobre todo, de limitar el ámbito del reclamo. Disentir con el criterio del Juez, sin fundamentar la oposición o sin dar bases a un distinto punto de vista, no es expresar agravios (CJSalta, 12-3-03, Libro de Protocolo 83, págs. 805/812).

El contenido de la expresión de agravios se relaciona con la carga que le incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (CNCiv., Sala a, 6-7-98, L.L. 1998-F-842, 40.966-S; id., id., 1-6-98, L.L. 1998-F-149)

⁷⁰ CNCiv., Sala I, 17-12-98, L.L. 1999-C-777, J. Agrup., caso 13.811; Id., Sala A, 10-6-99, L.L. 1999-E-973, J. Agrup., caso 14.441; Id., Id., 25-6-99, L.L. 1999-E-973, J. Agrup., caso 14.446; CNCom., Sala A, 26-3-99, L.L. 1999-C-776, J. Agrup., caso 13.805.

⁷¹ CNCiv., Sala C, 6-5-75, E.D. 67-206; Id., Sala A, 16-12-99, E.D. 186-539; CNCom., Sala A, 21-2-96, E.D. 172-92.

forma que lo ha hecho, precisando punto por punto los errores u omisiones con relación a las cuestiones de hecho o de derecho en que hubiera incurrido⁷². Lo contrario, colocaría al tribunal de segunda instancia en la posibilidad riesgosa de emprender una revisión indiscriminada de la sentencia atacada, apartándose de su función de revisión y control⁷³.

Así como es deber del juez el fundar sus decisiones, el recurrente tienen la carga de demostrar con argumentos adecuados la posible equivocación en la que aquél habría incurrido⁷⁴. Pero si la sentencia apelada contiene afirmaciones meramente dogmáticas, sin dar explicaciones sobre las conclusiones que sostiene, no cabe extremar las exigencias de fundamentación en la expresión de agravios, dado que si no había razonamiento concreto en la sentencia para criticar, no cabe descalificar una expresión de agravios que no se ocupó con mayor detalle de esta cuestión⁷⁵.

No alcanza a constituir la crítica concreta y razonada del fallo las meras reflexiones, consideraciones o afirmaciones genéricas⁷⁶ y dogmáticas⁷⁷; ni las impugnaciones de orden

⁷² Podetti, *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 164; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 440/441; CNCiv., Sala B, 19-9-74, E.D. 59-444; Id., Id., 17-10-91, E.D. 152-342; Id., Sala F, 24-7-79, E.D. 85-263; Id., Sala D, 31-7-79, Rep.E.D. 14-824, n° 99; Id., Sala M, 22-5-00, E.D. 188-617.

Expresar agravios es ejercitar el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y, por ponerlos en evidencia, obtener la modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen (CCivCom San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2109, n° 11, y LLBA, 2000-935).

Presenta serias deficiencias el escrito de expresión de agravios que reitera afirmaciones que fueron desestimadas en las instancias anteriores y cuyos argumentos no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos de hecho y derecho desarrollados para llegar a la solución impugnada (CSJN, 15-10-96, Rep.E.D.31-710, n° 15).

La exigencia del art. 265 del Cód. Procesal se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 26-10-00, L.L. 2001-C-972, J. Agrup., caso 15.769).

La competencia en la alzada sólo se abre para la revisión de la justicia y acierto del decisorio, y no para el dictado de un pronunciamiento "ex novo", por la cual es menester destruir la convicción que emerge de la motivación de la sentencia de primera instancia. Por ello, el recurso debe reputarse técnicamente desierto, cuando sólo se vierte una discrepancia sustancial con el fallo, sin una crítica razonada contra sus fundamentos (C8°CivCom Córdoba, voto de la doctora Zavala de Rodríguez, 9-2-98, Rep.L.L. año 1998, pág. 2163, n° 67, y LLC, 1998-728).

⁷³ CCivCom Santa Fe, Sala I, 5-2-98, Rep.L.L. 1998-2183, n° 283, y LL Litoral, 1998-2-601.

⁷⁴ CNCiv., Sala G, 4-3-97, E.D. 176-87.

No importa una expresión de agravios la presentación que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo (CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190).

⁷⁵ CNCiv., Sala F, 5-3-86, L.L. 1986-E-341, con nota aprobatoria de Jorge W. Peyrano: *Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios*.

⁷⁶ CNFed.CivCom., Sala I, 23-10-84, E.D. 111-592; CNCCom., Sala A, 17-7-78, Rep. E.D. 12-704, n° 77; id., Id., 31-10-97, L.L. 1998-B-906, 40.331-S, y DJ 1998-I-1106; CNCiv., Sala A, 17-3-00, L.L. 2000-D-732, y DJ 2002-2-1259; Id., Sala B, 17-10-91, E.D. 152-342; Id., Sala C, 21-12-83, E.D. 108-379; Id. Id., 6-5-75, E.D. 67-205; Id., Sala E, 22-10-99, L.L. 2000-C-183, y DJ 2000-2-172; Id., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534; Id., Sala I, 30.10.95, L.L. 1998-E-762, 40.794-S, y DJ 1998-3-1226; id., id., 17-12-98, L.L. 1999-C-777, J. Agrup., caso 13.811; Id., Sala J, 26-4-99, L.L. 2000-B-522; Id., Sala M, 27-9-00, E.D. 191-414.

El tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que meramente denotan disconformidad subjetiva con la sentencia y que por eso son insuficientes como fundamentación del recurso (CCivCom, San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2109, n° 12, y LLBA, 2000-935).

general⁷⁸; ni las observaciones generales subjetivas⁷⁹; ni la exposición de argumentos vagos y confusos⁸⁰ o las manifestaciones ambiguas⁸¹; ni las meras lamentaciones⁸²; ni la disconformidad o disentimiento con la solución dada sin dar los fundamentos⁸³, es decir, sin hacerse cargo de las razones por las cuales el magistrado decidió como lo hizo⁸⁴. Tampoco constituye expresión de agravios el escrito en donde se repiten argumentos ya aportados en la contestación de demanda y alegato, no admitidos y rechazados por el sentenciante de grado, con base en fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales⁸⁵. Y menos constituye expresión de agravios la descalificación lingüística o la utilización de frases peyorativas hacia la sentencia, sin cuestionar el fondo de la decisión⁸⁶.

⁷⁷ Aun cuando se admita un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, corresponde declarar desierto el recurso de apelación cuando se limita a aseveraciones genéricas y dogmáticas que no refutan los razonamientos en que se apoya la sentencia, pues tal amplitud de criterio no puede ser llevada al extremo tal que signifique apartarse del art. 265 del Cód. Procesal (CNFedCivCom, Sala II, 27-2-0), L.L. 2001-C-701).

No importa una expresión de agravios las simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso, o que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo (CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190).

⁷⁸ CNCiv., Id., Sala E, 22-10-99, L.L. 2000-C-183, y DJ 2000-2-172; Id., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534.; Id., Sala J, 26-4-99, L.L. 2000-B-522.

⁷⁹ CNCiv., Sala A, 24-9-75, E.D. 66-545.

⁸⁰ CNCiv., Sala C, 18-12-74, E.D. 65-143.

⁸¹ CNCom., Sala B, 7-10-77, Rep.E.D. 11-802, n° 47.

⁸² CNCiv., Sala B, 15-5-79, L.L. 1979-C-76, y Rep.E.D. 13-755, n° 69.

⁸³ CNCiv., Sala F, 6-8-76, E.D. 77-138; Id., Id., 15-9-77, E.D. 81-552; Id., Sala D, 29-11-77, L.L. 1978-C-659, 34.722-S; Id., Id., 14-5-79, E.D. 86-661; Id., Sala E, 25-4-75, E.D. 63-520; Id., Id., 14-6-95, E.D. 166-332; Id., Sala K, 31-8-00, E.D. 191-604; CJSalta, 12-3-03, Libro Protocolo 83, págs. 805/812.

La expresión de agravios no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los razonamientos del juzgador demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (CNCiv., Sala D, 28-9-00, L.L. 2001-D-214).

El mero hecho de disentir con la interpretación dada por el juez, sin dar las bases jurídicas del distinto punto de vista, no es suficiente para sustentar un recurso de apelación (CNFedCont-adm, Sala I, 29-4-97, L.L. 1998-B-537).

"Criticar" es muy distinto que "disentir", pues la crítica significa un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (CNCiv., Sala A, 1-6-98, L.L. 1998-F-149; id., id., 6-7-98, L.L. 1998-F-842, 40.966-S; id., id., 3-2-99, L.L. 1999-D-426, y DJ1999-3-477; CNTrab., Sala I, 31-3-98, Rep.L.L. 1998-2184, n° 296, y DT 1998-B-1469).

⁸⁴ CNCiv., Sala K, 31-8-00, E.D. 191-604.

La simple disconformidad o disentimiento con lo expuesto por el *a quo*, sin fundamentar la oposición o sin dar las bases jurídicas, no importa "crítica concreta y razonada" (CNCiv., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534; Id., Sala A, 8-2-90, E.D. 138-764; CNCom., Sala A, 27-9-89, E.D. 137-657; Id., Sala C, 17-5-88, E.D. 135-562).

Disentir con la interpretación judicial sin fundamentar debidamente su oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no constituye expresión de agravios (CNCivComFed., sala I, 23-4-96, E.D. 174-658).

Corresponde declarar la deserción del recurso de apelación, cuando el apelante no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo* sino que se limita a reeditar objeciones ya planteadas infructuosamente en las instancias anteriores, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos de hecho y derecho dados por el *a quo* para llegar a la decisión impugnada (CSJN, 13-2-01, L.L. 2001-F-1012, J. Agrup., caso 16.154).

⁸⁵ CFed. Mendoza, Sala B, 7-8-96, L.L. 1998-B-899, 40.307-S.

No constituye expresión de agravios la presentación en donde el recurrente repite casi textualmente las razones dadas al oponer excepción de inhabilidad de título, lo que no alcanza para rebatir los fundamentos de la sentencia en grado (CFed. Mendoza, 6-6-95, L.L. 1998-B-874, 40.192-S).

⁸⁶ La repentina violencia -incluso la descalificación lingüística -no es indicio de verdadero valor. Por lo tanto, resulta incomprensible por qué, quienes expresaron agravios no cuestionaron el fondo de la decisión y sólo

Si la expresión de agravios no reúne los requisitos exigidos, en el sentido de que no contiene una crítica concreta y razonada de los puntos del fallo que le ocasionan gravamen, ello autoriza a declarar desierto el respectivo recurso (art. 266 CPCCN)⁸⁷.

No obstante lo expuesto, la valoración de la expresión de agravios a los fines de determinar si reúne los requisitos necesarios para mantener el recurso de apelación, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio⁸⁸. Por ello deben ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos, aunque se trate de presentaciones precarias que satisfacen con el mínimo de técnica exigido las exigencias procesales, con lo que se logra la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de la defensa en juicio⁸⁹, y la delimitación en forma restrictiva del ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante⁹⁰. En caso de dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener por cumplida la susodicha carga⁹¹.

La expresión de agravios puede referirse a la valoración de los hechos y pruebas, o a la aplicación del derecho

El recurso de apelación se encuentra dirigido a atacar el pronunciamiento del juez que se entiende basado en una errónea apreciación de los hechos o equivocada inteligencia de las normas aplicables⁹². La crítica de la sentencia debe consistir en la indicación, pormenorizada, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen a la sentencia, mediante el desarrollo analítico de las cuestiones en debate, con los argumentos jurídicos y *fácticos* que fueren pertinentes para desvirtuar los que sustentan el fallo impugnado⁹³; debe

pusieron esmero en convocar la atención de la alzada con frases peyorativas hacia la sentencia y anécdotas inconducentes, de manifiesta oquedad, que las privan de sustento y dejan en estado de indefensión a sus representados (CNCiv., Sala G, 11-11-00, E.D. 191-238).

⁸⁷ CNCiv., Sala A, 3-7-92, E.D. 149-659; CNCom., Sala A, 31-8-99, L.L. 2000-A-609, J. Agrup., caso 14.736.

⁸⁸ CNCiv., Sala H, 27-9-95, E.D. 166-516; Id., Id., 24-5-99, E.D. 185-535.

La facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que se afecte arbitrariamente el derecho de defensa en juicio (CCivCom San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2127, n° 218, y LLBA, 2000-935).

⁸⁹ CNCiv., Sala H, 27-9-95, E.D. 166-515.

No cabe extremar los recaudos formales cuando en las expresiones de agravios se advierte un mínimo de crítica concreta y razonada del decisorio apelado (CFed. Mendoza, 6-6-95, L.L. 1998-B-874. 40.192-S).

Cabe aplicar un criterio de amplia tolerancia para evaluar la suficiencia de la expresión de agravios, pues tal criterio es el que mejor armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por el art. 265 del Cód. Procesal con la garantía constitucional de la defensa en juicio (CNCom., Sala A, 24-9-97, L.L. 1998-A-422).

⁹⁰ CNCiv., Sala H, 13-3-01, Rep.L.L. 2001-1801, n° 1;.

⁹¹ CCivCom Rosario, Sala IV, 16-9-97, Rep.L.L. 1998-2183, n° 287, y LL Litoral, 1998-I-1058.

⁹² CNCont.-adm., Sala IV, 17-5-01, Rep.E.D. 35-1230, n° 3.

Las razones expuestas en el memorial deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la solución impugnada (CSJN, 15-10-96, Rep.E.D. 31-710, n° 16).

⁹³ CNCiv., Sala C, 10-12-81, E.D. 98-577.

Cuando se trata de cuestiones de hecho incumbe al apelante señalar detenidamente al tribunal de apelación el material sobre el cual éste debe reflexionar. De otro modo, el tribunal perdería la posición de

exponer, punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen al fallo en la aplicación del derecho o en la apreciación de los *hechos y su prueba*, bajo el riesgo de que se declare desierto el recurso (art. 266 CPCCN)⁹⁴, y se tenga por consentida toda decisión no objetada adecuadamente⁹⁵. Como señala Podetti, quien intenta la revisión de un fallo debe indicar "por qué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto lo que considera errores de *hecho* o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos".

Si considera el recurrente que existen errores cometidos por el juez en la apreciación de la *prueba*, debe analizarla destacando los errores que atribuye a la interpretación que se hace en la sentencia⁹⁶; es decir, debe el apelante indicar por qué considera que el juez ha meritado mal la prueba, o ha omitido valorar alguna que puede ser decisiva, o ha dejado de decidir cuestiones planteadas⁹⁷. No resultan suficientes las afirmaciones genéricas sobre la prueba⁹⁸, sin precisarse el yerro o desacierto en que incurre el juzgador en sus argumentos, ni las impugnaciones de orden genérico, ni la remisión al alegato de bien probado⁹⁹. Carece de eficacia argumentar con elementos que no han sido probados¹⁰⁰.

La expresión de agravios no puede remitirse a escritos anteriores a la sentencia

La expresión de agravios debe ser autosuficiente y completa¹⁰¹; debe autoabastecerse en el propio escrito que la contiene¹⁰². No constituye expresión de agravios la remisión a escritos anteriores a la sentencia¹⁰³, por cuanto lo que se debe criticar es el razonamiento del

observador que ha de mantener para convertirse en asistente intelectual de la parte (CNCom., Sala D, 16-3-95, L.L. 1998-D-874, 40.640-S).

No tiene trascendencia recursiva la queja que se revela como una mera discrepancia, sin sustento fáctico ni jurídico que permita revertir la conclusión que se cuestiona (CNTrab., Sala VIII, 23-10-97, Rep.L.L. 1998-2181, n° 268, y DT 1998-A-548).

⁹⁴ CNCiv., Sala E, 14-6-95, E.D. 166-331.

En virtud de lo establecido por el art. 265 del cód. procesal, pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 24-4-95, E.D. 167-488 y E.D. 166-500).

⁹⁵ CApelCivCom San Martín, Sala II, 3-5-83, E.D. 105-236.

⁹⁶ CNCiv., Sala C, 6-5-75, E.D. 67-206.

⁹⁷ Podetti, *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 163/164.

⁹⁸ No constituyen expresiones de agravios idóneas las afirmaciones genéricas sobre pruebas, el disentimiento con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas, la mera disconformidad subjetiva con la sentencia, o las generalizaciones y apreciaciones dogmáticas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo (CNCom., Sala B, 31-10-97, L.L. 1998-B-906, 40.331-S, y DJ 1998-I-1106).

⁹⁹ CSJN, 15-7-76, Rep. E.D. 10-937, n° 62 CNCiv., Sala E, 11-8-76, L.L. 1977-A-512.

Las afirmaciones dogmáticas, que no se apoyan en la prueba producida, debidamente individualizada, no son idóneas para sustentar una verdadera expresión de agravios (CNTrab., Sala I, 31-3-98, Rep.L.L. 1998-2181, n° 265, y DT 1998-B-1662).

¹⁰⁰ CNTrab., Sala VI, 29-9-99, Rep.L.L. 2000-2108, n° 1, y DT 2000-A-400.

¹⁰¹ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 443.

¹⁰² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 267.

¹⁰³ CSJN, 18-8-73, Rep.L.L. XXXIV-1364, n° 133; SC Bs. As., 16-4-63, Rep.L.L. XXVI-1266, n° 152; CNCiv., Sala A, 23-11-71, L.L. 149-548, 29.757-S; Id. Id., 17-12-73, E.D. 56-315; Id., Sala B, 10-10-67, L.L. 129-1002, 16.542-S; Id., Sala C, 1-6-65, L.L. 119-772; Id. Id., 22-6-78, E.D. 82-432; Id., Sala D, 19-4-68, L.L. 134-433; Id., Sala E, 14-4-67, Rep.L.L. XXVIII-2397, n° 311; Id., Sala F, 19-8-76, L.L. 1977-A-548, 33.960-S; Id., Sala M, 27-9-00, E.D. 191-414; CNCom., Sala A, 20-11-78, L.L. 1979-A-407.

juez¹⁰⁴, y resulta obvio que una presentación anterior no puede atacar una resolución posterior¹⁰⁵. Y así como no constituye expresión de agravios la remisión a un escrito anterior a la sentencia que fue analizado por el juzgador, tampoco vale como tal la presentación que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo¹⁰⁶.

Sí es posible, en cambio, la adhesión a la expresión de agravios presentado por otro de los litisconsortes con igual interés, al tratarse de una presentación posterior en donde se hace la crítica concreta y razonada de la resolución apelada¹⁰⁷. Constituiría un exceso ritual manifiesto hacerle repetir a un litisconsorte en forma textual lo que dice el otro, si *brevitatis causae* puede adherirse a los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por otro litisconsorte, evitando reiteraciones innecesarias y superfluas¹⁰⁸.

Así, concretamente en materia fáctica se ha considerado que no cumple con la obligación de expresar agravios la sola reproducción del alegato hecho antes de la sentencia de primera instancia¹⁰⁹; o la remisión al escrito de responde de la demanda¹¹⁰; o la reiteración de argumentos hechos valer en oportunidad de la impugnación de la pericia¹¹¹.

12) LA CONTESTACIÓN A LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

La contestación de la expresión de agravios es el acto procesal en donde la parte apelada responde o refuta los argumentos expuestos por el apelante para atacar a la sentencia

¹⁰⁴ CNCiv., Sala B, 15-5-79, L.L. 1979-C-76, y Rep.E.D. 13-755, n° 70; Id., Sala C, 14-7-77, Rep.L.L. XXXVIII-1655, n° 183.

A los efectos de fundar la apelación ante la alzada no procede remitirse a los argumentos sostenidos en primera instancia, pues el recurrente debe realizar una crítica razonada y concreta de las cuestiones resueltas por el *a quo*, a fin de que el tribunal tome conocimiento de los pretendidos errores del fallo (CNCiv., Sala C, 24-10-67, E.D. 21-114).

¹⁰⁵ CNCCom., Sala D, 23-4-87, L.L. 1998-E-828, J. Agrup., caso 13.232.

¹⁰⁶ CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190.

¹⁰⁷ CNCiv., Sala C, 2-2-71, L.L. 144-536, 27.115-S. Conf. Levitán: *Recursos en el proceso civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1986, pág. 84.

Restar eficacia a la adhesión a la expresión de agravios del litisconsorte significa imponerle al impugnante un rigorismo ritual que se traduce en un cercenamiento de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues no existen motivos para hacerle repetir a un colitigante en forma textual lo que dice el otro, si *brevitatis causa*, puede adherirse a sus fundamentos evitando reiteraciones superfluas e innecesarias (SC Bs. As., voto de la mayoría, 2-3-99, E.D. 182-444).

¹⁰⁸ SC Bs. As., 2-3-99, Rep.L.L. 1999-2183, n° 262; E.D. 182-444; LLBA 1990-460, y DJBA 156-1678.

¹⁰⁹ CSJN, 22-11-72, L.L. 150-723, 30.188-S; CNCiv., Sala A, 13-9-79, L.L. 1979-D-505; Id., Sala C, 4-9-64, L.L. 116-584; Id. Id., 21-9-76, E.D. 71-395; Id., Sala D, 9-9-66, L.L. 125-760; id., Sala E, 13-3-69, L.L. 136-1026, 21.835-S.

Mal puede considerarse que ha habido un desacierto en la sentencia cuando la fundamentación de la apelación concedida es una reiteración de lo ya expresado al tiempo de los alegatos (CNCiv., sala J, 9-2-00, E.D. 190-401).

¹¹⁰ CNPaz, Sala II, 13-4-71, L.L. 146-542.

¹¹¹ CNCiv., Sala B, 23-8-77, E.D. 75-552.

en grado. Si los agravios del apelante impugnan las conclusiones de la sentencia referidas a la cuestión sustancial discutida en el litigio, a ellas deberán referirse las argumentaciones de la contestación¹¹².

Si el apelado no contestare oportunamente el escrito de expresión de agravios, dice el art. 267 CPCCN), "no podrá hacerlo en adelante y la instancia seguirá su curso". Pero el silencio de la contraparte del apelante no produce, en la actuación recursiva, disfavor ninguno respecto de la posición procesal lograda en la sentencia, dado que no hay norma que establezca tal consecuencia¹¹³.

13) HECHOS NUEVOS Y PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Generalidades

La alegación de hechos nuevos y la producción de pruebas sólo es admisible en el recurso concedido libremente, no en el concedido en relación

Tal como se desprende de los arts. 260 y cc. del CPCCN, la alegación de hechos nuevos y la producción de pruebas sólo es admisible cuando el recurso de apelación ha sido concedido en forma libre, lo que sólo tiene lugar cuando se apela de la sentencia definitiva recaída en los juicios ordinarios y sumarios (art. 243 del mismo Código, aunque la ley 25.488 ha suprimido este último juicio). En cambio, resulta inadmisibles en el recurso concedido en relación, tal como lo establece el art. 275, segundo párrafo, del citado Código que textualmente dice: "no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos"¹¹⁴. Hay, sin embargo, ordenamientos provinciales que permiten la producción de pruebas en el recurso en relación; así, por ejemplo, el Código de Santa Fe (art. 379 y cc.).

Necesidad del mantenimiento de la apelación principal para la viabilidad de las peticiones del art. 260 del CPCCN

El tratamiento de las cuestiones a que se refiere el art. 260 del ordenamiento nacional, y la consecuente producción de la prueba respectiva en su caso, sólo puede hacerse si se mantiene el recurso concedido en forma libre contra la sentencia definitiva apelada. Carecería de sentido alegar hechos nuevos o producir pruebas si la citada sentencia ha quedado firme,

¹¹² Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 186.

Si es el caso, en el escrito de contestación debe el interesado alegar los motivos por los que considera que el recurso ha sido mal concedido; o que el escrito presentado por el apelante no reúne los requisitos mínimos para ser considerado expresión de agravios, por lo que debe declararse desierto el recurso (art. 266 CPCCN); o, fundando un recurso de nulidad, los actos supuestamente viciados o defectuosos (ver Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 186).

¹¹³ CNCom., Sala D, 15-9-99, L.L. 2000-F-74.

¹¹⁴ Cuando el recurso de apelación se concede en relación, el Tribunal debe fallar teniendo en cuenta las actuaciones en primera instancia, no pudiendo abrirse la causa a prueba ni alegarse hechos nuevos conforme lo establece el art. 275 del Cód. Procesal (CNCiv., Sala E, 26-12-97, L.L. 1998-E-826, J. Agrup., caso 13.213; 29-5-00, E.D. 191-392).

ya sea por desistimiento o deserción del recurso, o porque se haya declarado la inadmisibilidad¹¹⁵.

La interpretación en materia de prueba en segunda instancia

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que la apertura a prueba en segunda instancia es excepcional; y los supuestos de admisibilidad, de interpretación restrictiva¹¹⁶.

Oportunidad de hacer los planteos del art. 260 del CPCCN

Cada parte debe hacer los planteos contemplados en los distintos incisos del art. 260 del CPCCN, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo 259 (la que ordena poner el expediente en la oficina para expresar agravios), y en un solo escrito. El plazo en cuestión es de carácter perentorio (art. 155 CPCCN), y de carácter individual en cuanto corre independiente para cada parte a partir de su notificación.

Replanteo de pruebas en segunda instancia

Concepto

Este instituto está contemplado en el art. 260, inc. 2° del CPCCN que establece que, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para la presentación de agravios) deberán las partes *"indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los arts. 379 y 385 in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna"*. O sea, el replanteo de pruebas es la solicitud formulada ante el tribunal de alzada de que se diligencien pruebas que hayan sido denegadas por el tribunal inferior o que hubiere mediado declaración de negligencia en su producción, petición que, como ya se indicó, sólo lo pueden hacer las partes en los recursos libremente concedidos.

El instituto de replanteo de pruebas en segunda instancia se organiza para lograr el acabado cumplimiento del principio constitucional de la defensa en juicio y como contrapeso de la inapelabilidad que, por razones de celeridad y economía de trámite, instituyen los citados arts. 379 y 385 del CPCCN¹¹⁷. Por ello el replanteo de prueba no exige que el interesado haya apelado de la resolución del juez que deniega la prueba o declara la

¹¹⁵ La denuncia de hecho nuevo y el pedido de apertura a prueba en Cámara pierden entidad ante la falta de sustentación del recurso; circunstancia que ocurre en el caso pues en el escrito de agravios se ha omitido la formulación de crítica concreta y razonada contra los fundamentos del fallo atacado (CNCiv., Sala C, 21-10-99, E.D. 190-574, SJ-745).

¹¹⁶ CNCiv., Sala A, 12-5-80, Rep.E.D. 15-753, n° 26; id., Sala C, 17-8-99, E.D. 185-688, SJ-432; id., Sala D, 29-9-87, L.L. 1988-B-508; id., Sala E, 12-4-76, Rep.E.D. 10-886, n° 48; id., id., 11-4-77, L.L. 1978-B-671, 34.639-S; id., id., 20-8-99, E.D. 185-688, SJ-430; id., Sala G, 23-2-81, E.D. 96-382; id., id., 14-12-83, L.L. 1984-C-160; id., Sala F, 13-4-77, L.L. 1977-C-642, 34.220-S; CApelCivCom Santa Fe, Sala I, 31-7-80, Rep.L.L. XLII-1919, n° 21

¹¹⁷ CNCiv., Sala D, 31-8-79, Rep.E.D. 14-772, n° 44; Id., Sala C, 16-2-99, E.D. 186-590, SJ-519; Id., Id., 11-6-99, L.L. 1997-A-346, 39.180-S; CNFed.CivCom, Sala I, 18-2-99, L.L. 1999-E-415.

negligencia en su producción¹¹⁸.

Supuestos en que procede

El replanteo de la prueba en la Alzada sólo es admisible, como ya se destacó, en los procesos en donde el recurso de apelación contra la sentencia definitiva es concedido libremente; más no en las apelaciones concedidas en relación, como ocurre en los juicios ejecutivos¹¹⁹, o en los incidentes¹²⁰.

Las medidas de prueba que pueden ser replanteadas en segunda instancia son: **a)** Las medidas denegadas en primera instancia: en tal sentido, dice el art. 379 del CPCCN, luego de establecer la inapelabilidad de las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas que *"si se hubiere negado alguna medida, la parte interesada podrá solicitar a la Cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva"*, habiéndose entendido que la norma permite el replanteo, no sólo frente a la negativa injustificada a proveer las probanzas en primera instancia¹²¹, sino frente a todo supuesto que haya significado la privación de una prueba¹²²; **b)** aquellas respecto de las cuales hubiere mediado declaración de negligencia conforme a la última parte del art. 385, que textualmente dispone que en los casos que se declare la negligencia en la producción de una prueba, *"quedará a salvo el derecho de los interesados para replantear la cuestión en la alzada, en los términos del art. 260 inc. 2"*¹²³.

Debe tenerse en cuenta que no cualquier denegación de prueba o declaración de negligencia autoriza el replanteo en la alzada, sino que sólo puede ser admitido en los casos de pruebas "mal denegadas" o de negligencias "mal decretadas" en primera instancia¹²⁴. No

¹¹⁸ CNCiv., Sala C, 17-8-99, E.D. 185-688, SJ 432; id., Sala G, 23-11-84, L.L. 1985-A-252; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 278.

¹¹⁹ CApelCivCom Azul, Sala II, 10-2-00, E.D. 187-437; Rep.L.L. 2000-1993, n° 58; LLBA, 2000-1216, y DJBA, 150-111.

¹²⁰ CCivCom Azul, 22-9-98, Rep.L.L. 1999-2027, n° 91; LLBA, 1999-322, y DJBA 155-8249.

¹²¹ CNCiv., Sala E, 4-6-81, Rep.E.D. 18-821, n° 59.

¹²² Dice Eisner que no hay dudas de que dentro de tales expresiones quedan comprendidos todos los supuestos de caducidad de pruebas ya sea que tal caducidad o decaimiento se pronuncie por reputarse que ha habido negligencia de mera apreciación judicial o por mandato de la ley en los supuestos de abandono culpable que ha dado en llamarse de "caducidad automática" (Eisner, Isidoro: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410).

La caducidad automática de la prueba declarada por el juez de primera instancia, que cuando obedece - como en el caso- a causas extrañas a la actuación de la parte queda equiparada a la denegación de prueba, debe entenderse comprendida en las medidas a que se refiere el art. 255, inc. 2° del Cód. Procesal de la Pcia. de Bs. As. (SC Bs. As., 28-5-74, Rep.L.L. XXXVI-1107, n° 64).

Procede el replanteo y por lo tanto la apertura a prueba en segunda instancia en el caso de prueba caduca, siempre que haya error en la resolución pertinente (CNCCom., Sala C, 9-8-74, L.L. 156-808, 31.644-S).

Es de aplicación el art. 260, inc. 2° del Cód. Procesal, porque si el juez ordenó el desglose de una documentación acompañada por la actora, ello equivale a denegar la prueba en los términos del art. 370 del mismo Código (CNCiv., Sala G, 23-11-84, L.L. 1985-A-252)

¹²³ Eisner, Isidoro: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410

¹²⁴ CNCiv., Sala A, 4-8-81, Rep.E.D. 18-821, n° 64; id., id., 30-4-81, L.L. 1981-C-449, y E.D. 94-441; id., id., 17-2-85, L.L. 1985-C-651, 36.899-S; id., Sala B, 24-7-69, E.D. 30-768; id., Sala C, 8-4-80, Rep.E.D. 15-754, n° 35; id., Sala E, 4-6-81, Rep.E.D. 18-821, n° 59; id., Sala G, 2-4-98, L.L. 1998-E-474, y DJ 1998-3-914. Conf. Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" -

corresponde, entonces, si la decisión del juez de primera instancia se ajusta a derecho¹²⁵, como ocurre cuando se deniega la prueba porque ha sido propuesta en forma extemporánea¹²⁶, o se refiere a hechos extraños a la litis¹²⁷, o su realización resulta innecesaria¹²⁸, o se trata de documentos que se los tuvo por no presentados por no haberse acompañado las copias a que se refiere el art. 120 del CPCCN¹²⁹, o de testigo cuya declaración fue desistida en primera instancia¹³⁰, o de testigos que exceden el número máximo autorizado por la ley¹³¹; tampoco procede el replanteo en los supuestos de pruebas olvidadas de producir¹³²; o cuando resulta manifiesta la negligencia declarada¹³³, porque se ha demostrado la falta de actividad¹³⁴, o de interés en su diligenciamiento¹³⁵.

Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104/105.

La solicitud de replanteo de prueba en la alzada sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia o caducidad respecto de ellas, para lo cual la petición deberá ser fundada, justificando el interesado que de su parte no medió demora, desidia o desinterés en la producción de la respectiva diligencia (CNCiv., Sala A, 30-3-92, E.D. 148-515).

El denominado replanteo de pruebas requiere como principal presupuesto de admisibilidad que el apelante haya satisfecho adecuadamente la carga de aportar razones fehacientes que sirvan para sostener su pretensión, justificando que de su parte no medió desidia, desinterés o demora en diligenciar los elementos probatorios denegados (CNCiv., Sala A, 25-3-92, E.D. 147-599).

¹²⁵ CNCiv., Sala A, 12-2-70, E.D. 31-270.

¹²⁶ CNEspCivCom, Sala V, 16-12-75, RepL.L. XXXVI-1107, n° 62.

¹²⁷ CNCiv., Sala B, 11-6-70, E.D. 34-403.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 364 del Cód. Procesal no corresponde admitir en la alzada la producción de prueba que no se refiere a ningún hecho articulada por las partes en los escritos que motivaron la traba de la litis (CNCiv., Sala A, 2-9-69, E.D. 29-126).

¹²⁸ CNCiv., Sala A, 7-8-69, E.D. 31-264.

¹²⁹ CNCom., Sala A, 2-9-75, L.L. 1976-A-221.

¹³⁰ CNCiv., Sala A, 6-11-69, E.D. 31-262.

¹³¹ CNCiv., Sala C, 13-10-71, E.D. 40-548.

¹³² CCivComMinería San Luis, 28-2-98, Rep.L.L. 1999-2026, n° 87, LL Gran Cuyo, 1999-819.

¹³³ CNCiv., Sala B, 18-12-69, E.D. 31-262; id., Sala E, 17-5-76, L.L. 1976-D-439; id., Sala F, 23-8-74, E.D. 58-267; CNCom., Sala C, 9-8-74, E.D. 58-653. Conf. Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" - Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104/105.

No puede estar en el espíritu de la norma que anima el art. 260 inc. 2° del Cód. Procesal, el pedido de la parte para que se supla en la alzada la prueba perdida en primera instancia merced a una negligencia manifiesta (CNCiv., Sala F, 12-8-69, E.D. 31-256).

¹³⁴ CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-129.

No procede replanteo de la prueba informativa en segunda instancia si la parte fue declarada negligente por no haber urgido el pedido de informes (CNCiv., Sala A, 2-3-69, E.D. 27-228).

Sólo es viable el replanteo de prueba cuando hubiera negativa a proveer pruebas o cuando la negligencia decretada no fuere oportuna, situación que no se da en el caso en que la decisión del juez de declarar negligente a la parte demandada en la producción de la prueba confesional e informativa, fue acertada, toda vez que ni se notificó al representante legal de la actora para que concurriera a absolver posiciones, ni se urgió el pedido de informes (CNCiv., Sala A, 20-3-69, E.D. 27-228).

Debe rechazarse el pedido de replanteo de la prueba testifical, si el actor se vio privado de ella por no haber activado los trámites tendientes a lograr su producción, siendo, en consecuencia, oportuna, la caducidad decretada en primera instancia (CNCiv., Sala D, 19-8-72, E.D. 52-520).

La solicitud de apertura a prueba en segunda instancia debe ser rechazada por inadmisibles cuando dichas medidas pudieran producirse en primera instancia de haber actuado en forma diligente la parte proponente (CCivComLab, Posadas, Sala II, 24-4-97, L.L. 1998-F-869, 41.042-S, y LL Litoral, 1998-2-98).

Es inadmisibles la solicitud de apertura a prueba en 2° instancia si las medidas que se solicitan no se produjeron en 1° instancia por la parte interesada al haberse agotado el plazo de prueba fijado a tal fin (CApelConcepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 21-3-97, L.L. 1998-E-805, 40.935-S, y LL Litoral 1998-I-805).

¹³⁵ CNCiv., Sala A, 11-2-70, E.D. 31-284; id., id., 10-12-81, L.L. 1982-B-303

De lo expuesto se infiere que, para que la prueba haya podido ser "mal denegada", o se haya declarado equivocadamente la negligencia en su producción, resulta indispensable que la prueba que se pretende replantear haya sido propuesta en primera instancia. Por el contrario, no se puede hacer uso de la facultad de replantear una prueba si la misma no ha sido ofrecida oportunamente¹³⁶.

El replanteo de prueba en la Alzada, entonces, es pertinente para pretender la producción de pruebas en segunda instancia, pero no para reclamar que se tenga por no producida prueba realizada en primera instancia¹³⁷.

Quienes pueden hacer el replanteo

Conforme surge del art. 260 inc. 2° del CPCCN, el replanteo de pruebas puede ser realizado por cualquiera de las partes, tanto el que haya apelado la sentencia definitiva de primera instancia, como el que no lo haya hecho¹³⁸; el vencedor que no ha apelado también puede tener interés en la producción de la prueba para reafirmar su posición cuando la cuestión principal está pendiente de resolución como consecuencia de la apelación deducida por la parte contraria¹³⁹. Pero debe ser la parte que ofreció la prueba en primera instancia, y no la contraria¹⁴⁰.

Contenido del escrito de replanteo de pruebas

La petición de replanteo de prueba, según lo establece el art. 260 inc. 2° del CPCCN, debe ser "*fundada*". Debe el interesado, entonces, a más de formular la solicitud de replanteo, indicar los motivos por los que considera que ha sido errónea la decisión del juez de primera instancia, y consecuentemente, por lo que entiende procedente su producción en la segunda instancia. Ello significa que el escrito en que se formula el replanteo debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución de primera instancia que denegó la prueba o declaró la negligencia en su producción, señalando sus errores, en forma similar a lo que ocurre cuando

¹³⁶ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 280; Hitters: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 486; CNCiv., Sala A, 6-11-69, E.D. 31-262; id., Sala B, 5-12-69, E.D. 31-263; id., Sala C, 19-12-68, L.L. 135-582, y E.D. 26-430; id., Sala E, 8-2-85, L.L. 1985-B-80; CApelCivCom Morón, Sala II, 14-11-78, Rep.L.L. XXXIX-1671, n° 85

El art. 260 del Cód. Procesal no ampara, mediante el replanteo, los casos en que la parte no ofreció prueba (CNCiv., Sala A, 12-2-80, L.L. 1980-D-191; id., Sala C, 19-12-68, E.D. 26-430).

¹³⁷ CNCCom., Sala D, 23-11-93, E.D. 157-247.

¹³⁸ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 466, n° 5, comentario al art. 260; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 484/485.

¹³⁹ En sentido contrario, Colerio dice que el agravio por la privación de la prueba debe verse reflejado en una sentencia definitiva adversa, pues si esta última hace lugar a la pretensión, defensa o excepción, al desaparecer el agravio, la cuestión del replanteo se vuelve abstracta (Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" - Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104).

¹⁴⁰ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 466, n° 5; CNCiv., Sala E, 10-7-78, Rep.E.D. 13-698, n° 58; id., Sala C, 6-10-70, E.D. 37-89

se trata de un memorial o expresión de agravios, en los términos del art. 265 del CPCCN¹⁴¹. Como dice Hitters, el proponente de la prueba tiene que indicar las razones demostrativas de las necesidades de la prueba, debiendo paralelamente llevar a cabo una crítica concreta y razonada de los defectos de la decisión de primera instancia¹⁴².

Criterio restrictivo

La jurisprudencia ha señalado que la apertura a prueba en la alzada es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva¹⁴³. El mismo criterio se ha seguido con relación al replanteo de prueba en segunda instancia; y por ello se ha requerido que la petición sea debidamente fundada, en forma similar a lo que ocurre con el memorial o expresión de agravios¹⁴⁴, pues la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo sólo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada¹⁴⁵. Sin embargo, con un criterio más flexible, se ha señalado que si bien la admisibilidad del replanteo de prueba en segunda instancia debe ser interpretado en forma restrictiva por su carácter excepcional, es preciso tener en cuenta que este remedio está previsto para lograr el cumplimiento del principio de la defensa en juicio y como contrapeso de la inapelabilidad que rige en esta materia (art. 379 CPCCN), por razones de economía procesal, evitando así la privación arbitraria o errónea de la prueba¹⁴⁶. En alguna oportunidad se ha considerado preferible la aplicación de un criterio amplio al respecto¹⁴⁷.

¹⁴¹ CNCiv., Sala A, 16-7-68, E.D. 26-431; íd., íd., 4-8-81, Rep.E.D. 18-821, n° 66; íd., íd., 5-2-81, L.L. 1981-C-601; íd., Sala C, 17-2-70, E.D. 31-283; íd., íd., 14.12-83, L.L. 1984-C-160; íd., Sala E, 27-7-72, Rep. E.D. 6-1008, n° 50; íd. íd., 3-3-82, Rep. E.D. 18-821, n° 67; íd., íd., 20-8-99, E.D. 185-688, SJ-430; Id., Id., 30-11-99, E.D. 190-578, SJ-760; Id. Sala G, 11-6-96, L.L. 1997-A-346, 39.180-S; CNCom., Sala C, 8-4-80, L.L. 1980-D-748, 35-643; íd., Sala D, 16-12-80, Rep.E.D. 15-755, n° 41.

En virtud de la inapelabilidad de las medidas dispuestas en materia probatoria, el código procesal permite el replanteo en la alzada cuando el expediente llega para el dictado de la sentencia definitiva, pero tal solicitud obviamente sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia o caducidad respecto de ellas, para lo cual la petición deberá ser fundada, justificando el interesado que de su parte no medió demora, desidia o desinterés en la producción de la respectiva diligencia (CNCiv., Sala A, 30-3-92, E.D. 148-515).

El replanteo de prueba en la Alzada requiere como presupuesto de admisibilidad que la petición sea adecuadamente fundada, lo cual implica aportar las razones fehacientes que sirvan de fundamento suficiente para hacer viable la medida, justificando que no es imputable al apelante la desestimación de la prueba en la anterior instancia. Ello, pues la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia siendo sólo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188).

¹⁴² Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 485.

¹⁴³ CNCiv., Sala A, 12-5-98, L.L. 1998-D-431, y DJ 1998-3-977

¹⁴⁴ CNCiv., Sala C, 16-2-99, E.D. 186-590, SJ-519; Id., Id., 30-11-99, E.D. 190-578, SJ-760.

La procedencia de la apertura a prueba en segunda instancia es de interpretación restrictiva. La petición en tal sentido debe ser fundada, reunir las condiciones de una verdadera expresión de agravios, señalando mediante una crítica concreta y razonada cuál fue el error en que incurrió el a quo al declarar la negligencia y justificar ante tal declaración que la parte ha sido diligente (CNCiv., Sala G, 11-6-96, L.L. 1997-A-346, 39.180-S).

¹⁴⁵ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188.

¹⁴⁶ CFedCivCom, Sala I, 18-2-99, L.L. 1999-E-415.

¹⁴⁷ Corresponde adoptar, respecto de la admisibilidad de prueba en segunda instancia, un criterio amplio y compatible con la adecuada defensa de los derechos en juicio; máxime, cuando se trata de un hecho denunciado por una de las partes que puede ser conducente para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva el cual se

Requisitos formales y trámite

Para hacer el replanteo de pruebas en la alzada -según ya se dijo- no es necesario haber apelado oportunamente de la resolución de primera instancia que denegara la prueba o declarara la negligencia en su producción.

Debe presentarse el escrito dentro del plazo de cinco días previsto en el art. 260 del CPCCN, el que, según ya se dijo, es de carácter perentorio (art. 155 del mismo Código) e individual. La petición debe resolverse sin sustanciación.

El tribunal de apelación es el que debe pronunciarse sobre la procedencia o no del replanteo, dado que la resolución respectiva excede de una providencia simple o de mero trámite que pueda ser dictada por el presidente conforme al art. 273 del CPCCN. La sentencia debe ser fundada¹⁴⁸.

En caso de prosperar el planteo, además de modificar la decisión de primera instancia, determina -y es ésta la gran particularidad del instituto- que el mismo tribunal de alzada ordene diligencias y reciba ante sí la prueba en cuestión¹⁴⁹. A tales efectos debe abrirse la causa a prueba para la producción de la propuesta (art. 260 inc. 5°, ap. b, CPCCN)¹⁵⁰, salvo que se tratara de supuestos en que no resultara necesario hacerlo, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una prueba documental agregada al expediente y que haya sido reconocida por la contraria, o de un instrumento público¹⁵¹. Las cuestiones vinculadas a las pruebas que deban producirse en la alzada "*se regirán, en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia*" (art. 262 CPCCN).

Documentos posteriores a la providencia de autos o anteriores desconocidos

El art. 260 inc. 3° del CPCCN permite también a las partes, dentro de los cinco días de notificada la providencia que ordena que el expediente sea puesto en la oficina para expresar agravios, "*presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos*"¹⁵².

pretende acreditar mediante la agregación de dicha prueba, y porque las normas regulatorias de la presentación de documentos en el proceso no son de orden público (CNFedCivCom, Sala II, 4-3-99, L.L. 2000-B-406).

¹⁴⁸ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 469, n° 9, comentario al art. 260; Yáñez Álvarez: *El replanteo de pruebas en la alzada*, J.A., doctrina, 1969-579; Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 215/216.

¹⁴⁹ Eisner: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410

¹⁵⁰ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 280.

¹⁵¹ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 469, n° 11, comentario al art. 260.

¹⁵² El art. 260 inc. 3° del Cód. Procesal establece una excepción al principio de que las sentencias judiciales deben remitirse al estado de cosas existentes al momento de la traba de la litis, pues por razones de economía procesal o por el debido resguardo de la verdad jurídica objetiva, se impone considerar al sentenciar aquellos hechos sobrevinientes que -sin varias las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho

Los documentos a que se refiere este inciso son: **a)** los de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia; y **b)** los anteriores a tal oportunidad, si el interesado afirmare no haber tenido antes conocimiento de ellos. Pueden ser documentos emanados de las partes como también de terceros¹⁵³, pero que ***por primera vez se incorporan al expediente***, por ser, precisamente, de "*fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos*".

La agregación de documentos en segunda instancia significa una excepción a la regla contenida en el art. 333 del CPCCN, y, consecuentemente, sólo corresponde en los casos específicamente señalados por la ley, y su procedencia debe ser estimada con criterio restrictivo¹⁵⁴.

Para que sea factible la agregación de documentos de fecha anterior al llamamiento de autos para sentencia de primera instancia, el interesado debe afirmar "*no haber tenido antes conocimiento de ellos*"; basta la sola afirmación, no siendo necesario el juramento; pero debe tratarse de una situación real, o al menos verosímil, porque cualquier circunstancia que evidencie que la parte tuvo conocimiento del documento con anterioridad a la providencia de autos para sentencia de primera instancia debe ser tenida en cuenta para no admitir la prueba en cuestión¹⁵⁵; tal es lo que ocurriría, por ejemplo, si se trata de un telegrama de fecha anterior a la providencia de autos para sentencia dirigido por quien lo presenta¹⁵⁶.

Si se trata de documentos conocidos pero que la parte se encontraba imposibilitada de acompañarlo por no estar en su poder, ellos pueden ser agregados en la alzada, siempre que los haya mencionado en la etapa oportuna (demanda, reconvencción, contestación de ambas, según surge de los arts. 333, 335, 358 y cc. CPCCN), y alegue circunstancias verosímiles de su imposibilidad de acompañarlos con anterioridad¹⁵⁷.

El tribunal de alzada tiene facultad de no admitir aquellos documentos que constituyan una prueba manifiestamente improcedente, superflua o meramente dilatoria (art. 364, pár. 2° CPCCN).

aplicable (CNCom., Sala A, 9-12-99, L.L. 2000-E-920, J. Agrup., caso 15.236).

¹⁵³ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 464; Tarsia, Vicente E.: *Recursos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., La Ley, 1982, pág. 41, citando un fallo de la C1°CivCom Mercedes, 1-12-70, causa 73.672.

¹⁵⁴ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 471, n° 13, comentario al art. 260; Fenochietto y Arazi: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1983, t. 1, pág. 829, comentario al art. 260; CNCiv., Sala A, 26-7-79, Rep.E.D. 13-708, n° 6, y Rep.E.D. 14-784, n° 9; id., id., 20-10-81, L.L. 1982-A-417; id., Sala C, 22-12-75, E.D. 67-358; id., id., 20-4-81, L.L. 1981-C-431; id., Sala E, 3-7-85, E.D. 115-427.

¹⁵⁵ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 471, n° 13, comentario al art. 260; CNCiv., Sala A, 26-7-79, L.L. 1980-C-411, y Rep.E.D. 14-784, n° 9.

¹⁵⁶ CNCiv., Sala C, 17-12-68, L.L. 135-1137, 21.090-S, y E.D. 26-428; id., Sala F, 28-6-73, E.D. 50-397.

¹⁵⁷ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 282; Cafasso, Jorge: *La apertura a prueba en segunda instancia*, JUS 20-32.

Del escrito en que se ofrece la prueba documental como también de los documentos, deben acompañarse las copias necesarias (art. 120 CPCCN). Debe correrse traslado a la parte contraria -providencia cuya notificación debe hacerse, en principio, en forma automática¹⁵⁸-, quien puede oponerse a la agregación de la prueba, ya porque se trate de algo manifiestamente improcedente, superfluo o meramente dilatorio (art. 364, pár. 2° CPCCN), o porque alegue que el presentante había tenido conocimiento de los documentos con anterioridad a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o porque alegue que la contraria los habría podido acompañar con anterioridad. Y si no se trata de ninguno de los supuestos señalados, la contraria debe reconocer o negar categóricamente su autenticidad o recepción si se trata de documentos atribuidos a ella o que se afirma que le han sido enviados (art. 356 inc. 1° CPCCn), o presentar nuevos documentos para oponer a los traídos por la otra parte¹⁵⁹. Y si la parte a quien se corre traslado de los documentos no niega en forma categórica la autenticidad o la recepción, su silencio, o respuestas evasivas, o la negativamente general determinará que se los tenga por reconocidos o recibidos de conformidad a las prescripciones del artículo 356 inc. 1° CPCCN¹⁶⁰.

Si la parte contraria a quien presenta el documento lo reconoce en forma expresa o tácita (por no haber negado categóricamente su autenticidad o recepción), no corresponde la apertura a prueba en la alzada. Pero si se negara expresamente la autenticidad de los documentos o la recepción de las cartas o telegramas, resultaría conveniente fijar un plazo a efectos de la producción de la prueba tendiente a acreditar la autenticidad o la recepción respectivamente¹⁶¹.

Posiciones en segunda instancia

El inc. 4° del art. 260 del CPCC permite también a las partes, dentro del quinto día de notificadas de la providencia a que se refiere el art. 259, en un solo escrito, juntamente con las otras cuestiones a que se refieren los otros incisos, "*exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior*".

La norma en cuestión sólo es aplicable al juicio ordinario, y no al sumario cuyo empleo excluía el art. 274 del CPCCN (el que, a su vez, fue suprimido por la ley 25.488).

El único recaudo que establece el art. 259 del CPCCN para la admisibilidad de las

¹⁵⁸ Fenochietto y Arazi: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1983, t. 1, pág. 831, comentario al art. 261; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 221 y nota 99.

¹⁵⁹ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 464

¹⁶⁰ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283/284.

¹⁶¹ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283; Alsina: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 397.

posiciones en segunda instancia es que versen "*sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior*", es decir, debe tratarse de hechos distintos de los que se exigió confesión en primera instancia. Un criterio ha entendido que es presupuesto esencial para la viabilidad de las posiciones en la alzada, que las mismas se hayan producido en primera instancia, pues si no fuera así, resulta imposible conocer los hechos que quedaron fuera de tal prueba, y establecer así el objeto de las de segunda instancia¹⁶². Entendemos, sin embargo, que lo único que pretende la ley es que no se reitere la confesional sobre hechos que ya fueron objeto de absolución en primera instancia; por lo tanto, aunque no se haya efectivamente realizado la confesión en primera instancia, lo mismo puede exigirse en la alzada dado que la reiteración de los hechos a confesar resulta imposible, al no haberse realizado la prueba en la instancia anterior¹⁶³.

Sólo puede pedirse la absolución de posiciones de la parte contraria, siendo inadmisibles que se pida la propia confesional¹⁶⁴.

Para recibir la confesional a que se refiere el inciso 4° del art. 260 del CPCCN no es necesario que se abra la causa a prueba en segunda instancia¹⁶⁵. Basta con señalar audiencia bajo el apercibimiento contenido en los arts. 409 y 417 del CPCCN. Y si es la parte que pidió las posiciones la que no comparece sin justa causa a la audiencia ni hubiese dejado pliego y compareciese el citado, perderá el derecho de exigirlos (art. 410 CPCCN).

Hechos nuevos

Generalidades

El inciso 5° del art. 260, ap. a, del CPCCN establece que las partes pueden pedir que se abra la causa a prueba cuando "*se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el art. 365, o se tratase del caso a que se refiere el 2do. párr. del art. 366*". La norma se refiere al supuesto de que se alegaren "hechos nuevos" y no "documentos nuevos" que tienen su regulación en el inciso 3° del mismo artículo.

La alegación de un hecho nuevo, al igual que las demás cuestiones permitidas por el art. 260 del CPCCN, sólo pueden realizarse en el recurso de apelación concedido libremente,

¹⁶² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 284; CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-128, voto del doctor de Abelleira; id., id., 14-6-73, E.D. 52-509; CNCom., Sala B, 17-11-76, Rep.E.D. 11-761, n° 3.

¹⁶³ Levitán, José: *Recursos en el proceso civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1986, pág. 72; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 224

Las partes tienen derecho a ponerse posiciones en la alzada, con independencia del ejercicio que hayan hecho de la correlativa facultad de exigirse confesión en primera instancia o de la suerte que haya corrido la probanza en dicha instancia (CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-128; id., id., 30-4-81, E.D. 94-441; id., id., 20-10-72, E.D. 52-509, voto de la mayoría integrada por los doctores Jorge J. Llambías y Jorge I. Garzón Maceda

¹⁶⁴ CNPaz, Sala IV, 16-11-72, E.D. 52-509.

¹⁶⁵ Alsina: *Tratado ...*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 398; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 285

dentro de cuya regulación se encuentra la norma citada; y no cuando el recurso debe concederse "en relación" (art. 275, segundo párrafo)¹⁶⁶.

Hechos nuevos y hechos recién conocidos

Los "hechos nuevos" a que se refiere la norma en cuestión son los mismos hechos que los contemplados en el art. 365 del CPCCN, con la única particularidad de que sean posteriores a la oportunidad prevista en esta última norma. Debe tratarse de "*hechos*", no de *normas* que no necesitan ser invocadas por las partes¹⁶⁷. Y pueden ser hechos que *ocurrieron* con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 365 ("hechos nuevos" propiamente dicho) o que *llegaron a conocimiento de la parte* con posterioridad a esa oportunidad ("hechos recién conocidos")¹⁶⁸. Si se trata de hechos ocurridos o que han sido conocidos con anterioridad, y que habiendo sido alegados en primera instancia han sido indebidamente rechazados, pueden también ser objeto de prueba en segunda instancia; pero en tal caso, para que la cuestión pueda llegar a la alzada, el interesado debe haber interpuesto recurso de apelación contra la decisión denegatoria de primera instancia (el que se concede con efecto diferido, según lo dispone el segundo párrafo del art. 366 del CPCCN, y debe fundamentarse y resolverse de conformidad a lo que indican los arts. 260 inc. 1° y cc.), y si la decisión admite el hecho nuevo, el mismo podrá ser objeto de prueba en la alzada¹⁶⁹.

Los "hechos nuevos" a que se refiere el inc. 5° del art. 260 del CPCCN (como también los que se aleguen en primera instancia) deben tener "*relación con la cuestión que se ventila*" (art. 365)¹⁷⁰. En tal sentido se ha dicho que los hechos nuevos son pertinentes siempre que guarden íntima relación con la exposición de los hechos efectuada en los escritos

¹⁶⁶ Sin embargo se ha resuelto que si bien la denuncia de hechos nuevos no está prevista en el procedimiento de alimentos, corresponde declarar su admisión si éstos acaecieron y fueron denunciados en una oportunidad procesal apta para su inclusión entre las cuestiones propuestas a conocimiento del tribunal, sin que su sustanciación irrogue una demora en el trámite, pues la remisión del alimentante a la vía prevista en el art. 650 del Cód. Procesal resulta contraria a los principios de concentración y economía procesal (CNCiv., Sala H, 19-12-96, L.L. 1997-C-443, y DJ, 1997-2-910).

¹⁶⁷ CNCiv., Sala A, 29-3-79, L.L. 1979-B-424, y E.D. 84-705; CNTrab, Sala I, 25-8-66, Rep.L.L., XXVII-1403, n° 86.

¹⁶⁸ Carli, Carlo: *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1977, pág.311.

La admisibilidad del hecho nuevo en segunda instancia se encuentra condicionada al requisito de que se haya producido o llegado a conocimiento de las partes, con posterioridad a la oportunidad fijada por el art. 365 del Cód. Procesal con relación al procedimiento de primer grado, vale decir, una vez transcurrido el plazo de cinco días desde la notificación de la providencia de apertura a prueba (CNCiv., Sala A, 15-10-79, Rep.E.D. 14-773, n° 52; CNPaz, Sala I, 11-6-68, L.L. 131-671

¹⁶⁹ CNCiv., Sala C, 6-5-80, Rep.E.D. 15-752, n° 13; *id.*, *id.*, 21-12-71, E.D. 49-238; *id.*, *id.*, 11-12-73, L.L. 155-686, 31.440-S, y J.A. 22-1974, pág. 321; *id.*, Sala A, 14-6-72, E.D. 43-413

¹⁷⁰ La articulación de un hecho nuevo en la alzada requiere la relación directa con la cuestión que se ventila; lo que implica que debe ser debidamente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos constitutivos del proceso, y ha de ser útil como factor de solución y susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes. Todo ello supeditado a la satisfacción de los restantes recaudos de índole formal establecidos en el art. 260 del Cód. Procesal (CNCom., Sala A, 10-9-99, L.L. 2000-B-239, y DJ, 2000-1-1011).

Debe desestimarse la pretensión de poner a consideración de la alzada un hecho nuevo, si su acogimiento no puede hacer variar la suerte del litigio (CNTrab, Sala IV, 31-5-00, L.L. 2000-E-899, 43.067-S).

introdutorios de la relación jurídico procesal, revistiendo una entidad tal que los haga susceptibles de influir en la decisión a tomarse por el tribunal, conforme al *thema decidendum* propuesto a su conocimiento¹⁷¹. Pero a diferencia de los que pueden alegarse en primera instancia, en la alzada solamente pueden alegarse aquellos "*que ocurriesen o llegasen a conocimiento de las partes*" con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 365, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo de cinco días computados a partir de la notificación de la providencia de apertura a prueba en primera instancia¹⁷².

No es admisible mediante la alegación de un hecho nuevo pretender invocar una causa nueva que no ha sido incluida en la litis¹⁷³. La alegación de un hecho nuevo tampoco puede importar la transformación de la pretensión objeto del juicio, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, lo que resulta ajeno a nuestra legislación, en donde, en principio, no pueden promoverse ante el tribunal de segunda instancia ninguna cuestión que no estuviera comprendida en la relación procesal original¹⁷⁴.

Cualquiera de las partes, tanto apelante como apelado, pueden alegar en el trámite del recurso de apelación los "hechos nuevos" a que se refiere el art. 260 inc. 5° del CPCC¹⁷⁵.

Forma y plazo para alegar los hechos nuevos en segunda instancia. Sustanciación

La alegación del hecho nuevo y el pedido de apertura de la causa a prueba en segunda

¹⁷¹ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188; Id., Id., 19-12-96, L.L. 1997-C-443, y DJ, 1997-2-910.

La admisibilidad del hecho nuevo invocado en la alzada está condicionada no sólo por la oportunidad del planteo, sino fundamentalmente por la necesaria relación que guarde con la cuestión que se ventila, de modo que sea susceptible de influir en la decisión final (CNCiv., Sala G, 13-2-97, L.L. 1997-D-312).

¹⁷² La articulación del hecho nuevo en la alzada requiere que se plantee dentro del plazo fijado por el art. 260 del cód. procesal y que concurren algunos de los supuestos que contempla el inc. 2° apartado a) de dicha norma, es decir, que sea posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del citado cuerpo legal. Además, debe tener relación directa con la cuestión que se ventila (CNCiv., Sala C, 23-2-99, E.D. 187-691, SJ-552).

El hecho nuevo sólo puede ser invocado en la alzada si fue conocido después de los cinco días de notificada la providencia de apertura a prueba, y debe surgir de las constancias del expediente que tal hecho no fue ni pudo ser conocido con anterioridad por la parte que la alega (CNCiv., Sala E, 20-8-96, L.L. 1998-D-903, 40.744-S).

En la regulación procesal del hecho nuevo confluyen dos elementos a valorar: las condiciones de su pertinencia y la oportunidad de su alegación. En segunda instancia, esto último se configura mediante su invocación dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del Cód. Procesal, y en los términos del art. 260 inc. 5°, ap. "a" del mismo cuerpo legal, lo cual responde al instituto de la preclusión, la celeridad y el orden de los procesos (CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188).

¹⁷³ CNCiv., Sala F, 14-2-74, E.D. 58-652; íd., íd., 18-12-74, L.L. 1975-B-167; íd., íd., 14-10-74, Rep.E.D. 10-886, n° 45.

¹⁷⁴ Palacio: *Derecho Procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 286; Alsina: *Tratado...*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 401/402; CNCiv., Sala B, 11-6-70, E.D. 36-403, y Rep.E.D. 5-837, n° 90; íd., Sala E, 19-6-84, L.L. 1984-D-649; SC Bs. As., 28-12-71, E.D. 41-808; CApelCivCom Rosario, Sala II, 15-10-71, Juris 39-177, y Rep.L.L., XXXIII-1164, n° 47.

¹⁷⁵ Carli, Carlo: *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1977, pág.311; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 472; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 287; CNCiv., Sala C, 5-11-63, E.D. 6-987.

En sentido contrario se ha resuelto que el hecho nuevo y la consiguiente apertura a prueba, sólo puede ser invocado por quien recurre de la sentencia (arts. 259 y 260 Cód. Procesal) (CNCiv., Sala A, 4-12-69, E.D. 33-416; íd., íd., 15-3-68, E.D. 23-823, y J.A. 1968-V-612, n° 14).

instancia deben realizarse dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del CPCCN (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para que el apelante exprese agravios con relación a la apelación deducida contra la sentencia definitiva). El plazo citado, como ya se dijo, es perentorio (art. 155 CPCCN), e individual en cuanto corre independientemente para cada parte a partir de la respectiva notificación.

La alegación de hechos nuevos y el pedido de apertura a prueba debe hacerse en un solo escrito juntamente con las demás cuestiones que permite el art. 260 del citado Código, tal como expresamente lo señala este último artículo, acompañado con las copias a que se refiere el art. 120. Debe hacerse en forma clara y concreta¹⁷⁶; el hecho nuevo debe estar explicado claramente¹⁷⁷, es decir, el interesado debe explicitar la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos del proceso, la cual, en virtud de que debe ser conducente, ha de ser susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes, o, en otros términos, ser útil como factor de solución¹⁷⁸.

De la petición respectiva corresponde correr traslado a la parte contraria, quien debe contestarla dentro del plazo de cinco días (art. 261 CPCC), plazo que también reviste naturaleza perentoria (art. 155) y es individual.

La resolución respectiva

El tribunal de apelaciones debe limitarse a verificar, con relación a los hechos invocados, si éstos revisten el carácter de "nuevos" o de "recién conocidos", y si guardan *prima facie* relación con las cuestiones en litigio, pero reservando la meritación de la prueba para la oportunidad del pronunciamiento respectivo¹⁷⁹.

Sólo procede admitir el hecho nuevo invocado cuando de las constancias de los autos resulta en forma indubitable que el mismo no ha sido ni ha podido ser conocidos por la parte que los alega¹⁸⁰.

Si el tribunal resuelve admitir el hecho nuevo, corresponde abrir la causa a prueba fijando el plazo respectivo para la producción de los medios respectivos (art. 367 CPCCN)¹⁸¹, salvo que el mismo haya sido reconocido por la contraria a la que lo alega, en cuyo caso, no se da el supuesto de "hecho controvertido", que es cuando el ordenamiento procesal autoriza la producción de pruebas (art. 360)¹⁸²; tampoco es necesaria la apertura a prueba si las partes

¹⁷⁶ CNCiv., Sala B, 20-5-70, E.D. 33-402, y Rep.E.D. 5-836, n° 89.

¹⁷⁷ CNCiv., Sala A, 19-5-81, L.L. 1981-D-188.

¹⁷⁸ CNCiv., Sala C, 23-2-99, E.D. 187-691, SJ-552.

¹⁷⁹ CNCiv., Sala F, 15-11-77, Rep. E.D. 13-699, n° 62; *id.*, *id.*, 13-9-82 y 1-6-83, Rep.E.D. 18-822, n° 80; *id.*, *id.*, 10-10-83, L.L. 1984-B-224.

¹⁸⁰ CNCom., Sala A, 4-3-81, Rep.E.D. 15-754, n° 28.

¹⁸¹ CNCiv., Sala F, 5-11-81, L.L. 1982-C-130.

¹⁸² CNCiv., Sala A, 16-9-65, L.L. 121-682, 13.098-S.

Los hechos acerca de los cuales no media conformidad, que según el art. 360 del CPCC deben ser probados por los litigantes, no son solamente los hechos controvertidos, sino, también aquellos que son afirmados por una parte y respecto de los cuales la contraparte guarda silencio (CNCom., Sala B, 19-4-91, E.D.

manifestaren que no tienen otra prueba más a producir que la documental ya agregada: en tal caso, puede prescindirse de la apertura a prueba por conformidad de partes (art. 362).

Todo lo relacionado con la producción de la prueba, se rige, en lo que fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia (art. 262 CPCCN).

Interpretación restrictiva

Ya se señaló que la jurisprudencia ha interpretado que la apertura de la causa a prueba en la alzada es excepcional y debe ponderarse con criterio restrictivo¹⁸³. Específicamente, se ha resuelto que la apertura a prueba que autoriza el art. 260 inc. 5° del CPCCN tiene carácter restrictivo¹⁸⁴; y la admisión de hechos nuevos en segunda instancia debe interpretarse con igual criterio¹⁸⁵. En tal sentido se ha destacado que los hechos integrativos de la litis, así como los elementos tendientes a probarlos, deben ser incorporados al proceso ante la primera instancia, donde corresponde llevar adelante la instrucción de la causa: ello demuestra la admisibilidad de los hechos nuevos en segunda instancia como supuesto de excepción, lo cual induce a aplicar un criterio riguroso al juzgar esa admisibilidad¹⁸⁶.

Hechos nuevos rechazados en primera instancia con apelación concedida con efecto diferido (artículos 366 y 260 inc. 5°, ap. a, in fine)

El otro caso en que las partes pueden pedir la apertura a prueba en el trámite del recurso de apelación, es en el supuesto de hecho nuevo invocado en primera instancia, que fue rechazado por el juez *a quo*: si el interesado apeló de esta última resolución, el recurso debe ser fundado en la oportunidad que indica el inc. 1° del art. 260 del CPCC (dado que en estos supuestos el recurso debe ser concedido con efecto diferido, según lo establece el art. 366). Es decir, para que el interesado pueda pedir en estos casos la apertura de la causa a prueba, tal como lo permite el inc. 5, ap. a, *in fine* del art. 260 del CPCCN, debe haberse denegado en primera instancia un hecho nuevo allí invocado. Pero esta vía no habilita a pretender probar en la alzada un hecho nuevo admitido en primera instancia, respecto del cual no se ha producido ninguna prueba¹⁸⁷.

El único que puede pedir la apertura a prueba en la alzada es la parte que alegó el hecho nuevo en primera instancia y que apeló de la resolución denegatoria. Constituye requisito ineludible el haber fundado el recurso de conformidad a las prescripciones del inc. 1° del art. 260 del CPCCN, dado que, en caso contrario, la resolución denegatoria del hecho

143-688).

¹⁸³ CNCiv., Sala C, 11-11-81, Rep.E.D. 18-822, n° 73-74; id., Sala F, 6-5-71, E.D. 38-652; CApelCivCom Santa Fe, Sala I, 31-7-80, Rep.L.L. XLII-1919, n° 21.

¹⁸⁴ CNCiv., Sala F, 17-12-75, L.L. 1976-B-431, 33.484-S; id., id., 4-6-76, L.L. 1976-D-647, 33.813-S; Id., Sala E, 30.11.99, E.D. 190-578, SJ-760; CNCCom., Sala A, 4-3-81, Rep.E.D. 15-754, n° 28; id., Sala B, 10-4-77, L.L. 1978-B-410.

¹⁸⁵ CNCiv., Sala F, 18-12-69, E.D. 31-256, y Rep.E.D. 4-1126; CNCCom., Sala A, 9-12-80, L.L. 1981-B-421.

¹⁸⁶ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ 1998-3-1188.

¹⁸⁷ CNCiv., Sala A, 18-5-82, Rep.E.D. 18-819, n° 36.

nuevo dictada en primera instancia habría quedado firme.

Del pedido de apertura a prueba y del escrito fundando la apelación interpuesta contra la decisión de primera instancia denegatoria del hecho nuevo debe correrse traslado a la parte contraria, quien debe contestar dentro de los cinco días (art. 261 CPCCN).

Medidas para mejor proveer

La atribución contenida en el art. 36 inc. 2° del CPCCN alcanza también al Tribunal de Apelaciones. Puede, por lo tanto disponer medidas para mejor proveer y *"ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes"*¹⁸⁸. Ha dicho la Corte Suprema de la Nación que la facultad de los jueces de disponer, en cualquier estado del proceso, las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable, pues, de lo contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso sino precisamente la frustración del ritual de la aplicación del derecho¹⁸⁹.

Procedimiento para la producción de pruebas en segunda instancia

Sobre el tema, el art. 262 del CPCCN establece como pauta general que *"las pruebas que deban producirse ante la Cámara se registrarán en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia. Para alegar sobre su mérito, las partes no podrán retirar el expediente. El plazo para presentar el alegato será de seis días"*. Y el art. 263 prescribe que *"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"*.

Es decir, de conformidad a las normas transcritas, debe fijarse un plazo probatorio (art. 367 CPCC): normalmente lo fija la Cámara al resolver las cuestiones del art. 260; pero si por cualquier motivo no lo hubiera hecho, el mismo puede ser fijado por el presidente del tribunal al tratarse de una providencia de trámite (art. 273 del mismo Código). La prueba debe producirse por los medios expresamente previstos por la ley y por los que el juez disponga de oficio o a pedido de parte (art. 378); y si se trata de expedientes judiciales, deben agregarse testimonios o certificados del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar los expedientes en oportunidad de encontrarse la causa en estado de dictar sentencia (art. 376).

¹⁸⁸ Sin perjuicio de las medidas que el tribunal pueda tomar en virtud de las facultades conferidas por el art. 36 inc. 2° del Cód. Procesal, la recepción de prueba en segunda instancia es excepcional, y los supuestos de admisibilidad son de interpretación restrictiva (CNCiv., Sala F, 11-2-96, L.L. 1997-C-950, 39.474-S).

¹⁸⁹ CSJN, 1-4-97, Rep.E.D. 31-692, n° 1.

Las pruebas deben diligenciarse oportunamente, pudiendo, caso contrario, declararse la negligencia de conformidad a los arts. 383, 384 y 385. En la apreciación de la prueba deben seguirse las reglas de la sana crítica, tal como lo indica el art. 386).

Los alegatos

Las partes, luego de clausurado el plazo probatorio, deben presentar los "**alegatos**" de conformidad a las normas que rigen en primera instancia. La particularidad que presenta la situación en la alzada es que las partes no podrán retirar el expediente, y que el plazo para presentarlos es de seis días (art. 262 CPCCN).

Pueden también presentar lo que el art. 264 denomina "**informe in voce**". En tal sentido, este último artículo establece que si las partes pretenden hacer este informe oral deberán manifestarlo dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para la presentación de la expresión de agravios en el recurso contra la sentencia definitiva); caso contrario, se resolverá sin dichos informes. Como dice Peyrano, este instituto ha sido poco ejercitado, mal entendido y lacónicamente legislado¹⁹⁰.

El Diccionario de la Real Academia dice que el "**alegato**" es el "escrito en el cual expone el abogado las razones que sirven de fundamento al derecho de su cliente e impugna las del adversario". Y específicamente, con relación al "**alegato de bien probado**" lo describe como el "escrito, llamado ahora de conclusiones, en el cual, con el resultado de las probanzas, mantenían los litigantes sus pretensiones al terminar la instancia"; también se lo suele llamar "discusión final", "discusión de la causa", "escrito de conclusión", etc.¹⁹¹. En este último sentido se utiliza la palabra "alegato" en los arts. 262, 482 y cc. CPCCN. A su vez, el "**informe in voce**" viene a ser un alegato de bien probado pero realizado en forma oral; se trata de un informe oral sobre las pruebas producidas, una alegación sobre el mérito de ellas; en otras palabras, un nuevo "alegato", pero oral esta vez¹⁹².

El "**alegato de bien probado**", entonces, es un escrito por el que se hace un análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas; se trata de una pieza conclusiva sobre cuestiones ya existentes en el proceso, pero no un medio para aportar nuevos elementos¹⁹³. Como dice Falcón, mediante el alegato cada parte defiende una historia; defiende los hechos que han incluido en los escritos iniciales (demanda, reconvención, sus contestaciones, hechos

¹⁹⁰ Peyrano, Jorge W.: *El informe "in voce" en la segunda instancia civil y comercial*, J.A. 1980-II-752.

¹⁹¹ Falcón, Enrique M.: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 474.

¹⁹² Rillo Canale, Oscar, voz *Informe "in voce"*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV, pág. 745; Peyrano, Jorge W.: *El informe "in voce" en la segunda instancia civil y comercial*, J.A. 1980-II-752; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 291; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág.490.

¹⁹³ Falcón: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 486.

nuevos); se busca apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos fijados a través de las probanzas¹⁹⁴.

La particularidad que presenta el alegato de bien probado cuando se presenta en segunda instancia es que las conclusiones que se exponen sobre los hechos no sólo deben basarse en las probanzas de primera instancia sino también las producidas en el trámite del recurso de apelación; se debe hacer un análisis conjunto de todo el material probatorio aportado a la causa.

14) LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Preliminares del acuerdo

El art. 268 del CPCCN dice que *con la expresión de agravios y su contestación, o vencido el plazo para la presentación de éste y, en su caso, sustanciadas y resueltas las cuestiones a que se refieren los arts. 260 y ss., se llamará autos y, consentida esta providencia el expediente pasará al acuerdo sin más trámite. El orden para el estudio y votación de las causas será determinado por sorteo, el que se realizará al menos dos veces en cada mes*". Es decir, antes de que los miembros del tribunal estudien el expediente (art. 270), celebren el acuerdo y dicten sentencia (arts. 271 y 272), deben cumplirse los trámites de llamamiento de autos para sentencia, su notificación, y sorteo para establecer el orden de estudio y votación.

La sentencia

Normas legales

El art. 271 del CPCCN dice que la sentencia *"se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios"*. El primer párrafo del art. 164 se refiere al contenido de la sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia, y dice en tal sentido que la misma *"deberá contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior y se ajustará a lo dispuesto en los arts. 272 y 281, según el caso"*. Y el art. 163, aplicable por la remisión que hace la última parte del art. 164, dice en el inciso 3° que la sentencia debe contener *"la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio"* (es la parte de la sentencia que suele denominarse "resultandos"); la norma agrega que también debe contener *"la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior"* (inc. 4°), y *"los fundamentos y la aplicación de la ley"* (inc. 5°).

La fundamentación de la sentencia de la alzada.

¹⁹⁴ Falcón: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 499.

a) La valoración de la prueba y la determinación de los "hechos"

Luego de hacer una relaciones sucinta de las cuestiones que constituyen objeto de recurso (arts. 163 inc. 3° y 164 CPCCN), la sentencia de la alzada debe hacer una consideración, por separado, de las mismas (arts. 163 inc. 4° y 164); pero debe tratarse de cuestiones conducentes y esenciales, pues, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones o argumentaciones¹⁹⁵, sino sólo aquellas que sean conducentes para componer el litigio¹⁹⁶ y dar sustento a un pronunciamiento válido¹⁹⁷.

La fundamentación comprende aspectos fácticos y jurídicos. Con relación a los primeros la sentencia debe determinar los "**hechos**", es decir, establecer, a la luz de las pruebas aportadas, cuáles hechos son ciertos por haber sido acreditados. En esta tarea el juzgador está limitado en dos aspectos: por un lado, sólo debe considerar los hechos alegados por las partes, y por el otro, únicamente puede valorar la prueba rendida en el expediente en cuya producción se haya respetado el principio de defensa en juicio de las partes. Como principio, en nuestro sistema dispositivo, las partes tienen la "carga procesal" de aportar la prueba (art. 377 CPCCN); no obstante ello, los ordenamientos modernos reconocen también atribuciones al juez para complementar la prueba aportada por las partes (p.ej., art. 36 inc. 2°), aunque no para sustituir la carga de ellas.

Conforme lo dispone el art. 386 del CPCCN, y lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a ponderar todas las pruebas agregadas al expediente sino aquellas que resulten esenciales y decisivas para la correcta solución del litigio¹⁹⁸; pero es descalificable como acto jurisdiccional la sentencia que omita la valoración de pruebas de importancia a tal fin¹⁹⁹.

En la valoración de las pruebas y formación de su convicción el tribunal debe seguir las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN)²⁰⁰. En esta actividad mental o razonamiento

¹⁹⁵ CSJN, 24-3-88, L.L. 1988-D-63; Id., 5-8-80, Fallos 302-827; Id. 18-3-70, L.L. 139-764, 24.057-S.

¹⁹⁶ CSJN, 30-4-90, L.L. 1990-D-237; CNCiv., Sala K, 18-12-89, L.L. 1990-C-122;

¹⁹⁷ CNFed. Cont.-adm., Sala V, 31-3-97, L.L. 1998-C-394.

¹⁹⁸ CSJN, 18-9-80, Rep.E.D. 14-736, n° 69; Id., 18-3-70, L.L. 139-764, 24.057-S; Id., 13-8-86, E.D. 122-262; Id., 22-6-87, E.D. 124-304.

¹⁹⁹ CSJN, 23-4-91, L.L. 1991-E-851, n° 195; Id., 23-10-79, L.L.1980-A-555; Id., 3-3-92, L.L. 148-479, con nota de Augusto M. Morello; CNCom., Sala E, 5-8-92, E.D. 154-590.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que decidió el litigio en base a afirmaciones dogmáticas que dejan de lado las probanzas aportadas al proceso, sin un mínimo de análisis que permita establecer las razones por las cuales el tribunal sentó conclusiones de hecho que aparecen en contradicción con constancias que informa la prueba (CSJN, 29-12-79, RepL.L. XLI, J-Z, pág. 2755, n° 486).

Si la valoración de la prueba -rechazada sin el debido fundamento- es susceptible de variar el resultado del proceso, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, sin perjuicio de la solución que los jueces de la causa deparen en definitiva a ésta (CSJN, 3-3-81, Rep.L.L. XLII, J-Z, pág. 2204, n° 562).

Es arbitraria la sentencia que se aparta en sus conclusiones de expresas constancias probatorias (CSJN, 13-9-83, Rep.L.L. XLIV, J-Z, pág. 1862, n° 222).

²⁰⁰ Corresponde dejar sin efecto la sentencia cuando el tribunal no se ha ajustado a las reglas de la sana crítica, al limitarse a realizar un examen parcial de los testimonios, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su

para concluir si un hecho está probado o no, el juez tiene plena libertad: si bien está sometido al material de conocimiento aportado a la causa, es libre en la valoración de la prueba²⁰¹. Ya Larenz advertía que el momento de mayor discrecionalidad judicial y de más difícil control es precisamente el de las decisiones sobre los hechos. Y como dice Vigo, frente a aquella racionalidad empírica del paradigma decimonónico que llegaba a atribuir a los juicios de hecho una naturaleza deductiva, hoy se comprende que más que verdades absolutas en los hechos, lo aconsejable es el camino que viene dado "por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación"²⁰².

Los mismos principios rigen para la sentencia de segunda instancia. En su tarea propia el tribunal de alzada puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia y revocar el pronunciamiento si advierte un apartamiento de los principios que gobiernan las reglas de la sana crítica, el recto desarrollo del pensamiento y/o de las máximas de la experiencia que todo juez debe respetar²⁰³. Pero, el tribunal de alzada, a más de los hechos alegados en la instancia anterior y las pruebas allí producidas, debe analizar y valorar también los hechos alegados y pruebas producidas en la segunda instancia en los supuestos excepcionales en que lo permite el ordenamiento jurídico (art. 260 CPCCN); debe en consecuencia formar su convicción con base en todos los elementos aportados a la causa, tanto en la primera como en la instancia recursiva (sobre el tema, ver el título siguiente sobre el *principio de congruencia*).

b) La aplicación del derecho

Luego que se han determinado los hechos, corresponde la aplicación del derecho. En esta tarea el juzgador debe hacer una correlación entre los hechos ya determinados y el derecho, a fin de encontrar la norma jurídica que mejor se adapte al caso (en esta tarea el juez no está vinculado por las alegaciones de las partes, sino que, por aplicación del principio *iura novit curia*, debe aplicar el derecho que considere que rige el caso, prescindiendo aun del invocado por las partes si lo estima equivocado²⁰⁴). Una vez seleccionada la norma, de conformidad con la ley, califica y regula el comportamiento ajeno. Y como conclusión de esta

conjunto, con menoscabo de la verdad material (CSJN, 29-11-84, L.L. 1985-B-1).

²⁰¹ Rocco, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. -Depalma-, Bogotá -Temis-, 1970, tomo II, pág. 251; Devis Echandía: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 540/541

²⁰² Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, p. 444.

²⁰³ CFed. Corrientes, 11-5-00, L.L. 2001-A-649, 43.300-S, y L.L. Litoral 2000-1207.

²⁰⁴ Los jueces tienen el deber de dirimir los conflictos litigiosos, según el derecho vigente aplicable a cada caso, de acuerdo con la regla *iura novit curia*, con independencia de los fundamentos que enuncian las partes, porque esa facultad es propia de aquéllos y deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia (CSJN, 26-2-81, Rep.L.L. XLII, J-Z, pág. 2258, n° 989).

La facultad de calificar autónomamente la realidad fáctica, subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, es propia de los jueces y deriva de los principios esenciales que organizan la función judicial (CSJN, 4-8-87, J.A. 1988-I-495).

operación de aplicación de la ley a los hechos, el juez dicta la sentencia, que es el mandato concreto para regular el caso²⁰⁵, el que, como acto de autoridad, resulta obligatorio. Cabe señalar que lo que caracteriza a esta tarea de aplicar la ley que realiza el órgano jurisdiccional es que se la hace con la "intención" de determinar lo que es correcto en el caso concreto²⁰⁶.

Toda sentencia, entonces, contiene un "juicio lógico" y un "mandato". El juicio es el acto específico de la función jurisdiccional que convierte en cánones concretos las normas preexistentes generales y abstractas dictadas por el legislador; comprende dos partes: los "motivos" (entendidos como "fundamentos") y la "parte dispositiva", que es la que contiene la resolución, Los "motivos" son el sosten de la parte dispositiva y explican el porqué del mandato que toda sentencia contiene²⁰⁷; ambos conforman un solo cuerpo²⁰⁸. Dice Lascano que en la tarea jurisdiccional, como ocurre en toda la actividad del Estado, se busca la ayuda de un razonamiento "que le dé una imponderable fuerza bien diversa, una fuerza que hable al alma, la convenza y le haga reconocer como justo lo proveído por la autoridad"²⁰⁹.

La sentencia debe respetar el "principio de congruencia"

La sentencia de la alzada debe respetar el **principio de congruencia**. Este principio, según ya se señaló, exige que exista conformidad "entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto"²¹⁰; debe existir, entonces, conformidad entre la sentencia y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición²¹¹; o sea, adecuación de la sentencia a los **sujetos**, **objeto** y la **causa** que individualizan a la pretensión y a la oposición²¹². Existe "**incongruencia subjetiva**" cuando la sentencia no guarda conformidad con las partes en litigio²¹³, al incluir a quien no ha participado en el litigio, u omitir incluir a quien sí lo ha hecho. Existe "**incongruencia objetiva**" cuando la sentencia no guarda conformidad con las peticiones o reclamos de las partes; es decir cuando da más de lo pedido (*ultra petita*), o algo distinto a lo pedido (*extra petita*), u omite pronunciarse sobre algo que

²⁰⁵ Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., EJE, 1973, volumen I, pág. 163

²⁰⁶ Brussin, Otto: *La objetividad de la jurisdicción*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba - Dirección General de Publicaciones, 1966, pág. 27/28.

²⁰⁷ Rodríguez Aguilera, Cesáreo: *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, pág. 47.

²⁰⁸ Gorphe, Francois: *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, traducción de Luis Alcalá Zamora yCastillo, Bs. As., EJE, 1953, pág. 27.

²⁰⁹ Lascano: *Jurisdicción y Competencia*, Bs. As., Edit. Guillermo Kraft Ltda., 1941, pág. 189/190.

²¹⁰ Guasp: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo I, pág. 517.

²¹¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Cód. Prooc. C. y C. de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 2, 1988, pág. 114.

²¹² CNCiv., Sala A, 3-12-81, L.L. 1982-B-44; Id., Sala B, 17-11-81, E.D. 98-362, Id. Id., 19-4-82, J.A. 1984-IV-304; Id., Sala C, 9-10-78, E.D. 84-384; Id. Id., 31-12-78, L.L. 1979-A-576, caso 3552; Id., Sala D, 10-8-71, L.L. 151-650, 30.420-S, y J.A. 1972-12-317; Id., Sala F, 23-6-82, L.L. 121-670, 867-SJ; CNCom., Sala A, 11-9-81, E.D. 96-529.

²¹³ La congruencia exige una decisión expresa, positiva y precisa; y por ello, en este aspecto, la sentencia debe determinar concretamente las personas comprendidas en el pronunciamiento, en forma clara y específica (CNCom., Sala C, 6-6-72, L.L. 146-612, y J.A. 1972-15-368).

ha sido pedido (*infra* o *citra petita*)²¹⁴. Existe "**incongruencia respecto del material fáctico**" cuando la sentencia no guarda conformidad con los "hechos" alegados por las partes como causa de sus pretensiones y oposiciones²¹⁵; y no, no obstante el defecto que implica, a la valoración de la prueba²¹⁶, o a la fundamentación jurídica. Por lo tanto, el juez debe atenerse a la situación fáctica alegada por las partes; pero sin perjuicio de la posibilidad de meritarse aquellos "**hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos**" (art. 163, inc. 6°, apartado segundo, del CPCCN)²¹⁷; así, se ha considerado como hecho "constitutivo" el vencimiento de un plazo²¹⁸; como hecho "modificativo", la incidencia del proceso inflacionario de público y notorio conocimiento²¹⁹; y como hecho "estintivo", el pago efectuado durante el curso del proceso²²⁰, y en general el cumplimiento de la prestación que era el objeto de la demanda²²¹.

Todo lo señalado rige también para el tribunal de alzada cuando resuelve los recursos de apelación que se hubieren interpuestos. Pero también puede incurrir en incongruencias específicas de la segunda instancia, cuando no respeta los límites de la apelación y los

²¹⁴ CNCiv., Sala E, 29-2-80, L.L. 1980-C-459.

²¹⁵ Devis Echandía, Hernando: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 539/540.

Incurrir en incongruencia el fallo que no se adecua a la concreta situación de hecho invocada por las partes a fin de delimitar los términos de su pretensión u oposición (CNCom., Sala C, 17-12-84, E.D. 114-668, 97-SJ).

El principio de congruencia impone la conformidad o correlación necesaria de la sentencia con los elementos fácticos contenidos en los actos de alegación que integran y delimitan el objeto del proceso sobre el cual debe recaer el fallo (CNCom., Sala B, 8-5-87, E.D. 125-231).

Corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada en un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito promovido contra el patrono del conductor del camión, si la misma rechazó la demanda por no haberse probado que el demandado fura propietario del vehículo que ocasionó el accidente, prescindiendo de tratar el punto referente a la relación de dependencia que mediaba entre ambos (CSJN, 16-10-73, L.L. 153-173, y E.D. 53-554).

El art. 277 del Código Procesal veda expresamente el tratamiento de hechos que no hubieran sido materia propuesta al pronunciamiento de primera instancia pues, de lo contrario, se pondría en indefensión a la contraparte (CNTra., Sala X, 28-4-99, Rep.L.L. 1999-2166, n° 84, y DT 1999-B-2294).

²¹⁶ Devis Echandía: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 542; De la Oliva, Andrés y Fernández, Miguel: *Lecciones de derecho procesal*, t. II, pág. 337, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 2° edición, Barcelona, 1984, citado por Colerio, Juan Pedro: *El principio de congruencia (La omisión de considerar pruebas y el tratamiento de cuestiones no sometidas a la alzada)*, L.L. 1993-C-375.

No afecta el principio de congruencia la circunstancia que el juez no valore pruebas o las valore en función axiológica que le es propia, en cumplimiento de la manda legal preestablecida por el art. 384 del Cód. Procesal (CApel.CC. Junín, voto del Dr. Juan J. Azpelicueta, 25-10-90, E.D. 145-715).

²¹⁷ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 435/436.

Aunque el tribunal de alzada no puede expedirse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, sí debe resolver respecto de aquellas cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia apelada, resultando aplicable en lo pertinente la preceptiva del art. 163 inc. 6°, párr. 2° de la ley ritual (CNCiv., Sala B, 4-7-91, E.D. 143-660).

Nada se opone -y está reconocido por una norma legal expresa- a que el juez valore el hecho sobreviniente durante el proceso que consolida el derecho del actor (C1° Bahía Blanca, 14-2-69, E.D. 34-532).

²¹⁸ CNCiv., Sala E, 20-11-75, L.L. 1976-B-276.

²¹⁹ CNCiv., Sala A, 5-8-80, L.L. 1981-A-77.

²²⁰ CNCiv., Sala D, 28-12-70, J.A. 1971-10-466, y L.L. 142-608, 26.306-S

²²¹ CNCiv., Sala D, 10-3-70, E.D. 32-373.

agravios²²². La sentencia del tribunal de apelaciones debe guardar conformidad, no sólo con las pretensiones formuladas en primera instancia, hechos allí alegados y partes intervinientes en el litigio, sino que, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, también debe guardar adecuación con lo que ha sido objeto de apelación y agravio, no pudiendo exceder de aquellos planteos ni de los límites que el apelante ha puesto al recurso (art. 34 inc. 4°; 163, inc. 6°, 164, 271 y cc. del CPCCN)²²³.

Con relación a las peticiones, no puede el tribunal de apelaciones otorgar más de lo pedido por las partes en primera instancia -o en la alzada en los casos en que es permitido incluir nuevos capítulos (art. 278)-, ni exceder los límites que los apelantes han impuesto a los recursos (*ultra petita*)²²⁴; tampoco puede omitir decidir sobre los planteos oportunamente formulados, tanto en primera como en segunda instancia (*infra petita*), ni dar algo distinto a lo solicitado (*extra petita*). Pero debe tenerse en cuenta que, según ya se ha señalado, el tribunal de alzada debe considerar también -según las conclusiones y decisiones que vaya adoptando respecto de las demás cuestiones- aquellas otras oportunamente planteadas en primera instancia por el vencedor y que fueron desestimadas o no consideradas por la sentencia en grado, las que quedan implícitamente sometidas a decisión de la alzada por la apelación deducida por el vencido (sobre el tema, ver *supra*, el título: **EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM"**).

Con relación a los hechos, la sentencia de segunda instancia debe guardar también conformidad con los hechos alegados por las partes en los escritos introductorios del proceso. Y aunque la previsión contenida en el rt. 163, inc. 6°, última parte del CPCCN esté establecida en la regulación de la sentencia definitiva de primera instancia, también se aplica a la sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia, que en lo pertinente, se ajusta a igual

²²² Loutayf Ranea: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo I, págs. 73 y ss.

²²³ Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 64; Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I, pág. 517; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 115; Gozáini, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

²²⁴ Uno de los límites impuestos por el ordenamiento ritual al tribunal de alzada es el alcance del memorial o de la expresión de agravios, es decir, que lo que no está dentro de aquéllos no existe para el referido tribunal, y actuar contra la regla antedicha supondría caer en un fallo *ultra petita* (CNCiv., Sala L, 6-7-99, L.L. 2000-D-607, J. Agrup., caso 14-717).

Vulnera el principio de congruencia la sentencia de Cámara que modificó el monto de la condena por lucro cesante cuando tal cuestión no había sido materia de agravios, pues estos constituyen la medida de las facultades del tribunal, quien no puede pronunciarse sobre cuestiones no incluidas en ellos (CS Tucumán, sala civil y penal, Rep.L.L. 2000-2115, n° 79, LL NOA, 2000-1223).

estructura y finalidad (art. 164)²²⁵; por o lo tanto, el tribunal de alzada puede valorar los hechos constitutivos, modificativos y extintivos producidos, no sólo durante el procedimiento de primera instancia, sino también los producidos durante el trámite de la apelación, que se encuentren debidamente acreditados²²⁶.

La sentencia no debe incurrir en "reformatio in peius"

Pero, así como el tribunal de apelaciones no puede dar más de lo pedido por el apelante, por aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte²²⁷; y ello cuenta en nuestro derecho con respaldo constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) y el derecho de propiedad (art. 17 Const. Nac.), en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician²²⁸; y en el orden legal, no obstante existir opiniones diferentes, el principio en cuestión encuentra respaldo en el art. 271, párr. 1° del CPCCN que dice que el tribunal deberá examinar sólo "*las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de gravios*"²²⁹.

La decisión expresa, positiva y precisa

Cuando no se acoge el recurso de apelación, la decisión de la Alzada es más simple por cuanto se limita a "no hacer lugar" o "rechazar" el recurso interpuesto.

En cambio, cuando se acoge el planteo del recurrente, la decisión resulta más compleja, por cuanto, a más de "hacer lugar" al recurso y "revocar" la sentencia de primera

²²⁵ Morello, Augusto M.: *Medidas para mejor proveer y hechos sobrevinientes en el trámite del recurso extraordinario*, E.D.- 115-527.

²²⁶ El art. 260 inc. 3° del Cód. Procesal establece una excepción al principio de que las sentencias judiciales deben remitirse al estado de cosas existentes al momento de la traba de la litis, pues por razones de economía procesal o por el debido resguardo de la verdad jurídica objetiva, se impone considerar al sentenciar aquellos hechos sobrevinientes que -sin varias las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho aplicable (CNCCom., Sala A, 9-12-99, L.L. 2000-E-920, J. Agrup., caso 15.236).

²²⁷ Habiendo apelado una sola de las partes, el resultado del recurso no puede desembocar en que el recurrente quede en peor situación que la que tenía ante la resolución impugnada (CCivComCont-adm San Francisco, 31-5-99, Rep.L.L. 2000-2117, n° 101, LLC 2000-880, 356-S).

²²⁸ CNCiv., Sala A, 15-3-83, L.L. 1983-C-223; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Hitters, Juan Carlos: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 131/132; Fairén Guillen, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 361/362; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-959.

La finalidad de la doble instancia radica en corregir o enmendar los agravios que al apelante le causa una sentencia errónea o injusta, más no beneficiar a quien o quienes se han manifestado conformes con la primera sentencia. Por ello, el tribunal de segunda instancia no puede reformar en perjuicio del apelante si su contraria ha consentido el pronunciamiento, pues tal proceder lesiona la equidad a la vez que prescinde del valor de la cosa juzgada (ST Corrientes, 22-6-98, Rep.L.L. 1999-2164, n° 63, y LL Litoral 1998-2-842).

²²⁹ Sobre el tema, ver Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-595.

instancia, debe también pronunciarse sobre las pretensiones y defensas planteadas en la instancia anterior. Entonces, a más de resolver el acogimiento o no del recurso, debe emitir decisión expresa, positiva y precisa sobre las pretensiones deducidas, tal como lo exige el art. 163 inc. 6° del CPCCN; el plazo que se otorgue para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución; el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia (art. 163 incs. 7°, 8° y 9°); todo ello, aplicable también a la sentencia de segunda instancia de conformidad a la remisión que hace el art. 164 del mismo Código. En consecuencia, si el acogimiento de la apelación significa el rechazo de la demanda, la sentencia de la alzada debe hacer ambas declaraciones, es decir, hacer lugar a la apelación, y en su consecuencia, rechazar la demanda instaurada; pero si el acogimiento de la apelación implica también el acogimiento de la demanda, el tribunal de segunda instancia debe dictar la sentencia dando todas las pautas relativas a la demanda que se acoge (la declaración sobre el derecho que se reconoce, o la condena que se establece, el monto, plazo para su cumplimiento, etc.); si el acogimiento de la apelación significa solamente la modificación de algunos de los puntos de la sentencia en grado, debe indicar en qué sentido se modifica la sentencia de primera instancia²³⁰.

Como señala Guasp, el contenido de la sentencia de segunda instancia es: "o la desestimación del recurso de apelación y la confirmación del fallo de primera instancia, o la estimación del recurso eliminando ese fallo y dictando, en el mismo acto, otro que se entienda más ajustado a derecho"²³¹.

La sentencia y la creación de derecho

Como señala Vigo, la sentencia judicial no se limita a reproducir una norma general ya dada, sino que más bien se trata de un "aporte creativo y más o menos inédito que el juez elabora para poder subsumir el peculiar caso que le toca resolver"; si bien es cierto que para las partes del proceso judicial la norma que más les importa es la individual contenida en la parte estrictamente resolutoria, pero para la comunidad jurídica lo verdaderamente significativo y trascendente es el enunciado normativo general que lo possibilitó²³².

²³⁰ ver Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 193/294.

Dice Rosenberg que si del examen de fondo resulta que la apelación es infundada, entonces se debe rechazarla mediante sentencia final; es decir, se confirmará la primera sentencia. Si la apelación resulta fundada se debe revocar la sentencia impugnada mediante la llamada casatoria (*iudicium rescindens*), que por lo regular está unida a la nueva sentencia *modificativa*, la resolución *reformadora* (*iudicium rescissorium*) mediante la cual se solucionan todos los puntos litigiosos referentes al objeto de la apelación; excepcionalmente, en los casos marcados por la ley, junto con la revocación de la sentencia, cabe la remisión de la causa a primera instancia (Resenberg, Leo: *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Ángela Romera Vera, Bs. As., Ejea, 1955, t. II, págs. 394/400).

²³¹ Guasp: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo II, pág. 774.

²³² Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, ps. 29/30.

En su tarea específica, el órgano jurisdiccional debe optar muchas veces por una de las soluciones posibles y elige la que considera más valiosa²³³; por ello, más que aplicar una norma aislada, el juez dicta una decisión "desde todo el ordenamiento jurídico"²³⁴; y la tarea interpretativa, por su consustancial discrecionalidad, contiene un acto de creación²³⁵ (entendiendo esta última expresión como la incorporación de algo que no estaba con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico²³⁶). Es decir, la decisión judicial, aparte de resolver el litigio concreto, adquiere trascendencia general al servir de fuente de derecho (aunque sea una fuente secundaria) para resolver casos similares²³⁷.

²³³ Peyrano, Jorge W.: *El "mandato" preventivo*, L.L. 1991-E-1276.

²³⁴ Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, p. 30.

²³⁵ Berizonce, Roberto: *El activismo de los jueces*, L.L. 1990-E-920, ap. VI, 2, a.

²³⁶ Canosa Usera: *Interpretación constitucional y fórmula política*, pag. 12.

²³⁷ Berizonce, Roberto: *El activismo de los jueces*, L.L. 1990-E-920, ap. VI, 2, d.