

## CAPÍTULO IV

### EXCEPCIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

22.	Incompetencia. Cheque rechazado .....	55
23.	Incompetencia. Remisión del expediente .....	57
24.	Falta de personería. Administrador del consorcio ....	58
25.	Falta de personería. Inscripción de los administradores sociales .....	63
26.	Falta de legitimación para obrar. Carácter facultativo	63
27.	Falta de legitimación para obrar. Aplicación de oficio	64
28.	Litispendencia y acumulación .....	67
29.	Defecto legal. Monto reclamado .....	70
30.	Defecto legal. Determinación de la cuantía sujeta a prueba .....	71
31.	Defecto legal. Falta de copia del depósito judicial ....	72
32.	Cosa juzgada .....	73
33.	Cosa juzgada. Requisitos .....	79
34.	Prescripción. Concepto de “demanda” .....	85
35.	Prescripción. Concurrencia .....	87
36.	Arraigo. Procedencia .....	90
37.	Arraigo. Improcedencia .....	91
38.	Arraigo. Reconvenición .....	92

## CAPÍTULO IV

### EXCEPCIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

#### 22. INCOMPETENCIA. CHEQUE RECHAZADO

*Dictamen del fiscal de Cámara:* I. La diligencia practicada por el oficial de justicia en un domicilio sito en esta Capital, no ha sido redargüido de falsedad en los términos de los arts. 979, inc. 2º, 995 y 993 del Cód. Civil (cfr. “Pezzatti de Sendra, Magdalena c/Sendra Carlos”, Sala C, 4/4/86), por lo que este Ministerio Público Fiscal considera, que no habiendo la demandada ofrecido la prueba demostrativa de que su domicilio se encuentra en extraña jurisdicción al oponer excepciones a fs. 12, a aquél debe estarse a los efectos de determinar competencia.

Lo señalado, no obstante el domicilio constituido a fs. 12, cuando tal acto no surte esos efectos; ni la circunstancia de ser el mismo que el demandado tiene consignado en el banco, desde que éste lo es a los efectos derivados de la emisión del cheque, considerado especial –cfr. art. 1º, decr. ley 4776/63–.

II. Ello así conforme lo señalado reiteradamente por este Ministerio, la acción instaurada ante el tribunal del domicilio del demandado es la solución razonable y práctica que mejor contempla la conveniencia de ambas partes –cfr. “Zgaib, R. c/Sneidermanis, Roberto y otro s/ejec.”, Sala B, 10/3/86; “Zabalza, Jorge c/Burstein, Mario R. s/ejec.”, Sala D, 24/6/87– por lo que opina, por la revocatoria de la resolución de fs. 27/28 que declara la incompetencia del fuero comercial de esta Capital para entender en las presentes actuaciones –Alfredo J. Di Iorio–.

*2ª Instancia.* I. Comparte el tribunal la opinión del fiscal de Cámara sobre los efectos que caben atribuir al domicilio donde

se realizara positivamente la intimación de pago, ya que no se ha planteado la nulidad de ésta ni intentado probar que no era dicho lugar el domicilio real, sino el denunciado al excepcionarse. Asimismo, coincide con la conclusión arribada en el ap. II del dictamen y que en forma reiterada ha sostenido el tribunal.

Por ello, cabe revocar la resolución apelada en cuanto acogió la defensa de incompetencia. Así se decide; con costas en la alzada.

II. Como consecuencia de la decisión que precede, habrá de examinarse la restante excepción propuesta. Y en ese orden de ideas habrá de concluirse por su desestimación, toda vez que el pago alegado no supera su mera invocación, pues no se aportan elementos que lo acrediten documentadamente, ni se ofrece, en el mejor de los casos, prueba idónea a ese fin (art. 549, Cód. Procesal).

Por estas razones, recházase la excepción de pago opuesta y mándase llevar adelante la ejecución contra León Marcos Podjarny hasta que se haga pago al acreedor de la suma de ₳ 1.028 actualizada de acuerdo a la variación que experimente el índice de precios al por mayor, nivel general, entre los meses anteriores a los de la mora (marzo y abril 1986) y al del pago, adicionándose por igual período un interés calculado a la tasa del 6 % anual. Con costas. Juan C. Quintana Terán - Bindo B. Caviglione Fraga - Héctor M. Di Tella (Secr.: Juan J. Dicuzeide)\*.

#### PROPOSICIONES

1) Según el criterio del fiscal de Cámara, ¿a través de qué medio procesal se debía impugnar la diligencia practicada por el oficial de justicia?

2) ¿Por qué razón el fiscal de Cámara dictamina que se debe revocar la resolución del juez de primera instancia?

3) A criterio del tribunal, ¿cuál es el juez competente, en materia territorial, para la ejecución de un cheque rechazado?

4) ¿Qué resolvió al respecto el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 19/5/80, recaído

\* CNCom, Sala C, 20/10/87, "Weismber, S. c/Podjarny, L. M.", LL, 1988-E-357.

en los autos “Reynoso, Heberto c/Lima de Echeverría, Esther”? Ubíquelo. No le damos otros elementos para que se ejercite en la búsqueda de jurisprudencia.

5) ¿Por qué fue rechazada la excepción de pago?

6) Para una mejor comprensión del caso puede consultarse el comentario realizado por Teplitzchi, Eduardo A., *Competencia del tribunal del domicilio del deudor de un cheque rechazado*, LL, 1988-E-357.

### 23. INCOMPETENCIA. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE

La accionante se allanó a la excepción de incompetencia territorial —que fue admitida— requiriendo, además, que las actuaciones fueran remitidas al juez federal en lo civil y comercial, con asiento en la provincia de Córdoba, atribuyéndole competencia en razón de que la contienda versa entre un vecino de la Capital y el de una provincia (art. 111, inc. 2º, ley 1893). Este pedido fue denegado con fundamento en que no se trataba de tribunales de la misma circunscripción territorial.

La ley adjetiva dispone que se remitirá el expediente al tribunal considerado competente, si perteneciere a la jurisdicción nacional (art. 354, inc. 1º, Cód. Procesal); distinguiendo así si el tribunal es nacional o no y disponiendo se archiven las actuaciones en este último supuesto, porque lo contrario alteraría el sistema constitucional de reserva de derechos de las provincias (arts. 5º y 104, Const. Nacional). Mas en el caso se trata de dos órganos judiciales de la justicia federal, uno con sede en la Capital de la República y el otro con asiento en una de sus provincias; de lo que se sigue que conforme la regla señalada corresponderá la remisión de la causa.

La Corte Suprema de Justicia ha sentado doctrina que este tribunal estima de aplicación al caso por analogía, incluso por razones de economía procesal que deben preservarse, expresamente invocadas por el Alto Tribunal (*Fallos*, 307:852); con mayor razón cuando se trata de jurisdicción nacional.

No obstante la solución anticipada, conviene precisar que el *a quo* no se ha pronunciado positivamente, acerca de la compe-

tencia requerida por el actor al allanarse a la excepción (como reza el art. 354 citado); pero esta circunstancia no resulta óbice para decidir en el sentido indicado, toda vez que queda siempre (incluso para el caso de pronunciamiento expreso sobre el punto) la posibilidad de que el juez considerado competente, la decline.

En mérito de lo expuesto, revócase el auto de fs. 36 y vta. en lo que ha sido materia de recurso. Devuélvase sin más trámite a la anterior instancia, encomendándole al juez de la causa las notificaciones de rigor. Sólo intervienen los suscriptos por estar vacante el restante cargo de juez de esta Sala (art. 109, RJN). Juan C. F. Morandi - Ana I. Piaggi\*.

### PROPOSICIONES

1) Cuando progresa la excepción de incompetencia, ¿en qué caso se remite el expediente al juzgado o tribunal reputado competente y en qué caso se archiva?

2) ¿Qué resolvió el juez de primera instancia respecto de la remisión del expediente?

3) ¿Qué criterio aplica la Cámara respecto de la misma cuestión?

4) Cuando el art. 354, inc. 1º, del Cód. Procesal, se refiere a "la jurisdicción nacional", ¿comprende a los tribunales federales con asiento en el interior del país? Funde su respuesta.

### 24. *FALTA DE PERSONERÍA. ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO*

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Doctor Durañona y Vedia dijo:

La demanda por indemnización de daños y perjuicios deducida por David Frydman en nombre del Consorcio de Propietarios del inmueble de la calle Acevedo 348/62 contra las dueñas de la

\* CNCom, Sala B, 18/10/88, "Erven Lucas Bols SA c/Milesi, J. R.", ED, 2/4/90.

finca sita en la Avda. Corrientes 5422/26 ha sido rechazada, en la sentencia definitiva de fs. 214/215, al hacerse lugar a la excepción de falta de personería opuesta en la contestación de fs. 102/104, cuyo traslado dispuesto a fs. 198 fue evacuado a fs. 207/208.

El planteamiento de la excepción se fundó en: *a*) no haber acreditado Frydman ser el administrador y representante legal del consorcio, para cuya designación es necesaria escritura pública (art. 9º, inc. *b*, ley 13.512); *b*) que de reputárselo administrador no probó tampoco que estuviera especialmente facultado para actuar en juicio, para lo cual se precisa autorización especial en el reglamento o poder otorgado en escritura pública.

Frydman sostiene que su designación ha sido suficientemente formalizada con la protocolización del acta de la asamblea general extraordinaria en que se lo nombró y que la facultad para actuar en juicio emana del acta, también protocolizada, de la asamblea en la que se lo designó, junto con tres consorcistas, para elegir un abogado patrocinante que se encargara de la promoción de este pleito, lo que involucra su actuación como representante legal del consorcio.

El *a quo* ha entendido que con la protocolización del acta de la asamblea en la que se hizo la designación del administrador se ha justificado debidamente ese carácter; pero que no se ha acreditado la facultad para promover acciones judiciales ya que en el acta protocolizada a fs. 203/206 sólo se resolvió la iniciación del litigio y se comisionó a Ruda, Janseson, Steiman y Frydman, sin que mediara el otorgamiento de facultad a este último para que representara al consorcio en sede judicial. Al respecto se adhiera la doctrina y la jurisprudencia que interpretando los arts. 11 y 15 de la ley 13.512, sostiene que cuando el reglamento de copropiedad no confiere esa facultad, se necesita un apoderamiento expreso por escritura pública.

Apela la parte actora, quien reitera su interpretación del acta de fs. 203/206 en el sentido de que contiene una clara atribución de la facultad para designar abogados, sobreentendiéndose que la representación le incumbía al administrador.

En tanto la parte demandada insiste por la primera objeción, de que no está debidamente acreditada la calidad de Frydman de administrador del consorcio, habrá que pronunciarse al respecto.

Estimo que asiste razón a la demandada en esta preliminar cuestión.

El art. 9º, inc. *b*, de la ley 13.512 es suficientemente claro en cuanto, al prever que el reglamento de copropiedad y administración debe obligatoriamente determinar la forma de remoción del administrador, exige que el reemplazante sea nombrado por acto de escritura pública.

Así lo interpretan estrictamente la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de un litigio promovido contra un tercero, se ha señalado que, como en la designación del administrador no se trata sólo de reglar las relaciones entre las partes, sino de darle al consorcio un representante frente a terceros, el cumplimiento de las formalidades legales, entre ellas la escritura pública, son requisitos ineludibles para la validez del acto (conf. Borda, *Tratado. Derechos reales*, t. I, p. 632, nº 789; ver también, Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, vol. II, p. 152; Laquis - Siperman, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Bs. As., 1966, p. 102; Laje, *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2ª ed., p. 150 y 159, nº 326 y ss.; Racciatti, *Propiedad por pisos o departamentos*, p. 156, nº 80).

Tratándose de procesos incoados en nombre del consorcio contra terceros, la jurisprudencia mayoritaria ha hecho una aplicación estricta del requisito, sin admitir que se supla con la designación en el acta de una asamblea que luego se protocolizó.

En ese sentido se ha decidido que la incorporación de un instrumento privado a un registro material no lo convierte en instrumento público, cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente (arts. 984 y 1003, parte última, Cód. Civil; CCiv1ª Cap, JA, 1950-IV-9). De modo que si el acto de designación de administrador no llena la exigencia del art. 9º, inc. *b*, de la ley 13.512, deja en el nombramiento una falla formal que puede ser denunciada por cualquier tercero (art. 1047, Código citado; CNCiv, Sala A, ED, 27-415; íd., íd., c. 128.087, 7/9/67; íd., Sala D, "Consortio Santa Fe 3934 c/Levinton", R. 226.356, 14/2/78; ED, 80-387, nº 2; íd., íd., 85.312, 23/11/62).

La excepción, a través de la admisión del acta protocolizada, sólo es procedente cuando el juicio es entablado contra uno de los consorcistas, que verbi gracia, no desconoce la existencia del consorcio, ni la realización de la asamblea, ni su asistencia a la misma, ni la designación efectuada, etc. (conf. CNCiv, Sala A, ED, 42-669 —en donde se mantiene la doctrina respecto de terceros—, íd., íd., ED, 43-244; íd., íd., ED, 39-330; íd., íd., ED, 4-413; íd., íd., ED,

19-123, fallo de primera instancia del doctor Guillermo Quintana Terán; íd., Sala B, *ED*, 17-504; íd., Sala D, *ED*, 5-241; íd., Sala C, 19/6/69, *LL*, 137-787, 22.989-S. sum. IV; íd., íd., *ED*, 28-522; íd., íd., *ED*, 19-123; Laje, *op. cit.*, p. 138-139; Mariani de Vidal, *op. cit.*, loc. citada).

En tales condiciones, aun cuando no es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de designación del nuevo administrador (ver Laquis - Siperman, *op. cit.*, p. 46, nota 3), debe progresar la excepción de falta de personería, sin necesidad de entrar a considerar los otros fundamentos de la defensa ni su réplica.

Pero el efecto de la admisión de esta excepción dilatoria –no perentoria– no es el rechazo de la demanda, sino el expresamente previsto en el art. 354, inc. 4º, del Cód. Procesal, es decir la fijación de un plazo durante el cual la parte vencida en el incidente debe subsanar el defecto de su personería, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del proceso.

Voto pues por la modificación del fallo en el sentido de que se hace lugar a la excepción de falta de personería en el demandante –diferiéndose el pronunciamiento sobre el fondo del asunto– y se fije el plazo de diez días para que acredite debidamente su personería o se ratifique su actuación, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del proceso. Con costas de ambas instancias a cargo del vencido en lo que atañe a la excepción de falta de personería.

Por razones análogas, los doctores Alterini y Cifuentes, adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 214/215, haciéndose lugar a la excepción de falta de personería en el demandante –diferiéndose el pronunciamiento sobre el fondo del asunto– y se fija el plazo de diez días para que acredite debidamente su personería o se ratifique su actuación, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del proceso. Con costas de ambas instancias a cargo del vencido en lo que atañe a la excepción de falta de personería. Jorge H. Alterini - Agustín Durañona y Vedia - Santos Cifuentes (Secr.: Luis A. Dupou)\*.

\* CNCiv, Sala C, 23/6/86, "Consortio de Propietarios Acevedo 348/50/60/62 c/Luz de Puzzi, L. y otro", *LL*, 1986-E-61.



**PROPOSICIONES**

- 1) ¿Cuál es el concepto de la excepción de falta de personería?
- 2) ¿En qué se fundó la excepción de falta de personería en el presente caso?
- 3) La Cámara ¿bajo qué formalidad entendió que debía ser designado el administrador del consorcio actor?
- 4) ¿Por qué admitió el tribunal la excepción?
- 5) ¿Puede subsanarse en el mismo proceso el defecto en la personería? En caso afirmativo, ¿cuándo y en qué forma?
- 6) La oposición de la excepción de falta de personería, ¿suspende el plazo para contestar la demanda?

**25. FALTA DE PERSONERÍA. INSCRIPCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES**

*Considerando:* Es pacífico criterio del tribunal que la inscripción de los administradores sociales a que se refiere el art. 60 de la ley 19.550 tiene naturaleza “declarativa”, por lo que la omisión de tal recaudo, no obsta a su carácter representativo (esta Sala, 15/2/77, “Caeba SA, c/Castro, D.”; íd., Sala B, 25/8/77, “Financiera Baires, SA c/Kuperman J.”; íd., Sala C, 29/4/85, “Incocer SA s/quiebra”; íd., Sala D, 15/12/77, “Talleres Metalúrgicos Haedo, SA c/Voltaje SA”; entre otros).

A ello cabe sumar, en la especie, que el sentido de la excepción de falta de personería radica en evitar tramitar un litigio con quien no representa a la parte, la que podría, en consecuencia, verse sustraída de la eventual sentencia a dictarse por no haber participado en el juicio; como al administrador (en el caso, gerente de sociedad de responsabilidad limitada) designado en forma pero no inscripto “si” vincula a la sociedad conforme a los arts. 58 y 157 de la ley de sociedades, la defensa carece de sentido.

Por ello, se confirma la resolución de fs. 56, sin costas en la alzada en orden a la incontestación del traslado del memorial.

Manuel Jarazo Veiras - Isabel Míguez de Cantore - Carlos Viale  
(*Secr.*: Eduardo M. Favier Dubois) \*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Cuál es el sentido que el tribunal adjudica a la excepción de falta de personería?

2) ¿Por qué razón el tribunal rechazó la excepción?

3) ¿Qué efectos adjudica el tribunal a la inscripción de los administradores (art. 60, ley 19.550)?

4) ¿Qué diferencia hay entre la excepción de falta de personería y la de falta de legitimación para obrar?

### 26. FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA OBRAR. CARÁCTER FACULTATIVO

*Considerando:* La oposición de la defensa de falta de legitimación con carácter previo es facultativa para el accionado, quien puede deducirla juntamente con las restantes al contestar la demanda (conf. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. VI, p. 134; Morello - Passi Lanza, *Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. IV, p. 316).

El presentante de fs. 123/128 expresamente manifestó que la defensa de falta de acción no la articulaba como excepción de previo y especial pronunciamiento. En consecuencia, cabe concluir que fue interpuesta en término, ya que no debía oponerse dentro de los primeros diez días del plazo para contestar la demanda sino juntamente con ésta.

En su mérito se resuelve revocar la resolución de fs. 196 y por consiguiente diferir el tratamiento de la excepción de falta de acción interpuesta a fs. 123/128 para ser considerada en la sentencia. Las costas de la alzada se imponen a la actora (art. 69, Cód.

\* CNCom, Sala A, 27/5/86, "Avícola Moro SA c/Do Barro, M. y otro". LL, 1986-D-595.

Procesal). Osvaldo D. Mirás - Faustino J. Legón - Marcelo Padilla (*Secr.*: Jorge R. Videla) \*.

### PROPOSICIONES

1) ¿En qué consiste la excepción de falta de legitimación para obrar?

2) ¿Por qué la resolución dice que la oposición de la excepción de falta de legitimación para obrar, como de previo y especial pronunciamiento, es facultativa para el demandado?

3) ¿Cuándo dicha excepción puede ser opuesta como previa?

4) ¿Qué plazo tiene el demandado para oponer las excepciones previas, en el proceso ordinario?

### 27. FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA OBRAR. APLICACIÓN DE OFICIO

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Durañona y Vedia dijo:

La sentencia de fs. 126/127 rechaza la demanda interpuesta por la firma "Mojón 30 Sociedad Anónima, Constructora Inmobiliaria y Financiera c/Alberto Rossi y María Capeluto" por incumplimiento de contrato y subsidiariamente resolución en razón del boleto de compraventa que se dice celebrado el 30/6/66, referente al lote 22, de la manzana 10, ubicado en "Gobernador Julio A. Costa", km 26,700; hoy Ingeniero Dante Ardigó, partido de Florencio Varela, provincia de Buenos Aires. Las costas se imponen a la actora. Los demandados fueron declarados ausentes y representantes por el defensor oficial, quien desconoció la autenticidad del boleto. El sentenciante basó la repulsa de la acción en que no se acreditó que las firmas estampadas allí fueran de los demandados.

Apela la parte actora, fundando su recurso a fs. 138/139.

\* CNCiv. Sala E. 19/3/81, "Raley, SA c/Giudice Mora SRL y otro", LL, 1981-B-299.

Estimo que debe confirmarse el rechazo de la demanda, sin necesidad de entrar a considerar los agravios relacionados con la autenticidad del boleto en lo que atañe a las firmas de los demandados ausentes.

Es que aunque el boleto fuera auténtico, la sociedad actora no ha acreditado su legitimación sustancial activa, requisito intrínseco de la viabilidad de la pretensión cuya concurrencia debe ser verificada de oficio por el tribunal en el presente caso.

Según se ha decidido, este requisito o presupuesto de la viabilidad de la pretensión es computable de oficio aunque no se haya opuesto la excepción de falta de legitimación para obrar, pues para que el juez estime la demanda no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que éste corresponda precisamente a aquel que lo hace valer (conf. Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, 1ª ed., castellana, tr. de la 2ª italiana, Madrid, 1936, vol. 1, p. 196, nº 39 y p. 281, nº 41; en el mismo sentido Couture, *Fundamentos*, 1942, p. 50, nº 31; CNCiv. Sala A, LL, 1985-A-571, voto del doctor Zannoni; íd., Sala D, LL, 1984-C-138, voto del doctor Raffo Benegas; íd., Sala F, ED, 104-682, voto del doctor Speroni; íd., Sala C, JA, 7-1970-497, voto del doctor Padilla; íd., Sala E, ED, 7-444, voto del doctor Cichero, respecto de la legitimación sustancial pasiva, cuando no se citó a todos los interesados en un litisconsorcio necesario; CJ San Juan JA, 1978-IV-276, voto del doctor Gutiérrez; ver también Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 405 y ss., especialmente p. 410, nota 75, en donde aclara que la doctrina y la jurisprudencia italianas admiten que la falta de legitimación sea “relevada de oficio”).

Como lo recordó el doctor Cifuentes en el acuerdo del 28/5/85, *in re*: “Campos de Caruso c/Rosemberg y otro”, L. 8724, LL, 1985-C-471, el mismo doctor Cichero “acompañado del doctor Sánchez de Bustamante, en circunstancia anterior habían establecido que a los jueces les está vedado apartarse de la relación procesal, pues la alteración unilateral de los términos de ‘la litis’ va en mengua del derecho de defensa, porque la parte afectada está impedida de producir pruebas para desvirtuar los hechos en que se funda el desconocimiento de su derecho. De modo que, si la falta de acción activa autoriza al demandado a oponer la defensa correspondiente y no lo hace, salvo que estén comprometidos valores jurídicos o morales de singular jerarquía, fuera de esos ca-

sos, se infringe la regla *secundum allegata* cuando el fallo se aparta de las cuestiones que las partes propusieron” (conf. CNCiv, Sala D, 15/10/68, JA, 6-1970-67, con disidencia del doctor Albisetti, en igual sentido, Sala A, voto del doctor Garzón Maceda, 20/12/68, ED, 27-141 y sus citas de doctrina y fallos).

Si esta interpretación prevaleciere, creo que el caso estaría clamando una excepción a la regla por los valores jurídicos comprometidos, ya que los demandados han sido declarados ausentes y el defensor oficial ha desconocido la relación sustancial que invoca la parte actora, desde el punto de vista de la legitimación o capacidad para obrar pasiva; lo que autoriza a verificar también la activa sin mella del derecho de defensa.

Sin perjuicio de ello, entiendo que la denuncia de falta de legitimación incumbe de oficio al tribunal, con mayor razón en los supuestos en que se hubiera pedido el rechazo de la demanda sin admitirse, expresa o implícitamente, la real existencia de la relación jurídica sustancial invocada en la demanda o, cuando se ventilen cuestiones en las que está involucrado un supuesto de litisconsorcio necesario o de sustitución procesal sin la anuencia del sustituido. En estos últimos casos, se advierten razones jurídicas de sumo peso, pues se trata de proteger hipotéticos derechos de terceros que no fueron oídos.

“Mojón 30 Sociedad Anónima Constructora Inmobiliaria y Financiera”, sostuvo en su escrito inicial que al adquirir el dominio de los lotes que se enumeran en la copia simple de esa escritura pública las personas que aparecen como vendedoras en el boleto cuya autenticidad está cuestionada, le hicieron cesión de los derechos de la parte vendedora resultantes del mismo.

Empero, dicha cesión no ha sido acreditada por ningún medio probatorio fehaciente.

Sólo se ha traído una fotocopia sin autenticar de la referida escritura pública, que además tiene tachaduras sin salvar.

Por lo tanto, voto por la confirmatoria del fallo, con costas dealzada a cargo de la apelante (art. 68, Cód. Procesal).

Por razones análogas a las expuestas los doctores Alterini y Cifuentes adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación de que instruye al acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada de fs. 126/127, con costas de alzada a cargo de la apelante. Agustín Duraño-

na y Vedia - Santos Cifuentes - Jorge H. Alterini (Secr.: Luis A. Dupou)\*.

### PROPOSICIONES

- 1) ¿Por qué se afirma que la actora carece de legitimación activa?
- 2) ¿Puede declararse de oficio la falta de legitimación para obrar de las partes?
- 3) ¿Qué opiniones imperan al respecto?
- 4) ¿Qué criterio aplicó la sentencia?
- 5) ¿Qué actitud asumió el defensor oficial en el proceso?

### 28. LITISPENDENCIA Y ACUMULACIÓN

*Considerando:* I. El propósito de la contracautela exige que ella constituya una garantía lo suficientemente sólida como para cubrir los eventuales daños emergentes del indebido pedimento de la medida precautoria.

En el caso, dicha consistencia se ha visto notoriamente mermada por efecto del agudo proceso de deterioro monetario ocurrido a partir del pronunciamiento apelado, que en términos reales ha perjudicado la contracautela señalada en aproximadamente un 50 %.

Por consiguiente, la primigenia e ínfima contracautela establecida no satisface en absoluto su finalidad, al par que la circunstancia de que se hace mérito constituye la demostración que requiere el art. 201 del Cód. Procesal, para la procedencia de la mejora que contempla y relega a segundo plano la verosimilitud del derecho que se apreciara al ordenarse, *inaudita parte*, el embargo.

II. Tiene dicho esta Sala (R. 273.089, 11/8/81) que el art. 71 del Cód. Procesal, no sujeta al juez a una solución estrictamente

\* CNCiv, Sala C, 25/10/88, "Mojón 30 SA c/Rossi, A. y otro", LL. 1989-B-400.

matemática en lo concerniente a las costas en caso de vencimiento parcial y mutuo. Por el contrario, si bien indica como pauta al sentenciante la consideración del éxito obtenido, no predetermina rigurosamente su criterio, sino que brinda al juzgador la alternativa de compensar las costas o de distribuirlas entre los litigantes y, aun en este último supuesto, el reparto no habrá de ser aritmético, sino prudencial, y, va de suyo, acorde a las peculiaridades de la causa.

Toda vez que la articulación ha considerado la verosimilitud del derecho en cuya virtud procede la parte peticionante de la medida cautelar, materia de por sí susceptible de diversas apreciaciones no carentes de todo fundamento, y dada la más estrecha vinculación que se observa entre los tres primeros aspectos del asunto que se destacan a fs. 337, punto *b*, la solución arbitrada es razonable y habrá de mantenerse.

A su vez, la conclusión sentada y las particularidades del caso llevan a que las costas de la alzada se distribuyan por su orden, con lo cual, a mayor abundamiento, ha de entenderse corregido el eventual desequilibrio aritmético que insinúa la parte apelante.

En consecuencia, se resuelve confirmar el pronunciamiento de fs. 312/313 en cuanto ha sido objeto de apelación. Costas en el orden causado.

Auto de fs. 332/333: I. La declaración que se recaba a fs. 353, párr. 2º, excede la jurisdicción devuelta a la alzada (arg. art. 271 *in fine*, Cód. Procesal).

II. Se ha señalado que lo importante de la reforma por la ley 22.434 al art. 190 del Cód. Procesal, es que elimina la interposición de la excepción de litispendencia como camino para llegar a la acumulación de procesos. Es que “la litispendencia, como la cosa juzgada, apunta al ejercicio de una segunda acción ya ventilada en otro proceso (pendiente o sentenciado, respectivamente), razón por la cual el segundo proceso, en el que se opone la excepción debe concluir. La acumulación se apoya en la existencia de acciones conexas –no idénticas– y su finalidad es poner ambas bajo la lente del mismo juez a fin de que componga ambas litis en una sola sentencia. Ninguno de los dos procesos muere” (Mirás - Gómez Alonso de Díez Cordero, *Comentario sobre la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, ED, 94-839 y siguientes).

Es verdad, entonces, que pueden faltar elementos para acoger la litispendencia y haberlos sobrado, en cambio, para disponer la acumulación (CNCiv, Sala D, R. 71.792, 26/5/61), porque se trata de dos remedios distintos para conflictos también de índole diversa, de donde el haberse ordenado la acumulación en los autos “Sánchez, Rubén c/Casagrande, Sergio y otros s/sumario” no impide, de por sí, la procedencia de aquella otra defensa intentada.

Ello sentado, surge del escrito de inicio de la causa mencionada y se apunta tácitamente a fs. 248 vta., punto IX, de los presentes actuados, que concurre en la hipótesis y con relación a la reconvencción deducida la triple identidad de partes, causa y objeto, nítidamente perfilada, por lo que cuadra hacer lugar a la litispendencia de que se trata, con los alcances dispuestos por el art. 354, inc. 3º, parte 2ª, del Cód. Procesal, acomodados a las modalidades del *sub lite*.

Es, por lo demás, la solución que mejor armoniza con los conceptos del *a quo*, en el sentido de que “la reconvencción en este juicio –al ser idéntica a la aludida demanda– deviene sobreabundante y superflua”, los cuales, elevados a la categoría de decisión expresa, no han suscitado reproche alguno canalizado por vía de apelación del demandado reconviniente.

En consecuencia, se resuelve revocar el pronunciamiento de fs. 332/333 y, con el alcance de excluir de la litis a la reconvencción introducida a fs. 248 vta. y ss., admitir la excepción de litispendencia intentada a fs. 269. Costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (arts. 69 y 279, Cód. Procesal). Carlos Ambrosioni - Patricio J. Raffo Benegas - Alberto J. Bueres (Secr.: Antonio Coghlan) \*.

## PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué es la contracautela?
- 2) ¿Qué criterio tiene el tribunal en materia de imposición de costas, cuando el vencimiento es parcial y mutuo?

\* CNCiv, Sala D, 5/10/82, “Grande, S. L. y otros c/Sánchez, R.”, LL, 1983-A-297.



3) ¿Qué diferencia hace el tribunal entre la excepción de litispendencia y la acumulación?

4) ¿Qué reforma atribuye el tribunal a la ley 22.434?

5) Compare el art. 347, inc. 4º, Cód. Procesal, con el art. 354, inc. 3º. ¿Considera que la reforma de la ley 22.434 impide oponer la excepción de litispendencia por conexidad? Funde su respuesta.

6) ¿Qué resuelve el tribunal, en definitiva?

## 29. DEFECTO LEGAL. MONTO RECLAMADO

*Considerando:* La excepción de defecto legal procede cuando la demanda, por su forma, no se ajusta a los requisitos y solemnidades que la ley prescribe, de modo que permita el eficaz derecho de defensa (conf. CNCiv, Sala E, c. 265.784, 15/8/80; íd., Sala A, ED, 50-580; íd., Sala C, ED, 50-520).

Existe defecto legal cuando el objeto de la pretensión se encuentra cualitativa o cuantitativamente indeterminado. Tal lo que ocurre cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la cosa demandada y no media obstáculo para ello (conf. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. VI, p. 113).

Es decir, no resulta procedente la excepción en estudio cuando, en virtud del principio de la no exigibilidad de otra conducta, al demandante no le fuere razonablemente posible determinar los bienes demandados (conf. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 4ª ed., t. I, p. 535) y lo concerniente a éstos dependiere de la prueba que deba producirse.

Claro está que de los antecedentes enunciados en la demanda deben resultar las bases para establecer el objeto pretendido (conf. Alsina, *Derecho procesal*, t. III, p. 113), ya que de lo contrario se colocaría a la parte demandada en estado de inferioridad procesal.

En el escrito inicial no se ha precisado el importe reclamado en concepto de daños y perjuicios. Empero cuadra precisar que sí se han expresado los elementos para que el monto pretendido quede determinado una vez que se produzca la prueba pericial ofrecida. Así, se reclama la restitución de lo abonado, con más

la actualización y los intereses: lo que resulta de una simple operación aritmética; la diferencia entre el importe pagado actualizado y el valor real del terreno y de la unidad, el valor locatario por falta de disposición de vivienda, el que se estima, aclarando que resultará del peritaje a efectuarse; etcétera.

En su mérito, se resuelve confirmar la resolución de fs. 180. Con costas (art. 69, Cód. Procesal). Osvaldo D. Mirás - Néstor L. Lloveras - Marcelo Padilla (Secr.: Jorge R. Videla)\*.

### PROPOSICIONES

- 1) ¿Cuándo procede la excepción de defecto legal?
- 2) ¿Qué es lo que no se había expresado en la demanda?
- 3) ¿Qué elementos se daban en la demanda para la determinación del monto reclamado?

### 30. DEFECTO LEGAL. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA SUJETA A PRUEBA

*Considerando:* La norma del art. 330 del Cód. Procesal, que establece que la demanda deberá precisar el monto reclamado, permite apartarse de dicho principio sólo en dos supuestos, en los cuales no procederá la excepción de defecto legal: 1º) cuando las circunstancias del caso no permitan fijar el *quantum* de la obligación, por requerir una actividad probatoria aún no realizada, y 2º) que la estimación dependa de elementos aún no definitivamente fijados, y aun cuando la determinación fuere teóricamente posible con anterioridad a la interposición de la demanda, el actor no pueda esperar ante la inminencia de que se opere la prescripción de la acción (conf. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. IV, p. 291; Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial*, t. I, p. 561, n° 1110; CNCiv, Sala F, c. 207.692, 21/4/76).

Establecido ello, es evidente que el supuesto de autos encuadra dentro del primer caso de excepción. En efecto adviértase

\* CNCiv, Sala E, 11/3/81, "Fraomeni, Z. A. c/Constructora de Obras Públicas SA", LL, 1981-C-41.

que en el escrito inicial no reclama no sólo el saldo que, según el actor, se le adeuda por el contrato que, a estar a sus manifestaciones, lo ligaba a las demandadas, sino también el 5 % a que alude la cláusula 9ª de dicho convenio. Tal cláusula se refiere a las utilidades emergentes de la explotación y/o venta de la película que él debía dirigir y que debía percibir en concepto de participación en las ganancias, una vez cubierto el costo de producción. En tales condiciones, parece claro concluir que tal porcentaje no puede ser estimado en una cifra exacta sin que previamente se aporten las probanzas respectivas, por lo que esta Sala no advierte el estado de indefensión a que alude el *a quo* en la resolución recurrida.

Por estas consideraciones, se revoca la resolución de fs. 56, desestimándose en consecuencia la excepción de defecto legal opuesta a fs. 44. Con costas en ambas instancias a las vencidas (art. 69, Cód. Procesal). César D. Yáñez - Andrés Carnevale - Agustín J. G. Durañona y Vedia (*Secr.*: Mario P. Calatayud)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿En qué casos –según la resolución– puede prescindirse en la demanda de la determinación del monto, sin que proceda la excepción de defecto legal?

2) ¿Por qué, en este fallo, se desestimó la excepción de defecto legal?

3) La oposición de la excepción de defecto legal ¿suspende el plazo para la contestación de la demanda?

4) ¿Puede subsanarse el defecto legal incurrido?

### 31. DEFECTO LEGAL. FALTA DE COPIA DEL DEPÓSITO JUDICIAL

*Considerando:* Es función de la excepción opuesta (art. 347, inc. 5º, Cód. Procesal) tender al logro de un efectivo cumplimiento en lo que hace a las formalidades establecidas para interponer

\* CNCiv, Sala F. 18/5/76. "Konon, D. J. c/Tamames - Zemborain, SRL". LL, 1976-C-181.

la demanda (conf. art. 330, Cód. Procesal), que permita el eficaz ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Por tanto, no cabe su admisión en la especie, en cuanto se la pretende basar en la circunstancia de no haberse acompañado copia del depósito judicial cuestión ajena a la excepción opuesta; y que, en suma, debió ser objeto de otro tipo de cuestionamientos procesales, no formulados.

Por otra parte, tal omisión –sea del juzgado o del actor– no ha colocado al recurrente en estado de tal perplejidad que le haya impedido contestar la demanda: por lo que –se reitera– debió el quejoso realizar los planteos pertinentes ajustados a la situación fáctica. Las meras disconformidades que se puntualizan en el memorial de fs. 18/19 resultan insuficientes a los fines pretendidos, no logrando de modo alguno, conmover los fundamentos vertidos por el *a quo*, tanto para desechar la excepción como para imponer las costas en el orden causado. Por ello se confirma la resolución de fs. 13. Sin costas en la alzada por no mediar otros trabajos que los del recurrente. Helios A. Guerrero - Juan C. Bengolea - Antonio Boggiano (*Secr.*: Juan M. Gutiérrez Cabello)\*.

## PROPOSICIONES

- 1) ¿En qué se pretendió basar la excepción de defecto legal?
- 2) ¿Por qué dicha circunstancia no permitió el éxito de la excepción?

## 32. COSA JUZGADA

I. Apela el actor, Jorge O. Fayanes la sentencia de fs. 280/285 que declaró prescripta la acción de simulación y rechazó la demanda de nulidad por vicio de lesión promovidas contra Norberto J. Viña, Rebeca Rosenfeld, Nora Rut y Adrián Wainryb por existir cosa juzgada anterior.

\* CNCom, Sala E, 1/6/81, "Ortigoza Lanzicri, H. c/Mamone, N.", LL, 1981-C-480.

II. Para entender los alcances del pronunciamiento apelado es menester reseñar brevemente los antecedentes. Fayanes suscribió, el 29/10/70, el boleto de compraventa que se agrega en copia a fs. 2 de los autos caratulados: "Viña, Norberto J. c/Fayanes, Jorge O. s/ cumplimiento de contrato" que tramitaron ante el Juzgado Nacional en lo Civil n° 28, Secretaría n° 55, que se encuentran acompañados a esta causa y que tengo a la vista. Según ese boleto vendió a Norberto J. Viña el departamento de su propiedad, ubicado en calle Perú 1064/1066, señalado como unidad n° 9 del piso 3°. Según el contrato el precio total de la venta se recibió al contado en el mismo acto, estableciéndose que la escritura pública se otorgaría dentro de los treinta días, ante el escribano Mario C. Villalba.

A fs. 3 de los autos recién citados, se agrega la intimación que cursó Viña a Fayanes para que concurriera a la escribanía. Finalmente, a fs. 4/6 promueve demanda por escrituración del departamento alegando que Fayanes no dio cumplimiento a la intimación que le cursara. La demanda se dedujo el 17/3/71.

Fayanes había constituido domicilio especial en el mismo departamento vendido, es decir, calle Perú 1064/1066, en el cual se practicó la notificación del traslado de la demanda. Al no comparecer a estar a derecho, Fayanes fue declarado rebelde y la rebeldía le fue también notificada en el domicilio constituido. Más tarde el actor Viña, cedió sus derechos en el pleito a Enrique D. Wainryb teniéndolo el juzgado por subrogado en los derechos de aquél. Prosiguió la causa y a fs. 41/42 se hizo lugar a la demanda por escrituración condenándose a Fayanes a otorgar la escritura de venta en favor de Wainryb bajo apercibimiento de ser suscripta por el juez. El pronunciamiento fue dictado el 28/9/72 y notificado por cédula a Fayanes en el domicilio constituido.

Habiendo quedado firme la sentencia, el actor obtuvo la posesión del departamento, constatándose que el mismo se encontraba, en ese momento, deshabitado (6/12/72). Con posterioridad Wainryb cede sus derechos a Rebeca Rosenfeld a quien el juzgado tiene por subrogada en los derechos de Wainryb.

Mientras Rebeca Rosenfeld instaba los trámites y diligencias para la escrituración, se presenta Fayanes por primera vez al expediente, deduciendo incidente de nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación de la demanda a fs. 7. Sostuvo en ese incidente que el boleto fue firmado en favor de Viña para obtener

un préstamo en dinero que le permitiese pagar diversas deudas que lo apremiaban, entre ellas varias por las que se había embargado el departamento. Que el compromiso consistía en el pago de las deudas para levantar los embargos y poder constituir la hipoteca en garantía de su devolución. Que, en cambio de eso, se ha visto sorprendido por la demanda de escrituración, de la que nunca tuvo noticias debido a que, desde noviembre de 1970, trasladó su domicilio real a Chacabuco 1217, el que fue alquilado por su esposa. Ataca, pues, la notificación de fs. 7, y consiguientemente todas las actuaciones que culminaron en la sentencia que lo condena a escriturar.

El incidente de marras fue articulado el 7/10/75. Contemporáneamente promovió demanda por simulación y subsidiariamente por nulidad de la venta por lesión, la que habiendo sido desglosada de los autos a que me he venido refiriendo, formó la cabeza de las presentes actuaciones a las que se dio trámite en 1977. Tramitado en el ínterin el incidente de nulidad, esta Sala revocó la resolución del *a quo* que la decretó, quedando de consiguiente firme la sentencia que, sobre el fondo, dictó el juzgado condenando a Fayanes a escriturar. En esa ocasión la Sala tuvo en cuenta que el boleto había quedado reconocido por Fayanes y, entonces, reputó eficaz la notificación de fs. 7 realizada en el domicilio constituido en ese boleto.

III. En estas condiciones, corresponde analizar los agravios del actor que apela la sentencia que declara prescripta la acción da simulación, y rechaza la pretensión subsidiaria de nulidad por lesión por mediar cosa juzgada anterior.

a) Fayanes, en este juicio, formula dos planteos que, de prosperar, conducirían a la nulidad del contrato de compraventa. En primer término alega la simulación sosteniendo que el boleto que suscribió cumplió una función de garantía por la suma de dinero que se le debió facilitar para el pago de diversas deudas. Aunque pueda discutirse si, frente a este planteo se está ante un acto simulado o ante un negocio fiduciario indirecto, lo cierto es que el objeto de la demanda sería que, declarada la simulación, se anulara el contrato (conf. art. 1045, Cód. Civil). Y, desde luego, la pretensión subsidiaria fundada en el vicio de lesión (art. 954, Cód. Civil), conduciría también a la nulidad, salvo que los demandados hubiesen ofrecido el reajuste equitativo del precio.

b) Ahora bien, este tribunal debe ponderar que, respecto al negocio en cuestión, existe una sentencia firme que condenó a escriturar. Esta sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, como también ha pasado en autoridad de cosa juzgada la resolución de la Sala que desestimó el planteo de nulidad del proceso por escrituración.

c) El actor al expresar agravios se limita a considerar la aplicación de oficio que, de los principios de la cosa juzgada hace el *a quo*, sin agravios de la declaración de prescripción en cuanto a la acción de simulación. Me he de referir, consiguientemente, y con exclusividad, a lo que es materia de agravios.

d) Reconoce el apelante que el principio de la cosa juzgada es de orden público pero entiende que no era declarable por el juez, de oficio, pues al tiempo de trabarse la litis no se la opuso como excepción de previo especial pronunciamiento y, a la sazón, no regía la norma del art. 347 *in fine*, del Cód. Procesal (ley 22.434), según el cual “la existencia de la cosa juzgada... podrá ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa”.

Considero que el apelante equivoca su planteo. Cierto es que el Código Procesal —antes y después de la reforma de la ley 22.434— establece que la defensa de cosa juzgada debe articularse como excepción previa (art. 347, inc. 6°). Ello atañe a la oportunidad procesal para hacer valer la defensa, como tal, pero esto no significa que el juez no debiese, en todo caso, declararla si se le hace patente, clara, ostensible. Por eso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que la cosa juzgada es materia de orden público y tiene jerarquía constitucional (*Fallos*, 285:78; *LL*, 1982-A-334), incluso antes de la reforma de la ley 22.434, la jurisprudencia mayoritaria, y la doctrina, concordaban que la invocación de la cosa juzgada puede ser hecha de oficio por los jueces. Así lo enseñaron, y enseñan, Palacio (*Derecho procesal civil*, Bs. As., 1979, t. V, p. 501 y 502, n° 678), Morello, Pazzi Lanza, Sosa y Berizonce (*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Capital, comentados*, t. IV, p. 323), Fenocchietto y Arazi (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Bs. As., 1983, t. 1, comentario al art. 163, p. 575 y 576), etcétera. Es que, como bien se ha enseñado, la excepción o defensa de cosa juzgada cumple una función negativa, es decir evitar la tramitación de un proceso que versa sobre lo ya juzgado en otro. Pero además el principio de

la cosa juzgada tiene una función positiva que excede el interés privado o dispositivo de los litigantes y satisface una finalidad pública, de paz social (conf. Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, Bs. As., 1963, p. 255, n° 85; Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 556; Licoman, Enrico T., *Eficacia y autoridad de la sentencia*, p. 87, etcétera).

A todo evento, y por la virtualidad del art. 3° del Cód. Civil en que se dispone que la nueva ley se aplica también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento de su dictado, permitió al *a quo* (en el supuesto que se considerara, lo que yo descarto, que según la legislación procesal anterior no podía declarar de oficio la existencia de cosa juzgada) aplicar, al momento de dictar sentencia, el art. 347 *in fine*, del Cód. Procesal, dispuesto por la ley 22.434. Pero, como digo, no hace falta recurrir a este razonamiento frente a las enseñanzas de la doctrina procesalística y de los precedentes, incluso de este mismo tribunal, que han resuelto que la cosa juzgada puede y debe ser invocada de oficio por el juzgador (conf. CNCiv, Sala C, 13/9/79, *ED*, 86-277; *íd.*, Sala D, 6/10/77, *LL*, 129-516).

e) La cosa juzgada material integra la normatividad del contenido de la sentencia, es decir, “la afirmación relativa a la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada en el fallo, con respecto a todo otro proceso en el cual se cuestiona la misma consecuencia jurídica” (Palacio, *Derecho procesal civil*, t. V, p. 506, n° 679). Sobre esta base advierto que existe, en el caso, una íntima relación no sólo en relación a los sujetos y al objeto sino también a la causa de ambos juicios. Enseñaba Chioventa que la cosa juzgada precluye todas las cuestiones alegadas o que se hubiesen podido alegar en el proceso. Y añadía: “precluida no está solamente la facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino que precluida está también la facultad de proponer cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse, cuestiones que, en general, tienden a negar o disminuir el bien reconocido o a afirmar el bien negado” (Chioventa, Giuseppe, *Cosa juzgada preclusión*, en “Estudios de derecho procesal civil”, t. III, p. 229, que citan Fenochietto-Arazi, *Código Procesal*, t. 1, p. 578). En otras palabras, “la cosa juzgada abarca no sólo los planteos alegados efectivamente en el proceso, sino también aquellos que



debieron haber sido articulados, o sea, no sólo lo aducido sino lo aducible, o, mejor aún, lo que debió aducirse" (voto del doctor Calatayud, en fallo de la Sala E de este tribunal, 15/5/84, LL, 1984-C-155).

Es cierto que a la demanda por escrituración deducida por Viña, Fayanes no estaba obligado a reconvenir por nulidad del contrato en razón de lesión. Pero si no introdujo la cuestión por esa vía reconventional y no promovió antes de la sentencia que lo condenó a escriturar, la acción de nulidad (que en ese caso debía tramitarse acumulada al proceso por escrituración), no le será posible plantear la nulidad cuando le sea oponible la sentencia que lo condena a escriturar que se encuentre firme, porque si, por hipótesis, se afirmara lo contrario, aquella condena a escriturar estaría sujeta a replanteos que interesan la causa de la relación jurídica, acerca de lo cual ya se ha agotado la discusión. El apelante confunde, en este punto, la causa de la relación jurídica sustancial que se debatió en el primer proceso, con la pretensión procesal. La cosa juzgada impedirá, entiendo, que se planteen pretensiones contradictorias con las que ya fueron decididas y que se fundan en la causa de la relación jurídica sustancial, que es única y una.

Por estos fundamentos respondo afirmativamente a la cuestión planteada y voto por la confirmación de la sentencia en lo que ha sido materia de agravios.

IV. En cuanto a la imposición de las costas, el principio objetivo de la derrota exige que se apliquen al vencido (art. 68, Cód. Procesal). La circunstancia de que el *a quo* declarara de oficio la existencia de cosa juzgada no modifica, en el caso, la conclusión pues la carga de soportar las costas no está en relación a la no deducción de la excepción por los accionados, sino a la improcedencia de la demanda. Voto, en consecuencia porque se confirme también la sentencia en este aspecto y que las costas de esta instancia se impongan al apelante, vencido.

Los doctores de Mundo y Escuti Pizarro votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Zannoni. Con lo que terminó el acto.

En mérito al acuerdo que ilustra el acta que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo que fue materia de recurso. Las costas de esta instancia se imponen al apelante vencido. Eduar-

do A. Zannoni - Jorge Escuti Pizarro - José A. Martín de Mundo (Secr.: Martín Amorortu)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Por qué razón, con anterioridad al dictado de la sentencia que se analiza, la Cámara revocó la resolución del juez *a quo* que admitió el incidente de nulidad planteado por el señor Fayanes?

2) ¿Qué reforma introdujo la ley 22.434 al art. 347, inc. 6º, del Cód. Procesal?

3) Con anterioridad a dicha reforma ¿podía el juez declarar de oficio la cosa juzgada? Funde su respuesta.

4) El art. 347, en su inc. 6º, establece distintos supuestos de procedibilidad de la cosa juzgada, ¿cuál de ellos considera que la Cámara aplicó al caso planteado?

5) ¿Qué diferencia hay entre la cosa juzgada formal y la material?

6) En el caso, la sentencia recaída en el proceso por escrituración ¿hace cosa juzgada material o formal respecto de las partes que intervinieron en él?

7) Para una mejor comprensión del fallo se recomienda la lectura del comentario efectuado por Peyrano, Jorge W., *A propósito del redimensionamiento de los alcances de la cosa juzgada*, LL, 1985-E-174.

### 33. COSA JUZGADA. REQUISITOS

*Considerando:* 1) Que con carácter previo al tratamiento de los recursos interpuestos, es menester efectuar breves aclaraciones en punto a diversas circunstancias procesales ocurridas en el trámite previo a la resolución apelada.

\* CNCiv, Sala A, 9/5/85, "Fayanes, J. O. c/Viña, N. J.", LL, 1985-E-175.

Que, en primer término, es preciso destacar que si bien no se corrió traslado al actor de las excepciones opuestas a fs. 232/236 por el citado como tercero Sánchez, la falta de oportuno cuestionamiento por parte de aquél respecto del dictado del interlocutorio que resuelve una de las defensas allí opuestas, importa el consentimiento tácito de lo actuado y la consiguiente purga del vicio apuntado (según art. 172, párr. 1º, Cód. Procesal).

Que, en segundo lugar, y en lo relativo a la excepción de incompetencia opuesta a fs. 235, ap. 3º, cabe aclarar que aun cuando el tratamiento es previo al de cualquier otra defensa (art. 353, parte 1ª, Código citado), la ausencia de cuestionamiento por parte del excepcionante y el consentimiento del dictado de la resolución de fs. 393/395, importan claramente el desistimiento tácito de la declinatoria, por virtud de la admisión de la competencia que aquella actitud presenta.

2) Recurso de fs. 403: Que sentado lo expuesto, y determinada así la validez formal del procedimiento, corresponde dar tratamiento al recurso interpuesto por la actora, dado que se dirige contra la decisión de fs. 393/395 en punto a su aspecto sustancial, representado por la admisión de la excepción de cosa juzgada articulada por la demandada y los citados como terceros.

Que los excepcionantes, para oponerse al progreso de la acción aquí intentada por el actor, fundan su defensa en la sentencia dictada a fs. 73/76 de los autos caratulados "Asturi, F. c/Rivero, C. S. s/escrituración" (que se tienen en este acto a la vista), en la cual se determinó el derecho del actor de obtener, de la allí demandada, la escrituración del bien materia de esta litis. Cabe añadir que los citados fueron las únicas partes que intervinieron en dicho pleito y que el fundamento de la pretensión allí admitida era el boleto de compraventa firmado por ambas partes el día 16/2/70.

Que la presente acción que se intenta contra el Estado Nacional (Administración de Inmuebles Fiscales) tiene como antecedente dicha sentencia, en la cual se admitió al actor el derecho de obtener la escrituración del inmueble por parte de Rivero, pero se funda en la negativa de la aquí accionada de reconocer su derecho a la escrituración por la presencia de un tercero, aparentemente cesionario del boleto de compraventa celebrado por Rivero con el Banco Hipotecario Nacional. Y como el aquí actor (Asturi) afirma tener mejor derecho que el tercero (Sánchez) para obtener la

escrituración en cuestión, pide el reconocimiento de tal situación al órgano jurisdiccional, requiriendo asimismo la intervención coactiva de Sánchez.

Que así descriptas las cuestiones objeto de análisis, y en punto a los límites objetivos de la cosa juzgada, es oportuno recordar que el pronunciamiento adquiere tal autoridad en cuanto a lo que ha formado el objeto del litigio (*causa petendi*), de tal suerte que es necesario no sólo que la cosa demandada sea la misma, sino que se funde en el mismo motivo o hecho jurídico (conf. Carnelutti, F., *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, p. 326; Chiovenda, G. *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 450 y 454).

Que en efecto, es preciso distinguir con claridad la causa jurídica de la pretensión, del hecho constitutivo o la norma abstracta de la ley, puesto que ésta sólo constituye la mera calificación pero no constituye la causa misma; y en cuanto al hecho constitutivo (en la especie la adquisición por boleto, efectuada al Banco Hipotecario Nacional por Rivero y el nuevo boleto celebrado entre ésta y Asturi), aun cuando fuere común en ambos pleitos, lo decisivo es que la relación jurídica (causa) Asturi - Rivero, es distinta de la aquí invocada Asturi - Estado Nacional (conf. Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, t. I, p. 380-381, y t. IV, p. 151), puesto que, frente a la demandada, el actor pretende ahora ser colocado en la situación de único adquirente con derecho a la escrituración, situación que no fue materia de debate ni decisión en la causa ya señalada.

Que, en este sentido, es útil tener presente que la demanda de autos no importa la renovación del litigio tramitado entre Asturi y Genuaria Rivero sino, más bien, que esta pretensión busca apoyo argumental y normativo en aquella decisión, como un antecedente favorable; pero no se debate aquí aquella relación jurídica, sino la que el actor invoca tener como titular frente al Estado Nacional, distinta de la que tenía contra G. Rivero.

Que, en otro orden de ideas, y con relación a los límites subjetivos de la cosa juzgada emanada de la decisión tantas veces aludida, es preciso recordar que la sentencia surte efectos sólo entre las partes, puesto que en definitiva su dictado ha sido provocado y determinado su contenido, por la conducta de aquéllas. Y como tampoco se trata en autos de un supuesto de sucesión en los derechos (entendido ello como la transmisión del objeto litigioso), sucedida después de la traba de la litis, no es dudoso que la diferen-

cia en cuanto al sujeto pasivo de la pretensión aquí articulada obsta a la existencia de la cosa juzgada, también bajo el aspecto analizado (conf. Rosenberg, L., *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 480-483).

Que, en otro orden de ideas, y a los fines de agotar el tratamiento del tema, es preciso puntualizar que en virtud del alcance de la cosa juzgada con relación a aquellas cuestiones que pudiendo haber sido propuestas no lo fueron, y dado el eventual alcance que sus efectos pudieran tener respecto de ciertos terceros vinculados jurídicamente a las partes (conf. Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. V, p. 514 y 523), es apropiado indagar acerca de la posibilidad que tenía Asturi de accionar contra el Banco Hipotecario Nacional y/o contra Sánchez, o citarlos como terceros, en el pleito seguido contra Genuaria Rivero. Y la respuesta es nuevamente negativa.

Que, efectivamente, tal como se desprende de las actuaciones administrativas del expte. 106/1491-BHN (obrantes en copia, y que se tienen también a la vista), Asturi eligió el camino de dicha tramitación, al tomar conocimiento de la cesión efectuada por Rivero a Sánchez, y requirió a la entidad bancaria la adopción de medidas al respecto. Y si bien dicha presentación es anterior a aquella demanda, recién fue resuelta en sentido negativo a dicha pretensión, con posterioridad al dictado de la sentencia, de tal manera que le resultó jurídica y materialmente imposible traer esta controversia a la causa civil.

Que, a lo sumo, la falta de citación del Estado Nacional y de Sánchez a dicho pleito, torna inoponibles a ellos los efectos de dicha decisión y su intervención sólo habría tenido sentido a los efectos de extenderles los alcances de la sentencia por dictar (conf. esta Sala, c. 8640, 31/3/80; 9534, 24/10/80 y 3345, 18/4/85, entre otras), pero tal omisión no puede constituirse ahora en sustento de la defensa en estudio; a lo más, posibilitará a los ahora intervinientes la articulación de defensas que se han visto privados de oponer por su falta de intervención en aquella causa.

Que, en suma, habida cuenta de la falta de identidad en punto a los sujetos y a la causa de la pretensión, y la imposibilidad de plantear en el juicio civil por escrituración las cuestiones atinentes a la cesión a terceros del boleto de compraventa suscripto por el Estado Nacional, tales circunstancias obstan a la extensión de los efectos de la cosa juzgada, emanados de la sentencia dictada res-

pecto de la acción aquí articulada, lo que impone la revocación del decisorio apelado.

3) Recursos de fs. 397 y 401: Que en punto a las costas de la incidencia resuelta, en función de su resultado y la particular complejidad y naturaleza de las cuestiones involucradas, estíbase prudente imponerlas en el orden causado, respecto de su trámite en ambas instancias (arts. 68 y 69, Cód. de Proc. Civil y Comercial).

Que lo expuesto, torna ocioso el tratamiento de los recursos interpuestos a fs. 397 y 401, en atención al resultado definitivo de la excepción.

Por ello, se resuelve: revocar la resolución de fs. 393/395 en lo principal que decide. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado.

Martín D. Farrel - Carlos M. Grecco - Jorge G. Pérez Delgado (Secr.: Luis M. Márquez) \*.

#### PROPOSICIONES

1) ¿Qué errores de procedimiento le imputa la Cámara al Juzgado de Primera Instancia?

2) ¿Por qué motivo el juez debe analizar en primer término la excepción de incompetencia para posteriormente considerar el resto de las excepciones?

3) ¿Por qué razón la Cámara rechazó la excepción de cosa juzgada?

4) ¿En qué casos es admisible la excepción de cosa juzgada?

5) ¿Cuáles son los límites subjetivos de la cosa juzgada?

6) ¿Por qué en el caso se consideró que no había identidad de causa?

7) ¿Cuál es la diferencia entre la cosa juzgada y la litispendencia?

8) Si el demandado no plantea la excepción de cosa juzgada ¿puede el juzgado declararla de oficio? ¿Hasta qué momento?

\* CNFedCivCom, Sala I, 31/3/86, "Asturi, F. M. c/Gobierno Nacional", LL, 1987-A-57.

### 34. **PRESCRIPCIÓN. CONCEPTO DE “DEMANDA”**

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor de Igarzábal dijo:

I. El sentenciante no acogió la defensa de prescripción opuesta.

Al respecto tal como lo dejara establecido este tribunal las secuencias del juicio habrían de determinar la aplicabilidad de la ley que corresponda (art. 30, Cód. Civil).

La referencia formulada en aquella oportunidad respecto de la aplicación de las disposiciones de la ley 11.645 en su art. 21, si bien lo ha sido a los fines de determinar una de las pautas posibles a tener en cuenta por imperio de lo dispuesto en el aludido art. 3º del Cód. Civil y lo que resulta de los hechos acreditados, ha pasado a constituirse en norma legal ponderable.

Así debe tenerse en cuenta la naturaleza del crédito reclamado originado en los retiros de fondos efectuados por el socio Carlos A. Villahoz, que si bien lo han sido a cuenta de beneficios futuros, no cabe su asimilación a éstos, en razón de que, finalmente no los hubieren, por lo menos de análoga entidad, conforme las peritaciones practicadas.

En cuanto a la aplicación de la ley 11.645, ella corresponde por tratarse de lo vigente para las sociedades de responsabilidad limitada tal como la que integraba el causante Villahoz y tratarse de un crédito existente, aunque impugnado.

El art. 21 de dicha disposición legal, análogo a la parte 1ª del art. 68 del decr. ley 19.550/72 cobra así plena vigencia, desde que la alegación y demostración de los hechos posteriormente efectuados en los autos, no alteran esa primitiva apreciación formulada.

Por lo expuesto, y porque coincido con el sentenciante en orden a desde cuándo debe empezar a correr el término prescripto –fecha de la última extracción de fondos hecha por el causante o en su caso por los herederos– corresponde confirmar la sentencia en cuanto no acoge la defensa opuesta.

II. En cuanto al carácter de socio de la empresa que demanda tal como resulta de las constancias instrumentales agregadas a fs. 4 y ss., circunstancia reconocida en el propio juicio sucesorio al formular la pertinente denuncia de bienes, corresponde deter-

minar si con motivo de su gestión o en su calidad de socio percibía fondos más allá de los que como utilidades pudiera haberle correspondido.

Creo por ello, de la mayor importancia que debe quedar fehacientemente demostrado —por los balances respectivos— cuáles eran aquellas utilidades a fin de determinar —en su caso— la imposibilidad de compensación si los retiros de fondos efectuados las hubieren sobrepasado.

De las constancias de los autos sucesorios agregados por cuerda resulta la existencia de balance, realizado por el liquidador de la sociedad al 31/12/71.

Además tal como lo señala el perito interviniente en el aludido sucesorio existía uno anterior de fecha 24 de febrero del mismo año.

En este último, y ello fue aceptado por los herederos, aparece el causante con un saldo total deudor en su cuenta personal de \$ 53.160,70 cifra asimismo recogida como baja a los fines de la liquidación del impuesto a fs. 296, también aceptado allí por los herederos.

A su vez el perito actuante en estos autos al contestar el punto 3º del temario sometido por la actora expresa que los herederos del causante habían retirado hasta junio de 1971, \$ 45.052,18 (planillas C, D, y E de fs. 84, 85 y 86).

Como se advierte la suma de esos guarismos \$ 98.212, más el razonable incremento que acepta el sentenciante, determinados por entregas posteriores a junio de 1971, tornaría aceptable el monto de reclamo \$ 111.651.

Sin embargo porque no se han traído ajustados elementos de convicción al respecto me he de decidir por acoger únicamente la suma anterior, es decir \$ 98.212.

No recojo el agravio del demandado fundado en la presuntas deficiencias periciales desde que, como se ha visto, los antecedentes aceptados también lo fueron por la accionada en cuanto fueron útiles para deslindar el patrimonio del causante.

Tampoco el relativo a prescripciones parciales referidas al ejercicio del año 1969 porque el reclamo de legítimo abono formulado en el sucesorio fue interruptivo de la prescripción. En este sentido esta Sala (ED, 30-356) ha decidido que en el art. 3986 del Cód. Civil la palabra “demanda” no tiene el sentido es-



tricto con que se la utilizaba en el derecho procesal, sino que comprende todas aquellas peticiones judiciales que importan una clara manifestación de voluntad del acreedor de mantener vivo su derecho.

Éste fue por otra parte el criterio sustentado por el tribunal en pleno en los autos "SC de Seguros Rivadavia c/Tossonian, Carlos" (ED, 69-333).

La suma que se condena pagar deberá ser actualizada conforme lo establece en la parte pertinente la sentencia recurrida y por las razones expuestas por el sentenciante, que comparto.

Por considerar que la cifra actualizada fijada por el sentenciante aunque referida a un monto algo menor, corresponde a la que aquí se admite, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la sentencia, la considero ajustada.

Por ello he de propiciar que se confirme la sentencia en todas sus partes.

Las costas deberán imponerse a la parte vencida en autos.

Los doctores Di Pietro y Escuti Pizarro votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor de Igarzábal.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acta que antecede, se confirma la sentencia en todas sus partes. Las costas se imponen a la parte vencida en autos. Jorge Escuti Pizarro - Félix R. de Igarzábal - Alfredo Di Pietro (Secr.: Diego Quirno) \*.

#### **PROPOSICIONES**

- 1) ¿Cuál es el concepto técnico de demanda?
- 2) Según el fallo, ¿qué significación tiene el término demanda en el art. 3986 del Cód. Civil, como interruptiva de la prescripción?
- 3) En el caso, ¿qué acto se considera interruptivo de la prescripción?
- 4) ¿Pudo resolverse la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento en este caso?

\* CNCiv, Sala A, 8/5/79, "Villahoz, C. y Cía. SRL c/Villahoz, C. A., Suc.", LL, 1979-C-243.

5) Además de la “demanda”, ¿qué otros supuestos de interrupción de la prescripción conoce?

### 35. *PRESCRIPCIÓN. CONCURRENCIA*

1º) ¿Es justa la resolución apelada? 2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª Cuestión: El doctor Etcheverry dijo:

1º) María E. González viuda de Reartes, por apoderado, demanda por cobro de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, pidiendo a la vez la citación en garantía de la aseguradora de la demandada.

El hecho se produce el 11/2/72, la demanda se inicia el 8/2/74 manifestándose expresamente que se pretende interrumpir la prescripción con la presentación de la misma. La acción promovida, se modifica y amplía a fs. 93/102 y se concreta por la suma de \$ 76.356 con más intereses y costas en base al accidente que sufriera la actora viajando en el colectivo interno n° 76 de la línea 237 perteneciente a Transportes Villa Ballester SAI, que es la empresa demandada.

2º) Corrido el traslado a fs. 111 responde la sociedad anónima propietaria del rodado, planteando la prescripción de la acción en base a lo dispuesto por el art. 355 del Cód. de Comercio al tratarse de una demanda originada en un contrato de transporte de personas.

Contesta luego demanda en forma subsidiaria y la actora responde a los planteos de la demandada a fs. 124/127.

3º) A fs. 128/130 se decide la excepción previa de prescripción planteada por la negativa, es decir, rechazándola.

Contra ello se alza la demandada expresando sus agravios, que consisten en la reiteración de la posición sustentada, no produciéndose la crítica concreta y razonada que la ley formal exige para estos casos (art. 260, Cód. de Procedimientos).

No obstante, al existir un mínimo de agravio, corresponde estudiar la sentencia de primera instancia (causa de esta Cámara n° 1967 en *Sensus*, Bol. 10, 1974, t. X, p. 524 y c. 1861 y 2006 allí citados).

4º) A mi entender, no cabe entrar siquiera a considerar si es aplicable o no la prescripción del art. 855 o la que genéricamente indica el art. 846, ambos del Código de Comercio.

Y ello es así, porque la demanda engloba un reclamo integral por daños y perjuicios cuya prescripción se opera a los dos años (art. 4037, Cód. Civil, reformado por la ley 17.711), lo que queda explicitado en los escritos de demanda y ampliación, independientemente de las citas legales que hiciera el proponente (art. 184, Cód. de Comercio).

El juez, cuando cita lo dicho por la actora a fs. 93, lo hace en forma incompleta, ya que el "incumplimiento de un contrato de transporte" se halla entre paréntesis siguiendo a la frase "en concepto de daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito" y citando en su apoyo a Alterini, Liambías y Demogue, resuelve precisamente lo opuesto, es decir, no reconocer la acumulación de las acciones contractual y extracontractual.

No es que la actora tardíamente intente modificar la *causa petendi*, sino que desde el inicio pretende una reparación integral por los daños y perjuicios sufridos en ocasión del transporte; y en esto, disiento con el juez que ha resuelto la cuestión en primera instancia porque precisamente es el brocárdico (y no brocardo) *iura curia novit* el que obliga al juez a atarse al contenido total del escrito, desentrañando el íntimo interés que guía al demandante y cuál es el resultado esperado por el mismo.

Corresponde entonces reconocer que la demanda ha sido articulada en base a preceptos civiles por un lado, y también comerciales que buscan la reparación integral de la víctima.

5º) Siendo ésta la solución que propugno, veamos lo que ocurre en materia de prescripción.

Opino sobre ello, que la acción no puede encuadrarse en el plazo de prescripción en base al Código de Comercio, sino con referencia al plazo que para reclamar daños y perjuicios se ha ampliado por la reforma de 1968 en el Código Civil.

Nótese además, que el actor cita los arts. 519, 1078 y 522, 902 del Cód. Civil y "disposiciones concordantes de ambos cuerpos legales".

Planteadas así las cosas, la prescripción más larga debe absorber a la menor (esta última del art. 855, Cód. de Comercio de

dudosa aplicación) tal es la regla admitida por la doctrina que doy por reproducida.

Por tales consideraciones y en base a lo dispuesto por el art. 4037 del Cód. Civil y con diversidad de fundamentos, voto por la afirmativa.

El doctor Martínez Sosa, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

*2ª cuestión:* El doctor Etcheverry dijo:

Dado lo resuelto en la cuestión anterior corresponde confirmar la resolución apelada de fs. 128/130 vta., con costas en la alzada a la parte demandada.

A la misma cuestión el doctor Martínez Sosa, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En el acuerdo que antecede ha quedado resuelto por los fundamentos expuestos en el mismo que la resolución apelada de fs. 128/130 vta., es ajustada a derecho.

Por ello, se confirma la resolución apelada, con costas en la alzada a la parte demandada. J. Enrique Martínez Sosa - Raúl A. Etcheverry. *Ante mí:* Jorge N. Barreiro \*.

## PROPOSICIONES

- 1) ¿En que relación jurídica basa el actor su pretensión?
- 2) ¿Cuál es, a criterio del tribunal, el encuadre jurídico de la cuestión?
- 3) ¿Qué prescripción aplica?
- 4) ¿Cuál es el término para oponer la prescripción en el juicio ordinario?
- 5) ¿Puede oponer la prescripción en el juicio ordinario con la contestación de la demanda?
- 6) ¿Cuándo el juez debe resolver la prescripción como de previo y especial pronunciamiento?

\* C1ªCivCom Gral. San Martín, 25/2/75, "González de Reartes, M. E. c/ Transportes Villa Ballester SA" LL, 1975-B-775.

### 36. **ARRAIGO. PROCEDENCIA**

*Considerando:* Conforme el art. 318 del Cód. Procesal, si el demandante no tuviere domicilio o bienes inmuebles en la República, es procedente la excepción previa de arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda.

De las constancias de autos surge que los accionantes tienen su domicilio en Brasil, como así también ya que ello no ha sido desvirtuado, que no poseen bienes inmuebles en nuestro país.

Si bien es cierto, que la excepción de arraigo ha de apreciarse con criterio restrictivo, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia la estiman improcedente, en los casos en que el actor es "llevado" a accionar a extraña jurisdicción cuando ello sea debido a la conducta contractual o procesal previa de la contraparte tal principio no puede ser extendido al caso en que es sólo la ley la que determina a un litigante a salir del lugar en que tiene su domicilio, toda vez que estando reglada la competencia no es dado por lo general al actor elegir un tribunal con exclusión de otros (conf. LL, 127-507; y Sala A, 31/5/78, "Blasco Martínez, Fausto c/Crédito Español del Río de la Plata SAF").

Accionando los actores con fundamento en los arts. 23, 59, 184, 194 y 208 de la ley 19.550 y de conformidad con el art. 5º, inc. 11, del Cód. Procesal, la acción debe promoverse ante el juez del lugar del domicilio social inscripto.

Por ello se revoca la resolución apelada en lo que ha sido materia de agravio, debiendo el juez fijar el monto de la caución y plazo en el que deberá ser efectivizada. Costas de ambas instancias a cargo de los actores vencidos (art. 69, Cód. Procesal), las que se fijarán oportunamente. Manuel Jarazo Veiras - Fernando N. Barrancos y Vedia - Carlos Viale. (Secr.: Silvia I. Rey)\*.

#### PROPOSICIONES

- 1) ¿Cuándo es procedente la excepción de arraigo?
- 2) ¿Qué casos conoce en los que, no obstante darse los

\* CNCom, Sala A, 31/8/81, "Castro Gonzáles, A. y otros c/Coopecentral, SA", LL, 1981-D-512.

presupuestos de la excepción, ésta no procede? El fallo lo adelanta un supuesto. Busque otros.

### 37. *ARRAIGO. IMPROCEDENCIA*

*Considerando: 1º)* Que la excepción de arraigo ha sido establecida en favor de los demandados ante tribunales de la República para protegerlos de las acciones temerarias de quienes luego pueden eludir su responsabilidad en razón de no tener su domicilio ni bienes inmuebles en el país. De allí que, si bien el art. 348 del Cód. Procesal no ha formulado expresamente salvedad alguna al principio que fija, atendiendo a la finalidad que lo inspira es lícito concluir que aquélla no resulta procedente cuando el actor se ve compelido a ocurrir ante un determinado juez por motivos especiales (conf. CNCiv, Sala B, JA, 1964-VI, p. 20; íd., Sala C, ED, 34-316; Palacio, L. *Manual de derecho procesal civil*, 1968, t. I, p. 396; Alsina H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 1966, t. III, p. 120; Colombo, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., t. III, p. 268; Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 1971, t. I, p. 629).

Que tal es, precisamente, la situación de autos, habida cuenta de que en el conocimiento de fs. 25 –cuya autenticidad no ha sido puesta en tela de juicio– se convino que “toda acción o demanda deberá iniciarse ante los tribunales de la ciudad de Buenos Aires, salvo que el transportista exigiere otra jurisdicción o voluntariamente se sometiere a otra” (conf. doctrina y jurisprudencia antes citada).

Por ello, se revoca la resolución de fs. 45. Con costas de ambas instancias a cargo de la demandada.

2º) Que las partes discrepan acerca de la fecha de la entrega de la mercadería en el punto de destino, momento que el *a quo* fijó –sin objeción de los contendientes– como arranque del curso de la prescripción.

Que en las condiciones apuntadas, parece obvio que la defensa opuesta a fs. 37 no puede ser decidida como de previo y especial pronunciamiento (arg. art. 346, párr. 2º, Cód. Procesal).

Por ello, déjase sin efecto la resolución de fs. 44, en lo que se refiere a la excepción aludida, la que deberá ser resuelta en la sentencia definitiva.

3º) Que, en atención a la forma en que se decide la cuestión relativa al arraigo impetrado, se ha tornado innecesario pronunciarse respecto de la nulidad que se peticiona a fs. 51, ap. I. Oscar Freire Romero - Guillermo R. Quintana Terán - Eduardo V. Vocos Conesa (*Secr.:* Marina Mariani de Vidal)\*.

### PROPOSICIONES

- 1) ¿Por qué no resultó procedente la excepción de arraigo?
- 2) ¿Cuál es la finalidad que persigue dicha excepción?
- 3) ¿Por qué la excepción de prescripción no pudo resolverse como de previo y especial pronunciamiento?

### 38. **ARRAIGO. RECONVENCIÓN**

*Considerando:* I. El art. 348 del Cód. Procesal determina como requisito para la admisibilidad de la excepción de arraigo que el demandante no tenga domicilio o bienes inmuebles en la República, circunstancias éstas que concurren en el demandado reconviniente según lo resuelto por el juez con carácter actualmente firme. No obstante ello, la decisión atacada desestima la excepción opuesta por la actora y considera, esencialmente, que es improcedente cuando el demandado reconviene en un tribunal de la Nación y promedia pacto expreso de la jurisdicción argentina.

II. Conforme la mayoritaria opinión en doctrina y jurisprudencia, no debe arraigar el reconviniente que ha sido obligado por el actor a estar en juicio, pues la reconvencción es una consecuencia de la demanda con la que se relaciona y se trata de una situación distinta de la del actor (conf. Alsina, *Tratado teórico prác-*

\* CNFed, Sala II CivCom, 11/10/78, "Assucom, N. V. y otra c/Capitán y/o propietarios y armadores del buque F. N. VII", LL, 1978-D-128.

*tico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., 1961, t. III, p. 120, nota 146; Fernández, R. L., *Código de Procedimiento Civil comentado*, Bs. As., 1955, p. 172, nota 41; Colombo, C. J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 557, nota 226; Palacio, L. E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., 1977, t. VI, p. 124, nota 88; CNFed, Sala CivCom, entonces única, c. 4582, 19/7/67, JA, 1967-VI-110; CNCiv, Sala C, 27/10/70, ED, 34-316, LL, 141-665, 25.452, sum. III), habiéndose también expresado, desde otro ángulo, que la carga de arraigar no grava al reconviniendo desde que no existe norma que lo obligue (conf. doctrina CSJN, Fallos, 76:412).

III. Cabe destacar, empero, que otro sector de la doctrina afirma que razón alguna de principio impide someter —concurriendo paridad de condiciones— al demandado que reconviene a la obligación de arraigar, toda vez que la reconvenición, en cuanto reclamación de fondo del sujeto pasivo de una pretensión anterior, incide fundamentalmente en la incorporación de una nueva pretensión en un proceso ya iniciado (conf. Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1977, t. I, p. 250 y 251) pero no modifica la naturaleza propia de la acción que a través de ella se ejerce (conf. Liebman, E. T., *Manual de derecho procesal civil*, tr. española, Bs. As., 1980, p. 146, n° 88). Y prueba de la aceptabilidad del sustentado criterio —y reveladora, además, de la posibilidad de soluciones normativas contrapuestas— es que alguna legislación impone arraigar al reconviniendo que no tuviere domicilio en la República (conf. art. 97, inc. g, Cód. Procesal de la Provincia de Corrientes).

IV. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe ponderar en el caso que si bien las partes pactaron someter sus controversias a árbitros arbitradores conforme con las disposiciones del tribunal de arbitraje general de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (conf. art. 27, a, fs. 24), lo cierto es que, en definitiva, el conflicto se derivó a la instancia judicial, admitiéndose por ambas la competencia de los tribunales federales de la República, quienes naturalmente lo eran en virtud del lugar pactado para el cumplimiento del contrato de obra.

Por lo tanto, la referida prórroga en verdad no ha sido tal a los efectos del arraigo puesto que, en cualquier hipótesis, el juicio debió ventilarse ante tribunales argentinos y, siendo así, no se trata del supuesto en que se ha eximido de arraigar al demandan-



te por el hecho de convenirse una distinta jurisdicción (conf: esta Sala, c. 7605, 30/11/79 y precedentes allí citados).

V. Ello sentado, y volviendo al tema de la reconvencción, corresponde señalar que el dispositivo del art. 348 del Cód. Procesal no inhibe, como principio, que el demandado reconviniente deba arraigar.

Empero, entiende el tribunal que de ello no se sigue que necesariamente deba hacerlo en las mismas condiciones que el actor, pues interpreta que es impropcedente establecer un principio general sobre el punto, debiéndose considerar las particularidades de cada caso para resolverlo atendiendo a las razones que informen la citada norma.

Y, desde este punto de vista, es adecuado diferenciar los supuestos en que la reconvencción opera como una suerte de defensa frente al ataque del adversario, de aquellos otros en que, aun con prescindencia de éste, la acción de quien reconviene constituye un ataque autónomo (Sala II, Civil y Comercial de la entonces Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contenciosoadministrativo, c. 1533, 4/8/72).

Cuadra tener en cuenta, por consiguiente, que la reconvencción está sostenida aquí por los mismos argumentos en que se basa la defensa de compensación (conf. fs. 307, F, 307 vta., G; 308 vta., X; 469/472 y desistimiento parcial de fs. 492 del principal, que se ha tenido a la vista). Pero como el crédito opuesto por el demandado es ilíquido y susceptible, según dice, de superar el reclamado por el actor, el tribunal interpreta que en la medida en que ha utilizado la vía reconvenccional por el excedente (cfr. Alsina, *op. cit.*, t. III, p. 204; Palacio, *op. cit.*, t. IV, p. 175 y ss., nº 765; Fassi, *S. Código Procesal Civil y Comercial*, t. 1, p. 650, § 1283), aquél se encuentra obligado a arraigar con esa limitación.

VI. Aunque lo expresado basta para decidir la incidencia planteada en estas actuaciones, no es ocioso agregar —en razón de lo argumentado por la actora— que la solución no varía —y no podría extenderse más allá del límite señalado— por el hecho de que ella haya promovido la demanda en virtud de la intimación que en tal sentido le efectuara Fares, pues éste se limitó a ejercer, de ese modo, el derecho que le confería el art. 519 de la ley 20.094 frente a la traba de un embargo e interdicción que impedía la salida de un buque de su propiedad.

Obsérvese, en tal sentido, que en el particular régimen del citado art. 519 las medidas cautelares caducan si dentro de los diez días de practicada la intimación no se promoviere la demanda correspondiente, mientras que de acuerdo con lo establecido por el art. 207 del Cód. Procesal, la caducidad se produce de manera automática si la acción no se intenta dentro de los diez días siguientes a su traba. Y el motivo por el cual se establece este breve plazo es el mismo en ambos casos: no se debe turbar indefinidamente la actividad de la contraparte (conf. Fassi, *op. cit.*, t. 1, p. 344, § 654).

VII. Por lo que atañe al testimonio de Blanco Villegas –cuestión que se trata sólo a mayor abundamiento– debe tenerse en cuenta en primer término que es el apoderado del demandado, por lo que si bien se consintió –con reservas– que declarara en calidad de testigo (conf. audiencias de fs. 37 y 72/74), resulta evidente su interés en el juicio. Por ello, su negativa a contestar algunas de las preguntas del interrogatorio de fs. 70/71, no reviste la trascendencia que le asigna la actora, sobre todo si se tiene presente que una de ellas (preg. 16) versa sobre la existencia en el país de bienes del demandado, punto que se encuentra actualmente fuera de discusión y las restantes no se vinculan directamente con el aspecto a resolver.

Por consiguiente, no resulta principista lo resuelto por el juez en el sentido de que, aun cuando el testigo hubiese contestado el interrogatorio en forma íntegra, no se modificaría el sentido de la resolución apelada, ya que ello se compadece con una correcta valoración de la prueba producida, según la regla de la sana crítica (art. 386, Cód. Procesal).

En cuanto a la demora de poco más de un mes en la realización de la audiencia, provocada por el viaje al exterior del testigo, ella se encuentra justificada con la presentación de fs. 45 y el informe de la agencia de viajes.

Finalmente es pertinente destacar que la cuestión del pago de la tasa de justicia tampoco exhibe conexidad directa con el tema debatido.

VIII. En cuanto al hecho de que el demandado no tiene un domicilio en nuestro país –y tampoco bienes inmuebles; cfr. doctrina de esta Sala, c. 317, 18/12/81– basta con remitirse a lo decidido en primera instancia sobre el particular, que se ajusta a lo expresado por el propio reconviniente al contestar la ex-

cepción (fs. 10, cap. II y declaración testifical de su apoderado a fs. 72, 12).

IX. La Sala interpreta, por último, que la cuestión ventilada comporta un problema objetivamente dudoso de derecho sin que obste a ello, según ha sido explicado, el criterio tradicionalmente adoptado. Sobre tal base y contabilizando, por otro lado, que su tratamiento en este tribunal puede razonablemente reputarse como novedoso, corresponde aplicar las costas del incidente en el orden causado (arts. 68, párr. 2º y 69, Cód. Procesal).

Por lo expuesto, se resuelve modificar la resolución de fs. 164/167 y disponer que el demandado reconviniente arraigue por el excedente de la suma en que ha fundado la defensa de compensación.

Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, dejándose en consecuencia sin efecto los honorarios regulados (art. 279, Cód. Procesal).

El doctor Grecco no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN). Roberto M. Muzio - Jorge G. Pérez Delgado (*Secr.*: Francisco de Asís Soto) \*.

#### PROPOSICIONES

1) ¿Procede el arraigo frente a la reconvencción? Funde su respuesta.

2) Explique los distintos criterios existentes y sus fundamentos.

3) ¿Cómo se resolvió el presente caso y por qué?

\* CNFedCivCom, Sala I, 16/2/82, "Astilleros Tar SA c/Rachid Fares y otro", LL, 1982-C-140.