

1 Doutrina Internacional

EL PROCEDIMIENTO EN LA ALZADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL PROCESO ORDINARIO

EDUARDO MARIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ

Professor titular de Derecho Procesal - parte General y Civil - Comercial

1. El tramite previo

Nuestra ley ritual contempla –en el art.259- que , cuando–el recurso se hubiese concedido respecto de sentencia definitiva dictada en proceso ordinario en el día en que el expediente llegue a la Cámara, el secretario dará cuenta y se ordenará que sea puesto en la oficina. Esta providencia se notificará a las partes personalmente o por cédula: El apelante deberá expresar agravios dentro del plazo de diez días.

2. Antecedentes historicos

Ya en el Código de las Siete Partidas del muy noble Rey Alfonso el Sabio (Rey de Castilla - 1221 -1284) más precisamente , en la TERCERA, TITULO XXIII (de la Apelación), la Ley I definía con maestría:

[...] Que cosa es Alcada, e a que tiene pro (a). Alcada (1) es querella que alguna de las partes faze, de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a emienda de mayor Juez (2): e tiene pro el Alcada quando es fecha derechamente, porque por ella (3) se desatan los agrauamientos que los Juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender.

(a) L. 1, tít. 15, lib. 2 del F. R.- L. 1, tít. 20, lib 11 de la N.R.

Lex I.- Apellatio et querela partis á sententia contra eum lata recurrentis, et ponentis se sub majoris judicis protectione: et per eam justé emissam gravamina reformantur, Hoc dicit.¹

(1) Alcada. Concordat I. praelecti 17. D. de minoribus, et Gloss. 2. quaest. 6.in suma,

¹ *Los Códigos Españoles concordados y anotados.* Tomo Tercero, Código de las Siete Partidas; 2º Edición; Antonio de San Martín, Editor; Madrid 1872; pág. 304

et plenior diffinitionem videas per Abb. in rubric. de appellation. Col. 2.

(2) Emienda de mayor Juez. Et non teneret consuetudo appellandi ad parem, vel minorem judicem, quia esset contra naturam appellacionis, ut per Gloss. in cap. non putamus, de consuetud. lib 6. de quo videas Dominicum, et Abb. in cap. fin. de dilat. Felin. col. fin. in rubric. de appellation.

(3) Por ella. Concordat l. 1. In princ. D. eod.

3. Procedimiento

Nos encontramos ante el trámite en segunda instancia del recurso de apelación concedido “libremente”, con efecto suspensivo e inmediato, contra la sentencia definitiva recaída en proceso ordinario que, por imperio de la reforma de la ley 25488, ya es la única que corresponde conceder en esta forma, habida cuenta la infortunada supresión del proceso sumario por la apresurada legislación referida (tanto que ni siquiera cuidó de eliminar las alusiones al “sumario derogado en la norma en comentario y en otras de este código). El secretario de Cámara hará saber oralmente al presidente de la sala que resultó adjudicada, la llegada de las actuaciones y éstas serán puestas en la oficina de la mesa de entradas de secretaría por aquél (cf. art. 273 del CPCCN). Esta providencia tiene por objeto posibilitar al apelante la fundamentación del recurso concedido libremente, toda vez que en nuestro ritual no está permitido hacerlo junto con su interposición (cf. art 245, segundo párrafo, cód.cit.). No obstante, si se ha dado curso a la apelación efectuada en violación a la norma, aquélla debe considerarse fundada. Cabe recordar que la sala que resultó sorteada para la primera intervención de la Alzada, continuará conociendo en virtud de la “perpetuatio iurisdictionis”, tanto en las actuaciones principales, como en los incidentes, tercerías, causas conexas, etc.

4. Forma de la notificación

La doctrina ya sostenía en forma unánime que la notificación en segunda instancia respecto de los recursos concedidos libremente debía realizarse en forma personal o por cédula.² *Ya no cabe distinguir como antes si había mediado intervención anterior de la Alzada, en cuyo supuesto se notificaba automáticamente.. En consecuencia y encontrándose expresamente previsto en la norma, dicha providencia se notifica por cédula en todos los casos. Pero la parte debe concurrir para examinar el expediente y activarlo, porque insólitamente, en muchos casos de inercia del tribunal, igual cabe la perención de segunda instancia.*³ *La notificación debe practicarse tanto al apelante como al apelado, pues éste cuenta con la posibilidad de controlar que aquél presente en plazo el escrito de expresión de agravios y en caso contrario, solicitar su deserción. Debe acompañarse copia del escrito, en orden a lo dispuesto en el art. 120 del rito y tantas como partes con derecho a contestarlo, actuen en autos.*

² Alsina, “Tratado...”. 2ª. ed., t.4, pag. 387, n°3; D’Alessio- Yáñez Álvarez, “Código...”, t°1, pág.212.

³ Falcón, “Comentario al Código Procesal...”, T°I, pág. 387.

5. Carga de la notificación

Es sabido que la norma en comentario, no pone a cargo de la Sala las notificaciones a las partes de la providencia en ella referida y será aquélla que tenga interés en mantener vivo el recurso de apelación, quien deberá redactar la cédula correspondiente.⁴

6. Carácter y computo del plazo

Tal como lo dispone el art. 155 del rito, el plazo es perentorio y la falta de presentación en término no resulta subsanable. Pese a ello, en alguna jurisprudencia cordobesa se ha considerado que el plazo para expresar agravios es perentorio no fatal, que significa que el acto procesal puede cumplirse válidamente una vez vencido aquél, mientras el adversario no haya solicitado el decaimiento del derecho⁵. La concesión del recurso importa un acto procesal inapelable. Corre desde el día siguiente de la notificación de la providencia del art.259, sea personal o de la recepción de la pertinente cédula. Es independiente para cada uno de los apelantes, aunque sean partes contrarias o litisconsortes. Ello es así, porque los plazos individuales son la regla general y los comunes la excepción, que debe derivar expresa o implícitamente de la ley.

Acertada técnica legislativa posee la adjetiva santafesina, cuando en su art. 364 dispone que el traslado al apelante para expresar agravios se hará bajo apercibimiento de tenerse por operada la deserción del recurso.

7. Cómputo del plazo

El plazo establecido por el art. 259 del Código Procesal para la presentación de los agravios, reviste carácter individual, por lo que corre de manera independiente para cada uno de los apelantes, sean partes contrarias o litisconsortes, a partir del conocimiento de la providencia allí prevista. Ello, en virtud de que los plazos individuales constituyen la regla general, y los términos comunes, la excepción que debe surgir expresa o implícitamente de la ley (CNCiv., Sala B, 17-04-96, Varela, R.E. y otro contra Hidalgo, C.F. sobre daños y perjuicios, E.D. 169-1027).

8. Suspensión del plazo

El plazo para expresar agravios no se suspende por el hecho de no encontrarse el expediente en el juzgado porque, a diferencia de lo que ocurre en la oportunidad de los alegatos, no es requisito para que ese plazo corra que el interesado tenga la posibilidad de retirar el expediente (CCC Resistencia, Sala 1a., "Salin c/ E. Escalante, del 23-3-82).⁶

⁴ Fenochietto, C.E.: "Código....", Tº 2, pág.87, Astrea

⁵ C2a.CCCórdoba, mayo21-996; L.L.C., 1996-933.

⁶ Palacio, L.E. y Velloso, A.A., "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzo-

Por el contrario, siendo el plazo que tiene cada parte para presentar el memorial de carácter individual, corresponde considerar suspendido al que corría para la actora, atento el retiro del expediente por parte de la contraria (CCC Salta, Sala 3a., "Saracho c/ Roldán", del 23-6-88).⁷

9. Expresión de agravios - concepto

*Al decir de Liebman, "está implícita en el concepto de recurso la idea de una oposición, de un ataque recurrir de una sentencia significa denunciarla como errada y pedir una nueva sentencia que remueva el daño injusto causada por ella."*⁸

En igual orden de ideas y dirigiéndonos a la apelación ésta "es el recurso interpuesto originariamente por la parte a quien perjudica la resolución recurrida, la cual asume así la iniciativa de su eliminación y de su sustitución por otra"⁹, resulta evidente la necesidad por parte del apelante de realizar una debida fundamentación para lograr este propósito. Y así lo exige la norma. "Con una locución castiza y clara designan nuestras leyes la carga que tiene el litigante a quien se le concedió un recurso libre, de fundamentarlo"¹⁰, posibilitando así la instancia revisora y fijando el ámbito de la misma de acuerdo con el adagio latino "tantum devolutum quantum appellatum". En efecto. Los tribunales de apelación no pueden exceder -en materia civil- la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional"¹¹

Según Piero Calamandrei, en apelación "el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sí lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura" ("Apuntes sobre la reformatio in peius", en "Estudios sobre el proceso civil" trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Bs. As., 1961, pág. 301).¹²

Es susceptible de llevarse a la Alzada todos los vicios in procedendo (nulidad), como los in iudicando (apelación), ya que en definitiva, por tratarse de un recurso ordinario los motivos que habilitan la alzada no están para nada tipificados de antemano, como sucede en los remedios extraordinarios, cuyos carriles corren a través de causales prefijadas por la ley, a diferencia de la apelación, donde basta con acreditar la

ni, T° VI, pág. 356.

⁷ auts. y op. cit. nota anterior, pág 357.

⁸ Liebman, Enrico Tullio: "Manuale di diritto processuale civile, II, N°288, p.253.

⁹ Guasp, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1968, T°II-734

¹⁰ Podetti, Ramiro J.: "Tratado de los Recursos", pág. 163

¹¹ Disidencia parcial del Dr. Petracchi, C.S.J.N., 15-07-997, RED32-558

¹² Peyrano, J.W., Vázquez Ferreyra, op. cit, pág. 145.

injusticia o la nulidad, sin necesidad de invocar causales específicas.¹³ *La expresión de agravios debe ser una expresión de ciencia de la parte recurrente, fundada en la razón.*¹⁴

Si se recuerda que constituye un deber para el juez dar debido cumplimiento a lo dispuesto en el art. 163 del ritual, fundando en derecho y acabadamente su sentencia, no cabe duda que constituye la contrapartida para el apelante atacar debidamente los términos de la decisión o concretar algún error en el pronunciamiento de grado, bajo pena de padecer la deserción del recurso en caso contrario.

No está permitido hacer valer en ella pretensiones que no lo fueron al trabarse la litis con excepción de la prescripción liberatoria. Si no se expresare agravios o ésta resultare insuficiente a juicio del ad quem -quien debe controlar tal suficiencia- el recurso se considera desierto y la sentencia impugnada entra en autoridad de cosa juzgada.

Está vedado en segunda instancia, la remisión a escritos precedentes y el apelante debe realizar una argumentación apropiada y conforme a las prescripciones rituales ante la alzada.

Por lo demás, debe considerarse consentida la sentencia de primera instancia en todas sus conclusiones no rebatidas, porque hay en ello una limitación tácita del recurso, todo lo cual no impone un largo discurso y antes bien el laconismo continuará siendo un método.¹⁵

*Si el escrito de expresión de agravios se presenta -por error inexcusable- en primera instancia no puede hacerse valer la fecha del cargo de ésta y si hubiese transcurrido el plazo legal, no hay duda que deberá declararse desierto el recurso. No obstante, se ha decidido en alguna oportunidad, que ello no impide que, para que no prevalezca un injustificado rigor formal, puedan existir circunstancias que, sin comprometer el normal desarrollo del proceso y la actividad de la judicatura, tornen admisible, con carácter excepcional, una solución distinta, cuando no se prive a la otra parte del ejercicio de las facultades que le corresponden o de contrarrestar los efectos de un eventual acto procesal sorpresivo o no se produzca una distorsión de la actividad jurisdiccional.*¹⁶

Debe presentarse con firma de letrado, de conformidad con la clara normativa del art. 56 del rito nacional que contempla expresamente ese requisito para el supuesto de la expresión de agravios. Resulta factible de aplicación en el caso el art. 48 del código citado, que permite la presentación por gestor.

¹³ Hitters, Juan Carlos: “Técnica de los Recursos Ordinarios”, pág. 441 y sus citas, L.E.P., 2000.

¹⁴ Rivas, Adolfo Armando: “Tratado de los recursos ordinarios”, Tº2, pág. 473.

¹⁵ Ibáñez Frocham, Manuel: “Tratado de los Recursos”, pág. 194 y sus citas.

¹⁶ S.C.B.A., 16-8-77, D.J.B.A., 112-158

10. Oportunidad para fundar las apelaciones concedidas con efecto diferido, actualización de cuestiones y pedido de apertura a prueba en la alzada

Dispone el artículo 260 del código adjetivo que dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo anterior y en un solo escrito, las partes deberán:

1. Fundar los recursos que se hubiesen concedido en efecto diferido. Si no lo hicieren, quedarán firmes las respectivas resoluciones.
2. 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 artículos 379 y 385 *in fine*. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna.
3. 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.
4. Exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior.
5. Pedir que se abra la causa a prueba cuando:
 - Se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365, o se tratase del caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 366,
 - Se hubiese formulado el pedido a que se refiere el inciso 2 de este artículo.

11. Plazo

El plazo para el tratamiento de distintas cuestiones procesales que contempla esta norma, es autónomo respecto del establecido para la expresión de agravios. Comienzan el mismo día y corren simultáneamente. No interrumpe el plazo para fundar el recurso. Si se presentare conjuntamente con el escrito de expresión de agravios -como acontece en ocasiones-deberá efectuarse dentro de los cinco primeros días.

De existir litisconsorcio, no por ello varía aquél principio, de modo que el tiempo correrá en forma separada para cada uno de sus componentes, independientemente de la actitud que puede asumir el o los contrarios o quienes se encuentren en su misma posición.¹⁷

Si el apelante desistiera del recurso o éste por cualquiera de los dos su puestos -no presentación o insuficiencia de la expresión de agravios- no serán tratadas las cuestiones que se contemplan en la norma

¹⁷ Rivas, A.A.: “Tratado de los recursos ordinarios...”, Tº2, con cita de Loutayf Ranea, Roberto G.

12. Fundamento de las apelaciones diferidas

***Inc.1º.** Los recursos de apelación que hubieren sido concedidos en primera instancia, deben ser fundados en la Cámara -en el plazo comentado- en oportunidad que el proceso se encuentra en aquélla para conocer en la apelación concedida contra la sentencia de primer grado. De no hacerlo, quedan firmes las resoluciones impugnadas. Si los recursos así concedidos fueron varios, deberán ser fundados con los respectivos memoriales pero en un solo escrito. Del memorial se dará traslado al apelado y contestado o vencido el plazo para hacerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 268 , la Sala resolverá antes del llamamiento de autos.*

Algunos de estos recursos de trámite diferido pueden haber sido resueltos con anterioridad, si la Cámara debió conocer en el mismo en virtud de la impugnación general del incidente que integraban, porque en muchos supuestos el trámite diferido está propuesto para parte de las cuestiones que decide la interlocutoria incidental (art. 69, in fine)pero no existe efecto diferido para las restantes. Quiere decir que el efecto diferido se produce en la oportunidad en que la impugnación de las cuestiones a que está referido es llevada a la alzada con posterioridad, pero no en caso de que el expediente vaya a la Cámara con motivo de otras cuestiones tratadas juntamente con aquellas a las que se asigna este trámite especial.¹⁸

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Civil y Comercial y que finalmente culminara con la sanción de la ley 17.454 (B.O.7-11-967), base de nuestra actual rito nacional, la Comisión redactora integrada nada menos que por Palacio, Ayarragaray, Colombo, Cichero, Anastasi de Walger y Carneiro, destacaron como importante novedad la incorporación de las denominadas “apelaciones en efecto diferido”. Tiende a otorgar mayor agilidad y celeridad al régimen de apelación de providencias simples y resoluciones interlocutorias, como arbitrio destinado a evitar las demoras que implican las frecuentes remisiones a la Cámara durante la sustanciación del proceso (art. 247 y sus aplicaciones particulares en normas como la de los arts. 69, 509, 557, etc.) .

13. Replanteo de prueba

En atención a la inapelabilidad de las resoluciones del juez de primera instancia que preceptúa el art 379 del código adjetivo -que versen sobre producción, sustanciación y denegación de pruebas-, las partes tienen la facultad de solicitar en Cámara que se produzcan las medidas probatorias de interés para ellas y que hubieran sido denegadas o respecto de las cuales hubiese recaído declaración de negligencia.

La sala debe resolver sin sustanciación y con anterioridad al llamamiento de autos, en providencia debidamente fundada en derecho. Si se declara procedente, debe

¹⁸ Falcón,E.M.: “Cód. Procesal...” Tº II, pág. 417, Abeledo- Perrot, 1983.

notificarse también a la contraparte, haciéndosele saber todo lo necesario para que pueda ejercer el contralor de las pruebas.

Resulta indudable que debe desestimarse el replanteo, si la resolución del a quo es ajustada a derecho.

Dado que la petición debe fundarse, corresponde efectuar aquí también la crítica concreta y razonada de la resolución de primera instancia que desestimara la prueba o la declarara caduca por negligencia, indicando los errores del juzgador y los motivos por los que resulta conveniente su producción en la Alzada, explicando incluso el interés para ejercitar el “replanteo de pruebas”. Igualmente, resulta necesario demostrar que no hubo demora o desidia en la producción de las probanzas. En caso de duda sobre las negligencias declaradas en primera instancia, debe prevalecer el replanteo de prueba en la Cámara.

En cambio, el replanteo debe ser admitido cuando el juez denegó mal la prueba o decretó indebidamente la negligencia, privando así a la parte de formar favorablemente con la prueba frustrada, la convicción del juez respecto de los hechos invocados¹⁹

*Están facultados para replantear la prueba el apelante y el apelado, porque este último, no obstante haber sido vencedor, puede tener interés en que la Cámara cuente con mas elementos para confirmar la sentencia*²⁰

*Obviamente, debe también la parte interesada requerir la apertura a prueba de la segunda instancia a fin de que se diligencien las medidas probatorias de que se trate.*²¹

*Debe tenerse presente que si el expediente no llega a la Cámara en virtud de la apelación de la sentencia definitiva, el replanteo no tiene posibilidad de efectuarse. Es improcedente también el replanteo, cuando la sentencia definitiva es inapelable por el monto del proceso (art. 242, inc.3°, segundo párrafo).*²²

*La finalidad parece clara en la orientación del Código vigente: la vía se halla establecida hacia una mayor apertura a la instrucción del proceso por medios probatorios no producidos por haber sido injustamente denegados o clausurados, pero no poner en tela de juicio ante la alzada, la íntegra actividad procesal del juez y de las partes en el estadio probatorio del proceso.*²³

Una cuestión que puede discutirse es sobre si el replanteo constituye a su vez, un

¹⁹ Colerio, Juan Pedro: “El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo”, en Revista de Derecho Procesal -Medios de impugnación- Recursos, tºI, Rubinzal-Culzoni, 1999.

²⁰ Arazi, Roland: “Derecho Procesal...”, TºII, pág. 87; Rubinzal, 1999.

²¹ Palacio. L.E: “Derecho Procesal...”, Tº V, pág. 280, Abeledo

²² Aut. y ob.cit. en nota 17, págs. 102 y 104

²³ Lima, Susana M.R.: “Una sana limitación del replanteo de pruebas en la alzada”, en E.D.157-247.

recurso. En este sentido, se afirma en doctrina que si el replanteo requiere que en primera instancia se haya ofrecido la prueba, y el recurrente tiene la carga de demostrar que las medidas probatorias han sido erróneamente denegadas o que promedia yerro o sinrazón en la declaración de negligencia o de caducidad, dando los debidos fundamentos, es evidente que se está revisando la decisión del a quo, se está re-corriendo un tramo del proceso, el replanteo participa ontológicamente de la categoría de recurso.

El hecho que no se deba o pueda apelar inmediatamente luego de denegada la prueba o de declarada la negligencia o caducidad, no debe oscurecer el epicentro del fenómeno; lo concreto es que a través de este canal de acceso, el justiciable tiene un mecanismo para que la cámara “revise” la justicia o no de la denegatoria y ello emparenta a la figura con el recurso.

Por otro lado, no tiene demasiada trascendencia que el legislador opte por la denominación de “replanteo”; lo que interesa es la médula de la institución, no su ropaje.²⁴

Al respecto, se ha decidido que el llamado replanteo de prueba constituye un instituto susceptible de ser entendido de dos modos bien diversos. De un lado, pudiera pensarse que suple los recursos antiguamente autorizados respecto de las decisiones judiciales relativas a la admisión y producción de la prueba; a modo de un gran recurso de tramitación diferida y cuya apertura deriva de la ley misma como en la llamada “consulta”. Diversamente de ello, pudiera decirse que el cambio de sistemas de apelaciones contra las decisiones de admisión y producción de pruebas importó hacer estas irrecurribles cabalmente, vía de revisión sustituida más que modificada, por el establecimiento de una facultad de indagación del tribunal de Alzada, el cual cabría recibir pruebas según la utilidad que parecieran poseer a la luz de una visión final de la causa ya sentenciada²⁵.

La recepción de prueba en segunda instancia es excepcional y los supuestos de admisibilidad son de interpretación restrictiva. (CNCiv., Sala E, agosto 20-1999, 430 SJ, Ed 185-688).

Debida fundamentación

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 (conf. arts. 379/385 “in fine” y 260 inc. 2). Es obvio que ello sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia respecto de ellas. De ahí que la petición debe ser fundada,

²⁴ Condorelli, Epifanio J. L., “Código Procesal Civil de Buenos Aires Comentado, Tomo I, Zavallia Editor, p. 637.

²⁵ CNCom., Sala D, “Casalia, Fernando C. H. c/ García Héctor J. y otro, del 6-3-84, LL. 1984-C, 115.

debiendo justificar el interesado que de su parte medió demora, desidia o desinterés en la producción del respectivo medio probatorio (CNCiv., Sala A, “Minigozi, Horacio c/ Geller, Noemí s/ sumario. Recurso de apelación, del 13-6-98).

Quien formula el replanteo de prueba debe, además de efectuar una crítica concreta y razonada de la resolución que denegó la prueba o -como en el caso- de la que declaró su caducidad, señalar la importancia de dicha prueba a los efectos de resolver la causa (conf. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los Recursos Ordinarios*, pág. 484, ed. Librería Editora Platense, 1985; Oteiza, Eduardo, *El replanteo de prueba*, La Ley 1990-B-45). Por tal razón, la ausencia de toda referencia a este último aspecto conduce al rechazado del replanteo de prueba formulado. (CNCiv.; Sala D; “Gomez, Jorge Julio c/ Patania, Guillermo Salvador s/ordinario”, expte. 147.015/95).

El replanteo de prueba en segunda instancia (Art. 260, inc. 2° Código Procesal) se refiere exclusivamente a los casos en que medie negativa de alguna medida probatoria -Art. 379 del cit. Código- o declaración de negligencia -Art. 385 in fine- y no cuando la controversia se refirió al derecho de producir prueba, por haberla declarado el Juzgador inoportuna (cfr. CNEsp. Civ. Com., Sala IV, in re “Marchelli” del 20-8-74, Rep. LLL XXXV, pág. 1368, sum. n° 62; Acosta, J.V. “Procedimiento Civil y Comercial de Segunda Instancia”, T. I, pág. 249; Fassi-Yañez, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”. T.2, págs. 469/470, N° 11, texto y nota n° 21) (CN Civ. y Com., “Coy, Julio Ramón c/Telefónica de Argentina S.A s/sumarísimo”, del 14-6-95).

Prueba no practicada en 1° instancia

El replanteo de la prueba denegada en la primera instancia o respecto de la cual hubiera mediado declaración de negligencia autorizada por el art. 260 inc. 2° Código Procesal, debe efectuarse, debe efectuarse en forma similar a lo que ocurre tratándose de un memorial o expresión de agravios, formulando una crítica razonada de la resolución recaída sobre el particular (CNCiv., Sala H, “Dari, Ana M. c/ Brandi, Jorge E., del 27/3/91, JA. 1991-IV, síntesis).

Prueba practicada en primera instancia - Improcedencia del replanteo para que se la tenga por no producida

El replanteo de prueba en la Alzada es pertinente para pretender la producción de prueba en la segunda instancia, pero no para reclamar que se tenga por no producida prueba realizada en la primera. (CNCom., sala D, 23-11-1993, en E.D.157-248, fallo 45.658).

Inexistencia de denegatoria de prueba ni negligencia mal declarada

Si no existe denegatoria alguna de la prueba ofrecida ni negligencia mal declarada, corresponde desestimar sin más trámite.(CCC 1, La Plata, 10-11-77, causa B-43.923, en JUS 27-66-94).

No estando en presencia de un supuesto de prueba denegada en origen, ni tampoco ante un planteo efectuado a raíz de una negligencia declarada por el “a quo” es totalmente improcedente la pretensión de producir en la alzada prueba que por lo demás, ni siquiera ha sido ofrecida oportunamente (CCC 1, La Plata, 24-11-77, causa B-44.093, en JUS 27-66-95).

14. Presentación de documentos

INC. 3°. Se trata de una facultad excepcional .que corresponde a cualquiera de las partes La norma posibilita la presentación de documentos vinculados con hechos que hagan a las pretensiones o a la defensa, de fecha posterior al llamamiento de autos en primera instancia. Ello, en ocasiones, puede resultar decisivo para el resultado del recurso. Respecto de los anteriores, será admisible siempre que -suministrando explicaciones razonables y verosímiles- se afirmare el desconocimiento de su existencia. Al respecto, se ha considerado constitucional esta norma, por no comportar una irrazonable reglamentación de la garantía de defensa en juicio²⁶

El conocimiento requerido debe ser referido a la parte y no a su representante

*La contraparte de la que intenta incorporar documentación, al contestar el traslado, puede de arrimar contraprueba, consistente en instrumentos que se opongan al contenido de los presentados*²⁷

La agregación de prueba documental en la Alzada debe ser interpretada restrictivamente (CNCiv., Sala D, “Mazza, Norberto c/ Palazzesi, Osvaldo O., del 20-4-81, LL 1981-C 431).

La presentación de instrumentos en segunda instancia importa una excepción a la regla contenida en el art. 333 del Código Procesal que debe ser estimada con criterio restrictivo (conf. Fenochietto, Carlos “Código Procesal Civil y Comercial Comentado”, Tomo 2, pág. 90, ed. Astrea, 1999). Vale puntualizar ello pues tanto la sentencia laboral dictada en la causa seguida ante ese fuero por las mismas partes como la expresión de agravios de la demandada no constituyen en puridad un “hecho nuevo” sino documentos que el actor pretende agregar en esta instancia como prueba de su pretensión indemnizatoria (más precisamente del ítem lucro cesante rechazado por el Sr. Juez “a-quo”). Ahora bien dado que el art. 260 impone que el documento sea de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido conocimiento de ellos, los mismos no serán aceptados. (CNCiv.; Sala D; “Padelin, Pedro c/ Coordinación Ecológica Area Metropolitana Soc. y otro s/ ds. y ps”, expte. 19.792/95).

²⁶ Fassi-Yañez: “Código...”, T°2, pág. 472 y sus citas, Astrea.

²⁷ Rivas.A.A.: “Tratado de los recursos ordinarios...”, pág 530, con citas de Palacio e Hitters, Ábaco

Consideración de hechos sobrevinientes

El art. 260 inc. 3 del Código 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 variar las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho aplicable (CNCom., Sala A, 9-12-99, "Frigolomas s/ concurso preventivo") La Ley, 2000-E, 920, J. Agrup., caso 15.236.

Documentos nuevos o desconocidos. Documentos nuevos o desconocidos

A efectos de ofrecer prueba documental en 2º instancia no rigen las restricciones y plazos que para las demás probanzas ordinarias (C. Civ. y Com. Rosario, Sala 4º, "Banco Popular de Rosario c/ Javkin, V. M., del 28-9-92, JA. 1994-III, síntesis)

15. Confesión judicial

INC.-4º.-*Solo se permitirá la confesión en segunda instancia si versare sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior. Del pliego y de su confrontación con el de primera instancia, surgirá si su contenido es distinto, y se refiere a hechos articulados en los escritos constitutivos, o hechos sobre los que no haya mediado absolución de posiciones.²⁸ Por nuestra parte, consideramos que -conforme al texto en comentario- si no se produjo prueba confesional en el ámbito de primer grado, no existe reparo legal para que se pongan posiciones en la Alzada.*

Derecho de las partes

Las partes tienen el 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, 30-04-1981, L.L. 1981-C-449.)²⁹

Materia sobre la que debe versar la confesión

La absolución de posiciones en segunda instancia sólo puede versar sobre hechos que no integraron el pliego de posiciones en primera instancia (CNCiv., Sala B, 13-5-77, ED 75-54)³⁰

No resulta admisible la absolución de posiciones en segunda instancia si no se alegaron en la Alzada hechos nuevos sobre los que pudieran versar nuevas

²⁸ Ob., aut. y pág. cit. en nota anterior.

²⁹ Gozáni, O.C.: "Cód. Proc...", pág. 143, L.L. 1998.

³⁰ Palacio y Velloso, op. cit., pág. 371

posiciones ni se indicó, por otra parte, aquellos que hubiesen sido objeto de dicha prueba en primera instancia (CNCiv., Sala C, 19-8-69, ED 29-127 y Sala F 17-5-78, LL 1979-D-621 (35.327-S))³¹

16. Apertura a prueba en la alzada

Inc.5 HECHOS NUEVOS .Apart. a) *A los fines de la norma, son hechos nuevos aquéllos que puedan influir en la sentencia y que se conozcan o acaezcan luego de la oportunidad prevista en el art.334 del rito nacional o sea, luego del quinto día de notificado el auto de apertura a prueba (art. 365); o que habiendo sido propuestos ante el juez de primer grado, éste lo hubiera rechazado (art366). En este supuesto, al igual que en los casos de replanteo de pruebas denegadas o decaídas por negligencia por el a quo, deberá solicitarse la apertura a prueba en Cámara.*

Pueden ser invocados no solo por el recurrente sino también por el recurrido, toda vez que el art. 260 se refiere a las partes, sin distinción.³²

Resulta evidente que el hecho nuevo alegado en esta instancia, no puede ser basamento de una nueva pretensión o defensa o una modificación de las esgrimidas, respectivamente, en el grado anterior. Por lo demás, deben ser fundados para su admisión.

Las facultades conferidas a las partes, de plantear en segunda instancia la apertura a prueba, deben ser encaradas con criterio excepcional y restrictivamente, puesto que en el orden normal de las cosas, como principio, en segunda instancia no se abre el juicio a prueba.³³, toda vez que los hechos normalmente deben afirmarse y probarse en el lugar natural de instrucción del proceso, que es la primera instancia.

Las presentaciones del artículo 260 están condicionadas a que dentro de los plazos legales se expresen los agravios sobre el fondo, pues en caso contrario, se tendrán por desistidas.³⁴

Carácter excepcional

El hecho nuevo importa una ampliación del debate sobre la prueba significa una excepción al régimen preclusivo que estructura nuestro proceso, lo cual permite calificar de excepcional su admisión (CNFed.Civ.y Com., Sala I, 2-3-99, "Vitalo, Hugo A. c/Sanatorio Duval SRL y otros", LL, 1999-D-274, DJ, 1999-3-169).

Los hechos integrativos de la litis, así como los elementos tendientes a probarlos, deben ser incorporados al proceso ante la primera instancia, donde corresponde

³¹ Ídem nota anterior.

³² Hitters. J.C.: "Técnica de los recursos", con cita de Colombo, pág. 472

³³ Levitán, José: "Recursos en el proceso...", pág 74, Astrea, 1986

³⁴ Falcón, E.M.: "Comentario al Código..." ,pág. 389, Abeledo.Perrot, 1998.

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 admisibilidad (CNCiv., Sala H, 3-9-97, “Kirikian, Jorge A. c/Delmas Sabia, Marcos A.”, LL, 1998-B-434).

Oportunidad para su articulación

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. 5º apart. “a” del mismo cuerpo legal, lo cual corresponde al instituto de la preclusión, la celeridad y el orden de los procesos. (CNCiv., Sala H, “Kirikian, Jorge A. C/ Delmas Sabia, Marcos A., del 3-9-97, LL 1998-B, 434).

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 concurran algunos de los supuestos que contempla el inc. 2º 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, febrero 23-1999, 552-SJ, ED 187-691).

Supuesto de aplicación de la ley extranjera

La invocación de la ley extranjera impone a quien lo hace, en principio, la demostración de su existencia como si se tratara de un hecho (art. 13, Cód. Civil,) por lo que debe alegarse en la oportunidad correspondiente. Si quien tenía a su cargo la prueba de la ley extranjera no lo hizo, no podrá suplir la omisión en que incurrió, pretendiendo introducir las probanzas como “hechos nuevos” en la alzada, pues estos deben referirse estrictamente a acontecimientos que tienen relación con la litis, y no a la prueba de los hechos ya invocados. (CNCiv, Sala E, “Menéndez, Enrique J. c/ Drago, Alejandro R.A., del 23-10-1978, ED 90-225).

Comparecencia del rebelde

Se ha decidido que El declarado rebelde que compareciere con posterioridad a la apertura a prueba, puede solicitarla en la alzada si alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del Código Procesal (CNCiv., Sala F, “Alava de Cisneros, Cristina c/ Gimenez, Mario A. s/ desalojo” del 10-10-89). *El declarado rebelde que compareciere con posterioridad a la apertura a prueba, puede solicitarla en la alzada si alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del Código Procesal (CNCiv., Sala F, AlavadeCisneros,Cristinac/ Gimenez,MarioA.s/desalojo del 10-10-89).*

En el mismo sentido se dispuso queEl art. 66 del Código Procesal que establece que si el rebelde hubiese comparecido después de la oportunidad en que ha

debido ofrecer la prueba y apelare la sentencia a su pedido se abrirá la causa a prueba en segunda instancia en los términos del art. 260, inc. 5°, ap. a) del Código Procesal, crea una situación que debe interpretarse con criterio restrictivo. Ello por cuanto la remisión apuntada implica que la apertura a prueba sólo es admisible en segunda instancia, cuando el declarado rebelde alega un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365, o cuando el hecho nuevo fue alegado en primera instancia y fue rechazado, habiéndose interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución, o cuando habiendo ofrecido prueba en la anterior instancia la misma hubiera sido declarada negligente. Una distinta solución implicaría una flagrante contradicción con lo prescripto por el art. 64 del Código Procesal en cuanto a que la sustanciación del proceso en ningún caso puede retrogradarse por la posterior presentación del rebelde. (CNCiv., Sala A, "Villar de Cortiñas, Lina J. c/ Pereyra, Eduardo A. s/ desalojo, del 23-5-89).

Fundamento concreto

La articulación del hecho nuevo en la Alzada debe ser debidamente concretado, explicitando 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 solución (CNCiv., Sla C, febrero 23-1999, 552-SJ, ED, 187-691).

Relación directa. Recaudos

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 Código Procesal (CNCom., Sala A, 10-9-99, "Brosman, Daryl y otro c/ Bel Ray Arg. S.A.") La Ley, 2000-B, 239 - DJ, 2000-1-1011.

17. Producción de pruebas denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubo declaración de negligencia y replanteadas apart. b)

Se encuentra otorgada aquí la factibilidad de solicitar que se abra la causa a prueba a efectos de producir las probanzas que el juez no hubiera admitido en la primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia y que el oferente tenga interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 *in fine*.

Corresponde la notificación personal o por cédula del auto que determina la apertura a prueba en la alzada (argumento de los artículos 135 inciso 3 y 262 *caput* del rito).

La apertura a prueba en la Alzada sólo es procedente en el caso de recursos concedidos libremente y rige indistintamente para el apelante y el apelado, aunque algún fallo lo ha negado para el apelado en la Capital Federal, también lo ha resuelto en este último sentido, la Suprema Corte de Justicia Provincial según se ha expresado en el apart. 19º), b) - Ac. 29.301, 2-IX-80, D.J.B.A., Supl. Doctr. Fallos dictados por S.C.B.A. en septiembre 1980, pág. 33, nº258 .

*En 2º instancia se puede pedir la apertura a prueba cuando alguna prueba ofrecida en la instancia inferior con arreglo a derecho, no haya sido admitida. (C. Civ. y C. Ros., Sala 4º, "Northrup King Semillas S.A. c/ Florentino, Alberto Héctor s/ cobro de pesos. Rep. Zeus T. 9, pág. 944)*³⁵

La apertura a prueba es de carácter excepcional, resultando improcedente cuando so pretexto de que existen hechos de difícil justificación, lo que se pretende, realmente es suplir la inacción probatoria de la 1º instancia (C. CIV., C. y Lab. Rafaela (S.F.), "Alvarez, Marta R.M. de c/ Sanatorio Moreno S.R.L. s/ laboral", del 6-9-91, T. 58 R-5 (nº 13429). Rep. Zeus T. 10, pág. 987).³⁶

*No es admisible la apertura del período probatorio en la Alzada si la prueba que allí se intenta lograr pudo solicitarse en 1º instancia y así no se hizo (C. CIV., C. y Lab. Rafaela (S.F.), "Alvarez, Marta R.M. de c/ Sanatorio Moreno S.R.L. s/ laboral", del 6-9-91, T. 58 R-5 (nº 13429). Rep. Zeus T. 10, pág. 987).*³⁷

El caso de los Incidentes

Respecto de los incidentes, no existe ninguna disposición que establezca en qué casos debe abrírselos a prueba. Es facultativo del juez, sin perjuicio de su oportuna consideración en la alzada (cfr. CNCiv., sala C, 20-2-92, "Cattaneo, Silvio c/ Sampaolesi, Héctor s/ Ds. y Ps.", sumario nº 10898).

Prueba ofrecida y desistida en primera instancia- Improcedencia

No procede la apertura a prueba en la alzada cuando tenga por objeto la producción de una prueba ya ofrecida y desistida en primera instancia. (CNCom., sala A, 31-03-1981, BCNCom, 981-2-7)³⁸

Supuesto de Incontestación de la demanda

No puede admitirse un uso abusivo de los procedimientos implementados para garantizar los principios de bilateralidad y defensa en juicio, lo que ocurre cuando

³⁵ Peyrano - Vázquez Ferreyra, op. cit. pág. 164.

³⁶ Ídem nota anterior, pág. 165.

³⁷ Ídem nota anterior.

³⁸ De Gregorio Lavié, Julio: "Código Procesal...", TºI, pág.699, Ediar, 1985

la accionada, pese a no haber contestado la demanda ni ofrecido la prueba en la oportunidad debida prueba alguna, apeló la resolución que declaraba la cuestión como de puro derecho y la sentencia, pidiendo, además, la apertura a prueba en segunda instancia, sin fundar debidamente el recurso y formulando planteos contradictorios. Tal actitud configura el supuesto previsto por el art. 45 del Código Procesal, cuya aplicación debe hacerse extensiva al letrado patrocinante (CNCiv., Sala I, “Konex S.A.C.I.F.I.M. c/ Aboal, Francisco Sebastián s/ desalojo”, del 27-6-96).

Nueva Pericial en la Alzada

Resulta improcedente la reapertura de prueba en la Alzada a fin de realizar una nueva pericia —en el caso, hematológica en un juicio de filiación— si no se da la situación del art. 260 inc. 2° del Cód. Procesal al no haber denegación de prueba en la instancia de grado y el propio peticionante en distintas presentaciones y escritos se comprometió por anticipado a aceptar las conclusiones de la pericia (CNCiv., Sala K “P., S. B. C/ S., L.A., LL, 2002-B-353).

Hecho nuevo invocado en la Alzada

Ante el hecho nuevo invocado en la Alzada y la ausencia de contradicción en el plazo fijado por la ley adjetiva por parte de la contraria, procede decretar la apertura en segunda instancia por el plazo de 40 días al serle aplicables las disposiciones pertinentes del proceso ordinario (art. 262, Cód. Procesal —ADLA, XLI-C, 2975-). (CNCiv., Sala F, “S. De E., H. c/ E., E., del 1-6-1983, LL 1983-D, 614).

Conclusiones

Lo hasta aquí descripto evidencia lo alambicado de nuestro actual procedimiento ordinario en segunda instancia en el orden nacional. Ello conspira, sin dudas, a preservar el “plazo razonable”³⁹ de sustanciación del proceso, tan reclamado no solo por el justiciable y por el preambular constitucional de afianzar la justicia, sino también por el artículo 18 de nuestra Carga Magna y 8 del Pacto de S. J. de Costa Rica y los propios fallos del Tribunal cimero⁴⁰.

En el derecho comparado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000) contempla un régimen mas apropiado en punto a la celeridad y seguridad jurídica a tono con el imperativo constitucional que exige la presentación jurisdiccional sin dilaciones ni complejidades rituales (artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales — Roma: 4-1-1950).

³⁹ Martínez Alvarez, Eduardo M.: “La garantía del debido proceso y el plazo razonable de su sustanciación”, en Conceptos — año 78 N° 2 — Mayo — Junio - Julio — Agosto. 2003, pág. 65 y ss.

⁴⁰ C.S.J.N., Fallos: 256-941; 269-131; 300-1102 y otros.

En efecto, los artículos 457 a 465 del citado ordenamiento ritual ibérico contemplan un trámite mas sencillo y breve para la sustentación de la apelación, semejante al contemplado para el nuestro, cuando la apelación es concedida en relación.

En el propio escrito de interposición resulta factible aportar documentos que no pudieron agregarse en primera instancia, pedir la producción de pruebas denegadas o no practicadas en esa misma instancia por causas no imputables al solicitante o las referidas a hechos de relevancia para la decisión del pleito, ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la anterior instancia. Ya en Cámara, la resolución que admite la práctica de estas pruebas señala día para la vista, que se celebrará dentro del mes siguiente en juicio verbal, resolviendo el recurso dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista. Si no se hubiese celebrado vista la sentencia se debe dictar en el plazo de un mes contados desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos por el Tribunal de Alzada.

Sería deseable un procedimiento como el descripto si, como se anticipa vernáculamente se pretendiera reformar nuestra Ley Ritual Civil y Comercial.

En tren de reformas y al decir de que “cada hombre ve las cosas con los ojos de su edad” - según el decir de Machado de Asís, uno de los mayores escritores brasileños – consideramos que el orden nacional, civil y comercial – tiene previsto un excesivo número de especies recursales que incide indudablemente en el grave problema de la lentitud del proceso judicial. Propugnamos que se limiten, tal como del ya derogado proceso sumario, lo hacía en el art. 496 del adjetivo nacional que normaba cuales resoluciones serían apelables exclusivamente.

Con reminiscencias del maestro Calamandrei (“Troppi Avvocati”), en mi opinión, podría aseverarse: ¡Demasiados recursos! No obstante convendría epilogar con una frase célebre del citado maestro florentino: “Lo studio del processo e sterile astrazione se non é anche lo studio dell'uomo vivo”.