

## CAPÍTULO IX

### RECURSOS

80.	Aclaratoria.	Límites .....	209
81.	Aclaratoria.	Carácter .....	213
82.	Aclaratoria.	Sentencia firme .....	214
83.	Reposición.	Carácter .....	215
84.	Proposición.	Procedencia .....	217
85.	Apelación.	Contenido de la expresión de agravios ...	218
86.	Apelación.	Resoluciones apelables .....	219
87.	Apelación.	Facultad del tribunal de alzada .....	221
88.	Apelación.	Procedencia .....	222
89.	Apelación e	incidente de nulidad .....	223
90.	Apelación.	Feria judicial .....	226
91.	Apelación.	Recurso extraordinario .....	227
92.	Apelación.	Juicio ejecutivo .....	234
93.	Nulidad .....		236
94.	Queja por recurso denegado.	Fundamentación .....	238
95.	Queja por recurso denegado.	Gravamen .....	239
96.	Inaplicabilidad de ley .....		240
97.	Recurso extraordinario.	Queja por denegación del re- curso extraordinario. Excepciones de litispendencia y cosa juzgada .....	244

## CAPÍTULO IX

### RECURSOS

#### 80. ACLARATORIA. LÍMITES

El recurso de inaplicabilidad de ley ¿es fundado?

El doctor San Martín dijo:

1º) El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda deducida por indemnización de daños y perjuicios, separando en dos categorías los rubros integrantes del resarcimiento, unos los fijó a “valores históricos” y otros los estipuló a la fecha de su fallo -10/11/82-, en pesos ley 18.188: 450.000.000, 50.000.000 y 150.000.000, respectivamente: incapacidad, lucro cesante y daño moral.

La alzada, diciendo que la indemnización por incapacidad era algo excesiva, la redujo a la “suma actual” de \$ 350.000.000 de la moneda indicada; disminuyó a la “suma actual” de \$ 35.000.000 lo concedido por lucro cesante, y considerando razonable lo dado por agravio moral “a la fecha de esta sentencia” lo confirmó. Recalcó en la “parte dispositiva” que la incapacidad física y el lucro cesante se estimaron “en este momento”.

La actora pidió se aclarara la sentencia respecto a que la referencia a la fecha del fallo a la cual se fijaba la reparación debía ser la de la resolución de primera instancia.

Y la Cámara, aduciendo haber incurrido en error material, hizo lugar al requerimiento.

2º) Se alzan los demandados contra esta última decisión mediante recurso de inaplicabilidad de ley aduciendo violación de los arts. 36, inc. 3º, y 166, inc. 2º, del rito; 14 y 17 de la Const. Nacional y su Preámbulo, y 27 de la Constitución de la provincia.

Dicen que, por vía de aclaratoria, la Cámara modificó su sentencia en la cual siempre se refirió a la fecha del pronunciamien-

to; que una prueba de ello es el capítulo del daño moral en el que se dice que es justo lo fijado por el magistrado originario, pero a la época del fallo de segunda instancia, cuando habían pasado varios meses y sufrido una variación del 80 % el índice tomado como pauta de reajuste; y que la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal coinciden en que por recurso de aclaratoria no es factible alterar sustancialmente el contenido de la sentencia.

3º) Menos de cinco meses mediaron entre la sentencia de primera instancia y la de la Cámara, pese a lo cual la diferencia que en consecuencias económicas provoca fijar la indemnización a la fecha de un pronunciamiento o a la del otro, es enorme. Así vivimos, inmersos en la inflación, y casos en los que por ese flagelo se convierten millones en monedas, ocupan gran parte de la atención de la Corte.

Luego de esta digresión, entrando en materia, he de anticipar que, en mi opinión, al recurrente no le asiste razón.

1. Sus denuncias de violación de normas constitucionales no sirven para fundamentar un recurso, porque no basta decir que se cercena una garantía para dar base a un reclamo atendible, sino que es preciso señalar de qué manera es transgredida (doctrina CSJN, LL, 120-518).

Por otra parte, no está de más recordar que los posibles atentados a la Constitución de la provincia deben ser traídos a esta instancia por la vía del recurso correspondiente (art. 299, Cód. Procesal).

2. Es cierto que esta Corte ha decidido que por el recurso de aclaratoria no puede alterarse lo sustancial de un fallo (AS, 1963-II-110; Ac. 23.728, 30/8/77; L. 29.572, 3/11/81, entre muchos fallos) y que el citado medio impugnatorio no debe asumir la función que corresponde a otro recurso (c. L. 31.245, 18/10/83).

Tampoco puedo desconocer que la doctrina ha limitado el concepto de "error material" –utilizado por el tribunal *a quo* para acoger el recurso– a los errores aritméticos o de copia, o a los equívocos en que hubiese incurrido el juez acerca de nombres o calidades de las partes, o a las contradicciones que pudieren existir entre los considerandos y la parte dispositiva (Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos*, cap. 2º, nº 40, a; Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 4ª ed., t. II, p. 70, nº 324).

Pero entiendo que, aun sin poder encuadrarse en los ejemplos a los que he aludido, la resolución atacada no alteró lo sustancial de la sentencia.

En la sentencia predomina un acto de voluntad (Sentís Melendo, *Aclaratoria de sentencia*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1946, año IV, parte 2<sup>a</sup>, p. 5 y sus remisiones a pie de página a Calamandrei, Alsina, Couture y Cammeo), por lo que, ante un pedido de aclaratoria habrá que mantener la volición que constituye la sentencia, limitándose a enmendar la expresión de dicha volición (autor, obs. y ps. cits.); examinar si la corrección afecta la sentencia en su sustancia que es su integridad ideológica (SC Mendoza, en la revista mencionada, p. 15, en nota al pie); observar si el error material que se invoca se refiere a la manera de discurrir del juez o a la expresión escrita de ese discurrir (Sentís Melendo, art. cit., p. 41); si se ha expresado defectuosamente la intención del juzgador (íd., p. 42).

Pues bien, la Cámara al suministrar la verdadera inteligencia de su fallo acogiendo la aclaratoria (“no cabe duda –dice Sentís Melendo en el trabajo que tantas veces he citado *ut supra*– que el propio juez que dictó la sentencia es quien mejor puede interpretarla”, p. 17; en igual sentido, SC Mendoza, fallo antes referido en p. 13, nota al pie), no hizo otra cosa que enmendar la equivocada expresión de su voluntad manteniendo la integridad ideológica de la resolución; no cambió ni su discurrir ni su intención, sino que corrigió la forma escrita de expresar ese discurrir, la defectuosa manifestación de su intención.

En efecto, aunque excesivamente lacónico en sus explicaciones, el *a quo*, a fs. 279, limitóse a corregir el error material consistente en haber insertado las palabras “suma actual” de fs. 273 y vta. y “a este momento” de fs. 274 y 275, porque su verdadera intención era decir que se refería a la fecha de la sentencia de la instancia anterior.

Por esto es que manifestó, con relación a la incapacidad, que la suma concedida por el juez de origen era “algo excesiva”, subrayando “algo”, expresión que hubiese estado de más si la cantidad originaria –\$ 450.000.000– era transportada a abril de 1983 mediante algún sistema de ajuste; y por eso es que confirmó la sentencia de primera instancia en lo que hacía al daño moral luego de afirmar que la indemnización por ese concepto era razonable. Si hubiese entendido que no lo era cuando el juez de primera ins-

tancia falló, sino recién a la fecha de su decisorio, “sin modificar este rubro en su aspecto nominal, si lo ha (habría) variado notoriamente en su valor adquisitivo”, lo que de ninguna manera podía hacer, puesto que no existía recurso peticionando tal variación.

En fin, creo que la Cámara no se excedió de los límites que fijan las normas cuya violación se invoca y que mantener su resolución aclaratoria evita que no se haga justicia, que se cierren los ojos ante la evidencia, o que se atente contra la buena fe que debe privar en las contiendas judiciales (conf. SC Mendoza citada por Sentís Melendo, p. 13/14, nota al pie). Voto, pues, por la negativa.

Los doctores Cavagna Martínez, Negri, Mercader y Vivanco, por los mismos fundamentos, votan también por la negativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (arts. 68 y 289, Cód. Procesal). El depósito de fs. 284, queda perdido para el recurrente (art. 294, Cód. Procesal), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 2º de la resolución 760/68, modificada por la resolución 368/77. Antonio C. Vivanco - Miguel A. Mercader - Mariano A. Cavagna Martínez - Héctor Negri - Guillermo D. San Martín (Secr.: Mario E. Milazzo)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿En qué consistió la aclaratoria de la Cámara de Apelaciones?

2) ¿Cuál es el límite del recurso de aclaratoria en lo atinente a la medida de lo que puede alterar?

3) Según el fallo, ¿a qué ha limitado la doctrina el concepto de “error material”?

4) ¿Por qué la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires entiende que la Cámara no cambió su discurrir, ni su intención, sino que corrigió la forma escrita de expresar ese discurrir?

5) ¿Por qué la Suprema Corte considera que la Cámara no excedió los límites de la aclaratoria?

\* SCBA, 1/6/84, “Julia, G. c/Ramos, A. y otros”, ED, 113-182.

6) Para una mejor comprensión del caso puede consultarse el comentario de Bertolino, Pedro J., *El rol de la aclaratoria en la elaboración justa de la sentencia civil*, ED, 113-181.

## 81. ACLARATORIA. CARÁCTER

*Considerando:* I. Por más de que en el escrito de fs. 52/55, punto 2.1 se exprese que se solicita una aclaratoria, lo que en realidad se intenta es la revocación parcial de lo resuelto a fs. 41/42. El tribunal ha establecido en numerosos casos análogos que, por aplicación de lo que dispone el art. 30 del decr. ley 1285/58 y el art. 273 del Cód. Procesal, las sentencias y resoluciones de las Cámaras Nacionales de Apelación, o de sus Salas, son irrecurribles (conf. entre otros, causa L. 229-973, del 29/8/78; R. 252.195, del 7/5/79, de esta Sala).

II. El pedido formulado en el punto 2.2 es igualmente improcedente, porque tampoco constituye una aclaratoria, dado que se pide a la Sala que resuelva acerca de una cuestión que no fue motivo de recurso, y que en su caso deberá ser planteada y decidida en primera instancia.

III. Es también inadmisibles lo requerido en el punto 2.3, que importa la pretensión de que se modifique el monto de la contracautela fijada por el tribunal a fs. 42, ya que excede el ámbito de la aclaratoria, la que tiende solamente a subsanar errores materiales, precisar conceptos oscuros y suplir omisiones (art. 166, Cód. Procesal).

En consecuencia, no ha lugar a lo solicitado a fs. 52/55. El doctor Durañona y Vedia no firma por hallarse en uso de licencia. Jorge Alterini - Santos Cifuentes (Secr.: Luis A. Dupou) \*.

## PROPOSICIONES

I) ¿Por qué la Cámara entiende que lo que se ha interpuesto no es un recurso de aclaratoria?

\* CNCiv, Sala C, 15/12/87, "Bafber, D. c/Kustin, S.", LL, 1988-D-184.

2) De acuerdo con su contenido: ¿qué recurso se habrá interpuesto?

3) ¿Por qué el recurso interpuesto no es procedente?

4) ¿Por qué la modificación de la contracautela fijada excede los límites del recurso de aclaratoria?

## 82. ACLARATORIA. SENTENCIA FIRME

*Considerando:* La demanda entablada en autos, tendía a lograr que se condenara a la demandada a escriturar el inmueble de la calle Neuquén 1214, piso 1º, dto. "B", de esta Capital, y la controversia versó sobre ello. A ese departamento se hizo referencia en los resultados y en los considerandos de la sentencia de fs. 115/123, por lo que, el hecho de que en la parte dispositiva, al condenarse a escriturar el departamento "objeto de la operación", se consignara que estaba ubicado en la calle "Rosario 1214, piso 1º B", constituyó un evidente error material.

Ahora bien, la circunstancia de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, no es obstáculo que impida la corrección, pues el principio de que no pueden reverse procedimientos precluidos o sentencias consentidas no alcanza, por razones de orden natural o lógico, a simples errores materiales y aritméticos (conf. CNCiv, Sala F, 26/7/63, LL, t. 113-801, 9970-S; id., Sala C, R. 285.124, 7/7/83). Resultan, pues inadmisibles los agravios de fs. 191/192.

No cabe tratar los restantes, que se refieren a la aplicación de la multa. El recurso concedido a fs. 190 vta. sólo pudo estar referido a los puntos primero y segundo de la providencia de fs. 187 vta. En efecto, de acuerdo al art. 19 del decr. ley 1285/58 –modificado por ley 15.271–, las sanciones disciplinarias aplicadas por los jueces nacionales de primera instancia, serán apelables por ante la Cámara respectiva, debiendo deducirse los recursos dentro del término de tres días. Por ello, al haber quedado notificada la demandada de la aplicación de la sanción el 30 de septiembre, pudo apelar a más tardar dentro de las dos primeras horas del día 4 de octubre.

En consecuencia, se resuelve: confirmar la providencia de fs. 187 vta. Con costas (art. 69, Cód. Procesal). Jorge H. Alteri-

ni - Agustín Durañona y Vedia - Santos Cifuentes (Secr.: Luis A. Dupou)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿A través de qué remedio o recurso puede la parte requerir la modificación de un error material de la sentencia?

2) ¿La cosa juzgada comprende también a los errores materiales que pueda tener una sentencia?

3) Según el Código Procesal ¿hasta cuándo pueden corregirse los errores puramente numéricos?

### 83. REPOSICIÓN. CARÁCTER

*Considerando:* El recurso de reposición sólo procede contra las providencias simples (art. 238, Cód. Procesal) carácter que, tratándose de una Sala de la Cámara de Apelaciones, sólo tienen las dictadas por el presidente del tribunal (art. 273, Código citado), supuesto diferente al que se configura en la especie.

De por sí, lo expuesto es suficiente para rechazar el recurso interpuesto, sin necesidad de sustanciación (art. 239 *in fine*, mismo Código).

Sin perjuicio de ello, se aprecia pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

a) La medida solicitada a fs. 36/38 lo fue con carácter complementario del embargo y secuestro oportunamente dispuestos y se alegó en ambas instancias.

b) La ordenada por el tribunal a fs. 64 vta. (punto III) lo fue en reemplazo de aquélla y con idéntico carácter complementario.

c) Conforme a ello, no se trata de una nueva medida sino la pertinente adecuación de la solicitada por la actora.

d) La misma debía pronunciarse sin audiencia de la contraparte (art. 198, Cód. Procesal).

\* CNCiv, Sala C, 12/12/85, "Blanco, G., c/De Paoli de Meglio, A. R. s/ suc.", LL, 1986-B-518.

e) Las facultades del tribunal en materia cautelar, tanto enderezadas a evitar perjuicios cuanto a la necesidad de que las adoptadas se efectivicen, son consideradas en la legislación procesal con la mayor amplitud.

f) La posibilidad de adoptar “una medida distinta a la solicitada”, lo contempla expresamente el art. 204 del Cód. Procesal.

g) Los perjuicios que podrían derivarse de la medida meramente complementaria adoptada, se aprecian de menor cantidad que los gravámenes susceptibles de inferir la pretendida por la parte.

h) De lo expresado en los puntos e y d emerge que no se vulneró la garantía de la doble instancia, en tanto la situación que ahora se plantea, no es otra que lo que se hubiere presentado de haberse admitido en la alzada la medida en la forma que fuera primigeniamente solicitada.

i) En tal supuesto, la garantía a que se refiere el recurrente queda suficientemente resguardada con la facultad conferida por el art. 202 del Cód. Procesal –atendiendo al carácter provisional y mutable– aportando, en su caso, los elementos que demuestran su injustificada adopción o la desaparición de las circunstancias que la motivaron, ausentes en el escrito en providencia.

Por todo ello, se rechaza la reposición solicitada. Juan M. Garzón Vieyra - Rodolfo A. Ramírez - Helios A. Guerrero (*Secr.*: Miguel F. Bargalló)\*.

## PROPOSICIONES

1) ¿Qué resoluciones judiciales son susceptibles de recurso de reposición?

2) ¿Qué resoluciones dictadas por la Cámara de Apelaciones tienen el carácter de providencias simples?

3) ¿Por qué motivo la medida cuestionada debía pronunciarse sin audiencia de la contraparte?

4) ¿Qué facultades le otorga al juez el art. 204 del Cód. Procesal?

\* CNCom, Sala E, 17/12/85, “Banco del Sud, SA. c/Polizoto, E. y otro”, LL, 1986-A-597.

5) ¿Cuál confiere el art. 202 del Cód. Procesal?

6) Al estudiar los casos vinculados con los recursos puede consultarse, Carrió, Genaro, *Cómo fundar un recurso*, Bs. As., Abeledo - Perrot, 1990.

#### 84. PROPOSICIÓN. PROCEDENCIA

*Considerando:* Los argumentos expuestos por el recurrente son insuficientes para conmovier los aportados por la *a quo* en sustento de su decisión de fs. 36/37, mediante la cual dejó sin efecto la designación de interventor informante respecto de "Aron Chmielewski e Hijos, SA".

En la resolución de fs. 6 se dejó establecido –con carácter firme– que la actuación de aquel funcionario quedaría circunscripta a aportar información relativa a hechos posteriores a su nombramiento, ya que de recaer sobre los anteriores se hubiera autorizado por esa vía a preconstituir prueba (conf. ap. II).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, como lo reconoce el propio apelante, su demanda tiende a colacionar el valor de un porcentaje del paquete accionario de aquella sociedad calculado sobre la tenencia de capital que el causante poseía hacia el mes de mayo de 1975; y requiriendo además que dicho valor sea computado en la forma prevista por el art. 3477 del Cód. Civil, es decir, a la fecha de apertura de la sucesión –7/1/84– (conf. citada fs. 20 y fs. 3 del expediente sucesorio), fácil es concluir –como lo ha hecho la *a quo*– que la medida solicitada excede el objeto de la pretensión.

Si a lo expuesto se agrega que el recurrente ha admitido expresamente que la sociedad no ha sido parte en los actos que cuestiona, y que por tal causa tampoco fue demandada en el juicio principal (conf. fs. 45, párr. 4º y fs. 46, párr. 4º). No existe motivo alguno que justifique su intervención, máxime ante el carácter restrictivo con que debe apreciarse su procedencia (art. 225, inc. 1º, Cód. Procesal).

Por lo demás, ante la manifestada en orden a reprochar la supuesta contradicción en que habría incurrido la jueza al revocar la medida originariamente admitida, es preciso destacar que ello no

basta por sí solo para descalificar el fallo, pues de aceptarse ese temperamento, carecería de sentido la existencia legal de recurso de reposición (art. 238, Código citado) el que luego de la reforma introducida por la ley 22.434 al ordenamiento adjetivo, se encuentra aceptado en forma expresa como medio para revisar las providencias que decretan medidas cautelares (art. 198, párr. 3º, Código citado).

Por último en lo que se refiere al agravio relativo al levantamiento de la medida respecto de Ras, SA. la simple lectura del pronunciamiento recurrido demuestra su improcedencia, habida cuenta de que en el mismo no se adoptó decisión alguna en tal sentido\*.

### PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué parte de la resolución de fs. 6 quedó firme?
- 2) ¿Por qué la medida solicitada excedía el objeto de la pretensión?
- 3) ¿Es procedente el recurso de reposición respecto de las providencias que admitieren o denegaren medidas cautelares?
- 4) ¿Cuál es el plazo para interponer el recurso de reposición?
- 5) ¿Cuándo se corre traslado del recurso de reposición?
- 6) ¿Cuándo debe fundarse el recurso de reposición?

### 85. APELACIÓN. CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

*Considerando:* La crítica concreta y razonada que de conformidad con lo dispuesto por el art. 265 del Cód. Procesal, debe contener el memorial de agravios, consiste en la indicación detallada de los errores u omisiones que se le atribuyen al pronunciamiento (cfr. CNCiv, Sala G, R 271.090, 22/7/81; íd., íd., R 21.358, 7/4/86 y sus citas, entre otros).

\* CNCiv, Sala G, 11/12/85, "Chmielewski, S. B. c/Chmielewski, R.", LL, 1986-A-524.

Por tanto, toda vez que el escrito de fs. 668 no se introduce en el análisis pormenorizado de la resolución recurrida ni impugna presuntos defectos de la misma ni rebate sus fundamentos puesto que se limita a esgrimir argumentos meritados por el juez, no reúne los requisitos suficientes para ser considerado expresión de agravios.

De todas maneras y sin perjuicio de lo expuesto, de acuerdo a los antecedentes de la causa y el alcance de la norma contenida en el art. 47, párr. 3º, de la ley 21.839, puede destacarse que la solución del juez resulta irrefutable.

Una vez que se regularon los honorarios, se rigen por los postulados de los arts. 49, 61 y concs. de la citada ley arancelaria si, como ocurre en la especie, también se encuentra liquidado el crédito emergente de la pretensión que les da origen, aunque ésta hubiere de regirse por parámetros diferentes como se dio en el caso.

Por ello y por sus propios fundamentos, se resuelve: confirmar el decisorio de fs. 665, punto I, con costas dealzada a cargo de la vencida (arts. 68 y 69, Cód. Procesal). Leopoldo L. V. Montes de Oca - Ricardo L. Burnichon - Roberto E. Greco (Secr.: Hilario Rebaudi Basavilbaso)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿En qué consiste la crítica concreta y razonada que debe contener un memorial?

2) En el caso, ¿por qué el memorial no constituyó una crítica concreta y razonada?

### 86. APELACIÓN. RESOLUCIONES APELABLES

*Considerando:* 1. La apelabilidad de la resolución que rechaza de oficio la demanda, prevista en el art. 496 del Cód. Procesal, debe ser extendida a supuestos como el de autos, en que se

\* CNCiv, Sala G, 6/11/87, "Pricia, A. c/Trinidad, José", LL, 1988-A-374.

denegó la ampliación de la contestación de la demanda y del ofrecimiento de prueba. Ello porque el escrito de responde reviste para el demandado la misma importancia que la demanda para el actor, ya que fija el alcance de su posición y delimita los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba y la sentencia (conf. Palacio, L. E., Bs. As., 1977, t. VI, p. 251 y doctrina de la causa mencionada en la nota 68, parr. 1º).

Por ello, se declara mal denegado el recurso, y se admite la queja deducida.

I. Encontrándose sustanciado el recurso concedido en el punto precedente por habérselo opuesto como subsidiario del de reposición, corresponde entrar derechamente a su consideración.

Ante la ausencia de disposición legal expresa, cabe estar siempre a favor de la amplitud de la defensa, por lo que debe tenerse por ampliado el responde con la nueva presentación de fs. 159/161, efectuada en las dos primeras horas del vencimiento del plazo del traslado ordenado a fs. 59 (conf. diligencia de fs. 63 vta. y cargo de fs. 162). Resulta, pues, procedente el agravio de la recurrente. Por lo expuesto, se revoca la providencia impugnada. Carlos L. Bosch - Eduardo Vocos Conesa - Guillermo R. Quintana Terán (*Secr.*: Patricia B. Barbado)\*.

## PROPOSICIONES

1) ¿Qué resoluciones únicamente son apelables en el proceso sumario? Consulte el art. 496 del Cód. Procesal.

2) ¿Por qué el tribunal consideró que la resolución recurrida era apelable?

3) Según el criterio del tribunal, ¿hasta cuándo se puede ampliar la contestación de la demanda?

4) ¿Por qué el tribunal en una misma resolución resolvió la queja y la apelación?

\* CNFedCivCom, Sala II, "Barone de Giannini, G. c/Gobierno Nacional", LL, 1986-E-271.

**87. APELACIÓN. FACULTAD DEL TRIBUNAL DE ALZADA**

*Considerando:* El tribunal de apelación está facultado para examinar la procedencia del recurso, pues sobre el punto no está ligado ni por la conformidad de las partes, ni por la resolución del juez de primer grado, aun cuando se encuentra consentida. Este examen, por lo demás, puede hacerse de oficio (conf. CNCiv, Sala A, R. 225.184, 22/5/79 y R. 33.825, 3/11/87).

Establecido lo anterior, cabe destacar que el recurso interpuesto a fs. 23 respecto de la cuestión decidida a fs. 22 ha sido mal concedido, ya que en los procesos a los que se ha dado trámite sumario, como ha sucedido en la especie, la resolución que admite o deniega la intervención de terceros es siempre inapelable, toda vez que no se encuentra comprendida entre los supuestos previstos por el art. 496 del Cód. Procesal (conf. CNCiv, Sala A, R. 280.830, 3/11/82; R. 3008, 19/12/83; R. 7539, 24/7/84; R. 33.865, 3/11/87 y R. 34.865, 21/12/87; Yáñez Álvarez, César D. *La intervención de terceros en el proceso civil*, JA, doctrina 1970-25, n° 10 y 31 punto "M"; Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil* t. III, p. 241-242, punto C).

A mayor abundamiento cabe señalar que no se observa razón que justifique la intervención de Ana M. Martínez en estas actuaciones sobre escrituración, desde que el pronunciamiento que en definitiva habrá de involucrar una relación jurídica en la que aquélla es ajena.

Por ello, en orden a lo precedentemente expuesto, se resuelve declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 23. Jorge Escuti Pizarro - Hugo Molteni - Ana M. Luaces (Secr.: Ricardo Li Rosi) \*.

**PROPOSICIONES**

1) ¿Puede la Cámara declarar mal concedido un recurso otorgado por el juez de primera instancia y no cuestionado por las partes? Funde su respuesta.

\* CNCiv, Sala A, 9/6/88, "Singman, J. L. c/Rius, R. M.", LL, 1988-D-13.

2) ¿Por qué el tribunal considera que el recurso de apelación ha sido mal concedido?

3) Se trata de un proceso sumario. La resolución recurrida ha denegado la intervención de un tercero. ¿Considera usted aplicable el art. 496 del Cód. Procesal o del art. 96, párr. 1º, del mismo cuerpo de normas? Dé sus fundamentos.

## 88. APELACIÓN. PROCEDENCIA

*Considerando:* 1. Sólo son irrecurribles las resoluciones, del juez sobre “producción”, “denegación” y “sustanciación” de la prueba, y no las que influyen sobre ella pero obedecen a otras normas procesales, como son las que hacen al cómputo de los plazos, a la personería procesal, al error en la presentación del escrito, etcétera. En todos esos casos la apelabilidad depende de materia extraña a la prueba en sí misma, y puede ser procedente (Fassi, Santiago C., *Código Procesal y Comercial de la Nación*, t. 1, § 1346; CNCiv, Sala C, R. 27.326, 23/12/86).

En consecuencia, corresponde admitir la apelación contra el punto segundo de la resolución del 27/11/86, pero sólo con respecto a lo decidido sobre las impugnaciones de los puntos A, B, E, y F del escrito de fs. 210/211 del principal, ya que lo demás encuadra en el art. 379 del Cód. Procesal.

II. Atento a lo dispuesto por esta última norma, lo decidido en el punto primero de fs. 259 vta. del principal es inapelable.

En consecuencia, se resuelve: admitir con el alcance indicado la queja tratada en el primer considerando que se resolverá una vez integrada la cuestión con el Ministerio Pupilar y rechazarla por la denegación del recurso de apelación contra el punto primero de la resolución del 27/11/86. Devuélvase a primera instancia a sus efectos, debiéndose notificar la resolución de fs. 258/259 del principal al asesor de menores de primera instancia. Jorge H. Alterini - Agustín Durañona y Vedia - Santos Cifuentes (*Secr.:* Luis A. Dupou) \*.

\* CNCiv, Sala C, 12/2/87, “De La Arena de Ricciardi, M. C. c/Ricciardi, V.”, LL, 1987-B-407.

**PROPOSICIONES**

- 1) ¿Qué dispone el art. 379 del Cód. Procesal?
- 2) En el caso, ¿por qué la Cámara consideró que la apelación respecto del punto segundo de la resolución del 27/11/86 era procedente?
- 3) ¿De qué medio de impugnación dispone aquel que tenga interés en que se revise una resolución del juez de primera instancia que hubiese denegado una prueba o mediado declaración de negligencia?

**89. APELACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD**

- 1º) ¿Ha sido bien concedido a fs. 566 el recurso de apelación interpuesto juntamente con el incidente de nulidad a fs. 552/558?
- 2º) En caso afirmativo: ¿es justa la sentencia interlocutoria de fs. 549?
- 3º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

*1ª cuestión:* El doctor Tarsia dijo:

1) Han llegado estos autos a conocimiento de esta Sala como consecuencia de la sentencia dictada a fs. 695 por la Suprema Corte de Justicia Provincial anulatoria de la dictada fs. 630 por la Sala I de esta Cámara, que diera término a la incidencia abierta a partir de la presentación del síndico obrante a fs. 518 y ss. en donde solicitara la extensión de la quiebra decretada en la causa Olicap SRL a algunos de sus socios integrantes.

A fs. 549 la *a quo* entonces a cargo del juzgado ante el que tramita el proceso concursal, resolvió extender esa quiebra a la social Mabel A. Oliva de Sansone; ésta dedujo a fs. 552/558 en forma conjunta incidente de nulidad, por entender que existían vicios de procedimiento anteriores a esa resolución incurridos en la tramitación de la incidencia que nos ocupa, y recurso de apelación contra la citada resolución de fs. 549.

Sustanciado, el incidente de nulidad, fue desestimado por auto de fs. 564/566, en que también se concedió el recurso de apelación así deducido; apelada esta sentencia la Sala I de este tribunal la confirmó, en resolución que fue mantenida por la Suprema Corte de Justicia en su sentencia de fs. 617/618, acordando plena

validez a la notificación del pedido original del síndico, y que constituía, esencialmente, el argumento invocado en la nulidad argüida.

Interin, y luego de dictado el auto desestimatorio referido en la anterior instancia, de fs. 564/566 y ya citado, presentóse a fs. 570/575 el memorial en apoyo del recurso de apelación y por el que se atacaba, repito, "en forma simultánea con el incidente de nulidad", la susodicha resolución de fs. 549. A fs. 704 ha sido cumplida la medida ordenada a fs. 703 con relación al proveído de fs. 550 vta. y presentación de fs. 552 y ss. de aquélla surge la temporaneidad de esta última (arts. 127, 134, 168, 169, 242 y concs., Cód. Procesal).

2) Estimo que el recurso de apelación, así interpuesto, es inadmisibile. Como he relatado y procurado recalcar mediante su encomillado, y la ahora quejosa interpuso en forma conjunta un incidente de nulidad por pretender viciado el procedimiento seguido, y recurso de apelación contra el auto que fue fruto de aquel procedimiento que, repito, se pretendió que era nulo por vicio procedimental.

Ello así el recurso de apelación deducido juntamente con ese incidente de nulidad resulta inadmisibile, porque ambas vías no pueden intentarse en esa forma conjunta y simultánea, puesto que si una decisión es nula por vicios de procedimiento no puede al mismo tiempo ser injusta (conf. C1ªCivCom Mar del Plata, 9/12/69, *DJBA*, n° 3709, 15/1/71, p. 3, n° 146). Tampoco procede si se entendiera que ese recurso de apelación fue interpuesto en forma subsidiaria del incidente de nulidad toda vez que el único remedio que admite el mismo es el recurso de revocatoria (ver términos de su interposición a fs. 558 *in fine*. "Otrosí digo" y en presentación de fs. 569, art. 241 del Cód. Procesal; mi trabajo, *Recursos en el Código Procesal Civil y Comercial*, p. 9 y 31 y sus citas; CNCiv, Sala E, 28/8/79, *ED*, 86-321 sobre la improcedencia de ambos remedios deducidos simultáneamente; CNCiv, Sala G, 28/5/81, "Petersen Thiele y Cruz, SA c/Araujo", *ED*, 99-635, sum. 16, jurisprudencia condensada; íd., Sala D, *op. loc. cit.*, en el anterior sum. 17; íd., Sala A, 13/10/70, *ED*, 37-512), y aunque por ese recurso de apelación se pretendiera atacar una resolución adversa que pudiera eventualmente dictarse respecto del incidente de nulidad, también es improcedente, puesto que en nuestra legislación procesal, además

no existe recurso "de futuro" o *ad eventum* (conf. ex C2ªCivCom Departamental 9113, 2/6/70, "Juliano c/Yameti"; Morello y otros, *Códigos Procesales*, t. 3, p. 340; doctrina arts. 242, 243, 263, 248 del ritual).

Desde otro punto de vista, también debe resolverse que el recurso de apelación es improcedente: si el incidente de nulidad promovido a fs. 552/558 lo fue con fundamento, entre otras razones, en la falta de debida notificación del auto que disponía traslado de la presentación del síndico que de ser exacto hubiera cohonestado la falta de contestación a tal traslado y aquél fue desestimado dejándose constancia expresa que tal notificación fue bien efectuada, aquella falta de respuesta queda sin sustento jurídico y por tanto deviene aplicable lo normado en el 150 del Cód. Procesal que veda apelar a quien, precisamente, incurrió en esa omisión.

Ítem más es de recordar que la jurisdicción apelada es de orden público, por cuya razón el tribunal de alzada puede pronunciarse de oficio, independientemente de la voluntad de los litigantes, sobre la procedencia formal del recurso, analizando entre otras cuestiones si la apelación ha sido bien concedida (Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos*, p. 181, n° 46; mi trabajo cit., p. 16-17, ap. IV-4 y sus citas; ex C2ªCivCom. Departamental, 9686, 8/10/70, "Costado, A."; íd., c. 11.178, 17/12/71, "Descio, J. A. c/Mansilla", entre otras; esta Sala, c. 1245, 1436 y 2532 entre otras). Ello legitima lo anteriormente propuesto a la consideración del tribunal.

3) Voto así a esta primera cuestión por la negativa, y atento al resultado así propuesto, las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la recurrente (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Varela y Marchió, aduciendo análogas razones, dieron sus votos también por la negativa.

*3ª cuestión:* El doctor Tarsia dijo:

En atención al resultado que arroja la votación de la cuestión primera y por no corresponder el tratamiento de la segunda, el pronunciamiento a dictar es declarar mal concedido a fs. 566 el recurso deducido a fs. 558. Costas de esta instancia a cargo de la recurrente.

Los doctores Varela y Marchió, aduciendo análogas razones, dieron sus votos en el mismo sentido.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se declara mal concedido a fs. 566 el recurso deducido a fs. 558. Con costas de esta instancia a cargo de la recurrente. Vicente A. Tarsia - Casimiro A. Varela - Luis T. Marchió (*Ante mí*: Nelba S. Martinelli de Massón) \*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Por qué, a juicio del tribunal, el recurso de apelación deducido juntamente con el incidente de nulidad resulta inadmisibile?

2) ¿Por qué tampoco procede el recurso de apelación si se entiende que fue interpuesto en forma subsidiaria del incidente de nulidad?

3) ¿Por qué también es improcedente el recurso de nulidad si se pretende atacar la resolución adversa que pudiera dictarse en el incidente de nulidad?

4) ¿Por qué el tribunal puede examinar de oficio la procedencia formal del recurso?

### 90. APELACIÓN. FERIA JUDICIAL

*Considerando:* Por recibidos los autos, que vienen a conocimiento de este tribunal de feria con motivo del recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, al pedir revocatoria del auto que denegó la habilitación del feriado judicial.

Estando a la escueta presentación del pedido de fs. 40, no resultan elementos que fundamenten el reclamo toda vez que se entiende para ello que tienen que concurrir los supuestos de excepción contemplados en el art. 153 del Cód. Procesal.

Los argumentos traídos posteriormente no fueron oportunamente propuestos al magistrado de la anterior instancia, haciendo improcedente su tratamiento (art. 277, Cód. Procesal); por otra

\* CApelCivCom Mercedes, Sala II, 24/10/85, "Olicap SRL", LL, 1987-A-331.

parte, teniendo en consideración que la feria concluye el día de mañana tampoco tendría justificativo la habilitación intentada. Sólo a mayor abundamiento, cabe resaltar que la urgencia que ahora se expresa no resulta de lo actuado cuando en tiempo hábil se dejó consentir el auto de fs. 38, del 17/12/85, se pide la habilitación recién el 14/1/86 y se plantea revocatoria fuera de plazo, elementos que contradicen las expresiones del memorial.

Por lo expuesto, se resuelve: confirmar la resolución del juez de feria de fs. 41. Jorge Escuti Pizarro - Moisés Nilve - Mario C. Russomanno (*Secr.*: Martín J. Chavarri)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Cuáles son los requisitos para que pueda habilitarse la feria judicial?

2) ¿Qué principio procesal impide que la Cámara trate capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia?

3) ¿Por qué razón, en definitiva, la Cámara confirmó la resolución del juez de primera instancia que rechazó la habilitación de feria?

### 91. APELACIÓN. RECURSO EXTRAORDINARIO

*Considerando:* ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Bossert dijo:

I. La actora realiza la actividad de intermediación en venta de pasajes y turismo en el ámbito interjurisdiccional. Ha interpuesto la demanda persiguiendo la repetición de las sumas que, por impuesto a los ingresos brutos abonó a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires desde 1976 a 1981. La sentencia de fs. 148 hizo lugar a la demanda. Apeló la demandada y expresó agravios a fs. 167, los que son contestados a fs. 190.

\* CNCiv, Sala de Feria, 30/1/86, "R., J. H. c/O. de R., A.", LL, 1986-B-133.

A fs. 194 obra la sentencia de la Sala C de esta Cámara, que revocó el fallo de primera instancia y rechazó la demanda, por aplicación del fallo plenario del 29/8/83, "Holditur, SRL c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/repetición" (LL, 1983-D-214).

A fs. 199 interpuso la actora recurso extraordinario, sosteniendo –por las razones que luego señalaré– que la sentencia de alzada estaba viciada de arbitrariedad en tanto no había analizado su planteo, formulado al contestar la expresión de agravios, sobre la inconsistencia de éstos a la luz del art. 265 del Cód. Procesal, y además, porque no había considerado que la demandada apelante no cuestionó uno de los fundamentos del fallo del *a quo*; y a fs. 200 vta. (punto V del mismo escrito) agrega que "también interpone recurso extraordinario en mérito al art. 14, inc. 2º, de la ley 48" y lo fundamenta, en que se decidió "una cuestión federal como es la constitucionalidad del gravamen a los ingresos brutos y las disposiciones que lo sustentan frente al art. 67, inc. 12 de la Const. Nacional y haberse resuelto en forma negativa a la contradicción señalada".

La Sala C de esta Cámara, a fs. 211 limita la concesión del recurso extraordinario al "deducido a partir del punto V de fs. 200 vuelta".

A fs. 219 la actora interpone recurso de hecho por apelación denegada.

A fs. 223 la Corte Suprema recoge el planteo contenido en la queja, y deja sin efecto el fallo de Cámara por considerar que son descalificables como acto judicial las sentencias que omiten pronunciarse sobre las cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para la correcta solución del juicio, y ordena dictar un nuevo fallo "sin que lo aquí decidido importe expedirse sobre los alcances que cabe asignar al planteo de la actora". Y agrega que "la forma con que se resuelve la causa torna inoficioso pronunciarse con respecto a los temas en materia del recurso extraordinario concedido por el *a quo*".

De manera que, en cumplimiento con lo ordenado por el superior, corresponde revisar los aspectos planteados con motivo de la expresión de agravios y su contestación, tras la sentencia de primera instancia, y que según la queja de la actora, no fueron considerados en Cámara.

La queja de la actora en tal sentido abarca dos aspectos: A) sostiene que la expresión de agravios de fs. 167 es inconsistente, a la luz de las exigencias del art. 265 del Cód. Procesal, ya que no se presentó una crítica razonada y concreta de la sentencia pues se limitó a comentar fallos y formular teorizaciones abstractas todo lo cual, sostiene, debe derivar en declarar desierto el recurso. B) Dicha expresión de agravios no se ocupa de criticar uno de los fundamentos de la sentencia: la inconstitucionalidad del impuesto a los ingresos brutos por carecer de atribuciones la Municipalidad para gravar materia alcanzada por otro impuesto coparticipado (art. 16, Const. Nacional e inteligencia del art. 9º del decr. ley 20.221/73, leyes 22.251 y 22.006).

A) Respecto al primero de los aspectos, no estoy de acuerdo con el criterio de la demandada. La inconstitucionalidad invocada por el juez de primera instancia, no necesitaba ser criticada siguiendo paso a paso los párrafos o etapas del razonamiento de aquel magistrado. Ése no es un camino forzoso para quien apela. Tratándose de un tema de complejidad doctrinaria, y no meramente de diversas cuestiones fácticas contenidas en una sentencia, es adecuado oponer al razonamiento del juez, el propio razonamiento, la formulación doctrinaria adversa, en tanto gire en torno, exactamente, a la cuestión que determinó la solución judicial: la constitucionalidad de una norma. Y esto es lo que hizo el demandado en su escrito de fs. 167, rico, sin duda, en argumentación jurídica sobre el tema de la constitucionalidad de la norma impositiva y expuesto desde la tesis contraria a la contenida en la sentencia.

La abundancia de citas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la cuestión, no desmerecen sino que, por el contrario, fortalecen la posición crítica del apelante.

No es posible considerar que, no obstante lo que acabo de señalar, no ha mediado crítica de la sentencia porque en esa extensa argumentación no aparecen referencias específicas a frases o párrafos de aquélla; tal exigencia redundaría en un formalismo que no encuentra fundamento ni en el art. 265 ni en principio procesal alguno. Es suficiente con que, tal como hizo la demandada, la argumentación refute el criterio jurídico en que se fundó la sentencia, y en virtud de lo dicho se pida su revocación.

Pero debo analizar además, si ha sido criticado el fundamento de la sentencia que considera que, en virtud de la ordenanza impositiva se incurre en doble imposición.

El actor no acudió a este razonamiento como argumento autónomo, en su demanda la que se desarrolló en torno a la cláusula comercial de la Constitución y la inconstitucionalidad que de ella derivaría.

La sentencia dirigió su análisis a revisar la facultad impositiva de la comuna ante el sistema constitucional contenido en los arts. 67, inc. 12, y 108 de la Constitución. Revió las modificaciones que sufrió la ley de coparticipación federal, señalando la obligación de las jurisdicciones locales de no aplicar impuestos análogos a los nacionales coparticipados, que deriva de la adhesión de las provincias al régimen coparticipativo, y señaló la vigencia del convenio multilateral, en cuyo ámbito están comprendidas, señala, las actividades de la actora.

Ése es, en resumen, el tema analizado por el *a quo*, sobre el cual fundara sus conclusiones. Y sobre lo que ahora estoy revisando, observo que a fs. 151 vta. sostiene que la pretensión de la ley de coparticipación de evitar la doble imposición, “quedaría desmentido por la remisión al convenio multilateral” ya que la imposición sobre los ingresos brutos derivados del quehacer de empresas de actividad interjurisdiccional, “quedaba sujeto a lo allí pactado”; vale decir que estas empresas podrían “ser gravadas en jurisdicción local”.

Y luego, retomando el tema, a fs. 154 sostiene que aparece la doble imposición por cuanto la comuna coparticipa de los impuestos que recauda la Nación, a lo que se agrega lo que aquella recauda por ingresos brutos.

Ninguna referencia específica hace la sentencia a los impuestos concretos con los que aparecería la doble imposición, para que el demandado, al apelar, hubiese podido revisar si se trataba del mismo hecho imponible. Es éste un fundamento de la sentencia meramente invocado, pero no desarrollado (por cierto, distinto es el desarrollo que, después, provee el actor a fs. 204 vuelta).

Además de la imprecisión con que el *a quo* vincula el tema de la coparticipación federal y el convenio multilateral, creo advertir un error en su enfoque.

Las normas que establecen la coparticipación federal (p.ej., decr. ley 20.221/73 y posteriores modificatorias) regulan la distribución, entre la Nación y las provincias, de los impuestos que aquella recauda. Es por ello que el art. 9º de aquel texto dispone que las provincias que adhieren a ese régimen no deben esta-

blecer gravámenes análogos a los establecidos en él, es decir, los que recauda la Nación. En aquel texto se enunciaba expresamente, entre otros, los impuestos a los réditos (reemplazado ahora por ganancias, ganancias eventuales, tierras aptas, etcétera).

El art. 9º, inc. *b*, de aquel decreto cuando excluye expresamente los impuestos que cita de la obligación asumida en ese artículo por las provincias, claramente está señalando que las provincias pueden imponer esos gravámenes (p.ej., inmobiliario, actividades lucrativas, etc.), y ello por una sencilla razón; por no ser el mismo hecho imponible el que resulta gravado por los que recauda la Nación y los que allí se enumeran. Enumeración que, atento la redacción de la norma, a mi modo de ver no correspondía considerar taxativa y excluyente sino enunciativa, ya que podían surgir otros gravámenes locales.

Por modificaciones legales posteriores, en esa enunciación, se incluyó expresamente, el impuesto a los ingresos brutos.

Luego la ley 22.006 modificó la redacción del inc. *b*.

Pero en la transcripción que el *a quo* hace a fs. 150 vta. es evidente que no advirtió que, tras el párrafo que reproduce y en el que se suprimió la enunciación de impuestos locales expresamente admitidos, el texto legal continúa y no sólo alude expresamente, para excluirlo de la prohibición, al mencionado impuesto, sino que le dedica un largo apartado dividido en ítem.

Me parece que el *a quo* además de ese error notable, ya que el convenio multilateral del 18/8/77, está destinado a regular la aplicación del impuesto a los ingresos brutos respecto del transporte interprovincial, disponiendo que se tomen en cuenta el valor de los pasajes y fletes percibidos o devengados en la provincia, y esto con el objeto, justamente de evitar la doble imposición en las distintas jurisdicciones locales que el transporte atraviese.

Bien es cierto que, en este aspecto la demandada apelante no se ocupó de destacar puntualizadamente este error en que incurre la sentencia de primera instancia, habiéndose conformado con la cómoda y reprochable actitud de presentar un escrito similar al que presentara en otro juicio donde se le reclamaba por la misma cuestión, sin tener en cuenta las particularidades de la sentencia.

Pero creo que debe extremar la protección de la defensa en juicio, como valor a tutelar a través de la interpretación de los dichos de las partes, y en ese sentido, las afirmaciones contenidas a fs. 170 vta. y ss. aunque no aluden particularizadamente a los

dichos del *a quo*, implican una tesis adversa a la que considera que se produciría la doble imposición. Efectivamente, analizando el significado de la ley de coparticipación, el apelante desecha que pueda implicar un reparto del poder tributario entre Nación y provincias, pues ello invadiría materia ordenada en la Constitución, y si no la contradice sería, por lo menos un texto innecesario. De manera que se inclina por la segunda tesis que enuncia, es decir, que dicha ley representa una reglamentación del art. 67, inc. 12, de la Constitución, y el análisis que desarrolla, implica sostener –aunque con expresiones diversas– que la ley de coparticipación federal reglamenta el reparto de facultades impositivas en conformidad a lo previsto por la Constitución, lo cual, además de sostener una postura favorable al poder impositivo local, implica señalar que esa ley reglamenta adecuadamente la previsión constitucional que, por cierto, rechaza la doble imposición entre Nación y provincias. A fs. 172, expresamente alude a la necesidad de evitar la doble imposición, indicando que a tal propósito contribuyen la ley de coparticipación federal y el convenio multilateral.

Según ya ha señalado, la afirmación del *a quo* acerca de la doble imposición es meramente dogmática y al no haber explicitado en qué consistiría, con qué impuesto se superpondría o de qué modo acaecería, no es posible descalificar la expresión de agravios que no se ocupó con mayor detalle de ese argumento, ya que no había razonamiento concreto para criticar. Dicho de otro modo, ante la falta de explicitación por parte del *a quo*, de cuál sería el impuesto con el que se produciría la doble imposición, no era posible exigir al apelante hacer una crítica más detallada en ese aspecto ya que no tenía a la vista, en la sentencia, el o los gravámenes respecto a los cuales debía alegar que se trataba de distintos hechos imponibles.

Diría que, además del error de concepto que contiene la sentencia, su apuntada insuficiencia, determina que no podamos descalificar la expresión de agravios por insuficiencia en ese mismo aspecto.

Por otra parte, y realizando otro análisis, cabe advertir que el recurso no ha sido ni podría ser declarado desierto, ya que hubo amplia fundamentación de la constitucionalidad del impuesto que el *a quo* había desechado. De manera que no se hallaba firme la sentencia. Y abogado este tribunal a revisarla, cobra imperio lo dispuesto en el art. 303 del Cód. Procesal.

Por todo lo expuesto, considero que debe revocarse la sentencia de primera instancia, y hacer aplicación del fallo plenario de esta Cámara del 29/8/83 *in re*: "Holditur, SRL c/Municipalidad de la Capital s/repetición" que estableció que "corresponde que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires grave con el impuesto a los ingresos brutos las comisiones que perciben los intermediarios dedicados a la venta de pasajes y actos similares en el orden internacional o interjurisdiccional, en virtud de lo dispuesto por el art. 67, inc. 12, de la Const. Nacional".

Dada la existencia de criterios jurisprudenciales contradictorios con anterioridad a dicho fallo plenario, y a las particularidades que rodearon a la sentencia y a la expresión de agravios de la demandada, propongo que las costas de ambas instancias se declaren en el orden causado y las comunes por mitades (art. 68, párr. 2º, Cód. Procesal).

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los doctores Nilve y Conde votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 148/155, y en consecuencia se rechaza la demanda. Las costas en ambas instancias se imponen en el orden causado y las comunes por mitades. Gustavo A. Bossert - Moisés Nilve - Ana M. Conde (*Secr.*: Alicia B. Álvarez)\*.

#### PROPOSICIONES

- 1) ¿Dentro de qué plazo debe interponerse el recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48? ¿Desde cuándo se computa dicho plazo?
- 2) ¿Qué plazo rige para la queja por denegación del recurso extraordinario (art. 14, ley 48)? ¿Desde cuándo se computa?
- 3) Cuáles fueron las quejas de la actora en la instancia extraordinaria, contra la sentencia de la Sala C?
- 4) ¿Qué resolvió a fs. 223 la Corte Suprema de Justicia de la Nación?

\* CNCiv, Sala F, 5/3/86, "Sitri SRL c/Municipalidad", LL, 1986-E-343.

5) ¿En qué consiste la crítica concreta y razonada a que alude el art. 265 del Cód. Procesal?

6) A juicio del tribunal (Sala F) ¿por qué fue adecuada la crítica que hizo la demandada al fallo?

7) ¿Qué defecto adjudica el tribunal a la sentencia de primera instancia?

8) ¿Qué error de la sentencia de primera instancia no se preocupó de destacar puntualizadamente la demandada?

9) ¿Por qué el tribunal sostiene que la afirmación del juez de primera instancia, acerca de la doble imposición, es meramente dogmática?

10) ¿Qué resolvió, en definitiva, el tribunal (Sala F)?

11) Para una mejor comprensión del caso se recomienda la lectura del comentario de Peyrano, Jorge W., *Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios*, LL, 1986-E-341.

## 92. APELACIÓN. JUICIO EJECUTIVO

*Considerando:* I. Resolución de fs. 268 bis: el memorial de agravios previsto por el art. 246 del Cód. Procesal, sujeta el recurso al cumplimiento de todos los recaudos que establecen los arts. 265 y concs. del Cód. Procesal. Así, debe contener la crítica concreta y razonada del pronunciamiento que ataca, con indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan (cfr. CNCiv., Sala G, R. 21.988, 5/5/86; íd., R. 22.412, 2/6/86, entre otros).

El escrito de fs. 28 no se introduce en el análisis pormenorizado del decisorio recurrido, ni indica sus presuntos defectos, ni observa sus fundamentos legales, rebatiéndolos en términos concretos, pues se limita a reiterar las alegaciones de fs. 260 que ya fueron objeto de tratamiento por el juez, por lo que no puede ser considerado como expresión de agravios (cfr. CNCiv. Sala G, R. 22.447, 5/6/86; íd., íd., R. 23.105, 18/6/86, entre otros).

Consecuentemente, de conformidad con lo prescripto por el art. 266 del Código citado, habrá de ser declarado desierto.

Sin perjuicio de ello, debe ponerse de manifiesto que, como bien lo expresa el *a quo* el trámite del proceso no se encuentra concluido mientras no exista liquidación definitiva aprobada y satisfecho su monto (cfr. Falcón, *Código Procesal*, t. III, p. 541, 9.5; Colombo, *Código Procesal*, t. II, p. 541; Palacio, *Estudio de la reforma procesal civil y comercial -ley 22.434-*, p. 319).

Por otra parte, los requisitos previstos por los arts. 540 y 541 del mismo Código, tienen como fundamento salvaguardar el principio de contradicción y el derecho de defensa que —aunque limitados por la propia naturaleza del proceso— con los actos cumplidos, no se advierten agraviados (cfr. Falcón *op. cit.*, p. 541, p.1 y siguientes).

II. Resolución de fs. 272/73: si bien en principio, lo expresado precedentemente en cuanto a la fundabilidad de las apelaciones resultaría aplicable al memorial de fs. 279/80, esa circunstancia no puede alcanzar a lo referente a la aplicación del art. 623 del Cód. Civil, toda vez que la prohibición en él contenida acerca de la capitalización de intereses es de orden público (cfr. Llamás, *Tratado. Obligaciones*, t. II, p. 931).

Como lo refiere el juez y la parte actora, la misma norma se encargó de sentar excepciones a dicha prohibición, pero su aplicación en la especie debe ponderarse de conformidad con el procedimiento especial que rige la litis. Así, la única oportunidad en que corresponde practicar liquidación es la prevista por el art. 591 del Cód. Procesal, salvo aquella que lo sea al solo efecto de determinar el monto para la base de la subasta a la que, por su provisionalidad, no puede reconocérsele con entidad para capitalizar los intereses. Menos aun cuando no se da el supuesto del art. 561, no obstante la intimación ordenada por el magistrado de anterior grado, pues lo contrario importaría menoscabar el orden en que sucesivamente deben materializarse los actos expresamente prescriptos por la ley procesal, para dar seguridad y certeza al seguimiento de la ejecución.

En definitiva, el orden público comprometido en el asunto no puede verse menoscabado sobre la base de actos incorporados al proceso al margen de los que la propia ley ha impuesto para su desarrollo (cfr. Salas, *Código Civil*, t. I, art. 623, n° 5).

No basta la liquidación aprobada judicialmente, la intimación al pago de su monto y la renuencia a cumplirlo, sino que cada uno de esos recaudos se exterioricen dentro del contexto normativo

específicamente prescripto (cfr. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. VII, p. 1050).

Por lo demás, las otras cuestiones quedaron comprendidas en el decisorio de fs. 207/208, por lo que no serán tratadas al no advertirse razón alguna que jurídicamente así lo autorice.

Por ello, se resuelve: I. Declarar desierto el recurso de apelación concedido contra la resolución de fs. 268 *bis*, con costas a cargo de la recurrente. II. Revocar parcialmente el decisorio de fs. 272/73, haciendo lugar a la impugnación por capitalización de intereses, por lo que la acreedora deberá practicar nueva liquidación. Costas en un 80 % a cargo de la demandada y un 20 % a la actora. Ricardo L. Burnichon - Roberto E. Greco - Leopoldo L. V. Montes de Oca (*Secr.*: Carlos H. Peuriot Bouché)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Por qué la Cámara declara desierto el recurso concedido contra la resolución de fs. 268 *bis*?

2) A juicio del tribunal, ¿cuándo concluye el juicio ejecutivo?

3) ¿Por qué si el memorial de fs. 279/280 no reunía todos los requisitos necesarios para que se lo considerara una crítica concreta y razonada de lo resuelto a fs. 272/273, el tribunal igualmente conoció en el recurso?

4) ¿Por qué el tribunal revocó parcialmente la resolución de fs. 272/273?

### 93. NULIDAD

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho?

El doctor Dupuis dijo:

1. Según se tiene decidido en forma reiterada, la admisibilidad del recurso de nulidad se halla circunscripta a las impugnacio-

\* CNCiv, Sala G, 30/7/86, "Consortio de Propietarios Salguero 3094/96 c/Rondini, V.", LL, 1987-A-142.

nes referidas a vicios procesales que pueden afectar la resolución considerada en sí misma, quedando excluidas las irregularidades que, en su caso, hacen al procedimiento anterior (conf. Palacio, L. E., *Derecho procesal*, t. V, p. 562, c: CNCiv, Sala E, R. 221.551, 19/8/77: *id.*, *id.*, R. 227.477, 31/3/78: *id.*, *id.*, R. 227.305, 14/4/78; etcétera). De allí que los presuntos defectos procesales vinculados a las alegadas irregularidades con que se habría notificado la demanda, debieron plantearse en la anterior instancia, máxime cuando mediante este recurso se pretende defender derechos de terceros. Y con respecto a Pereyra no está de más señalar que esta misma ya se presentó en el expediente y articuló un incidente de nulidad de lo actuado, sobre la base del mismo defecto que ahora se esgrime, el que fue rechazado, mediante resolución que se encuentra firme.

Por ello y dado que en la especie no se pretende atacar la sentencia en cuanto hace lugar a la acción reivindicatoria intentada, ni se señalan errores *in iudicando*, que bien pueden ser reparados por medio del recurso de apelación, sino que se mencionan presuntos vicios de procedimiento en que se hubiera incurrido al tramitar el pleito, estimo que no hay agravio que atender, máxime cuando la propia apelante admite ser comodataria, que carece de elementos para arrogarse la defensa de terceros que fueran condenados en este proceso. Empero, en cuanto al agravio concreto que el fallo le produce a ella personalmente nada dice, por lo que la mera discrepancia con la solución a la que llegará el *a quo* no constituye una cabal expresión de agravios en los términos de los arts. 265 y 266 del Cód. Procesal.

Las precedentes consideraciones me llevan a proponer que se declare desierto el recurso. Con costas a la apelante (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Calatayud y Mirás, por análogas razones a las expuestas por el doctor Dupuis, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 130/131, en cuanto fue materia de agravios. Osvaldo D. Mirás - Juan C. G. Dupuis - Mario P. Calatayud (*Secr.*: Lucas C. Aón) \*.

\* CNCiv, Sala E, 19/3/86, "Siri de Noceti, A. y otros c/Barreiro, R. R. y otro", *LL*, 1986-E-337.

**PROPOSICIONES**

- 1) ¿Qué vicios procesales pueden impugnarse mediante el recurso de nulidad?
- 2) ¿Qué diferencias hay entre un recurso de nulidad y un incidente de nulidad?
- 3) ¿Qué vicios procesales pueden impugnarse mediante el incidente de nulidad?
- 4) ¿Por ante quién se interpone el recurso de nulidad?
- 5) ¿Quién debe resolver el incidente de nulidad?
- 6) ¿Qué defectos procesales alegó el recurrente?
- 7) ¿Fue acertada la vía elegida? Funde su respuesta.
- 8) En caso negativo, ¿qué vía debió intentar y en qué instancia? Funde su respuesta.

**94. QUEJA POR RECURSO DENEGADO. FUNDAMENTACIÓN**

*Considerando:* La naturaleza del recurso de queja por apelación denegada impone la necesidad de que el recurrente suministre al tribunal las razones por las que considera erróneo el criterio que informa a la resolución denegatoria (Palacio, *Derecho procesal civil* t. V, p. 130, n° 560; Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, 4ª ed., t. I, p. 457).

Los argumentos expuestos en la presentación de fs. 113 resultan insuficientes como para acceder a la concesión del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fs. 12.

En efecto, allí existe una alusión a la falta de negligencia de la recurrente en el diligenciamiento de su prueba pericial pero ello no incide en modo alguno sobre la admisibilidad del recurso de apelación sino sobre su oportuna procedencia; aspecto que no se halla bajo análisis al presente.

Asimismo, la parte quejosa manifiesta que “no se concede el recurso y se priva a mi mandante de la prueba fundamental, con el argumento procesal del art. 379 inaplicable al caso, por referirse a otro tipo de juicio incidental a regirse por la vía del art. 175 y ss. del Cód. Procesal”. En verdad, esta fundamentación no re-

viste la suficiente claridad como para rebatir la interpretación brindada por el juez para la denegación del recurso de apelación.

Tampoco contribuye en este sentido la alegación en el otro sídigo de fs. 17/vta. Ocurre que el traslado del art. 180 del ordenamiento ritual es el que corresponde conferir en los incidentes y el que se dio en este proceso a pedido de P.A.H. Siendo así, no se advierte cuál es la distinción que procura efectuar la recurrente y que haría viable el recurso impetrado.

Por ello y lo dispuesto por los arts. 282 y 283 del Cód. Procesal, se resuelve declarar bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la decisión obrante en copia a fs. 12. Hugo Molteni - Teresa M. Estévez Brasa - Rómulo E. M. Vernengo Prack\*.

### PROPOSICIONES

- 1) ¿En qué casos procede la queja por recurso denegado?
- 2) ¿Por qué la Cámara denegó la queja?
- 3) ¿A través de qué medio podía la parte impugnar la declaración de negligencia en la producción de la prueba pericial?
- 4) ¿Dentro de qué plazo debe plantearse la queja y qué requisitos de admisibilidad debe cumplir el quejoso?
- 5) ¿Puede apelarse el auto que deniega un recurso? Funde su respuesta.

### 95. QUEJA POR RECURSO DENEGADO. GRAVAMEN

*Considerando:* La presencia de agravio y el interés de quien lo interpone constituyen requisitos subjetivos de admisibilidad de la apelación de modo que si no existe un gravamen cierto y concreto para el recurrente, aquello debe denegarse (cfr. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. V, p. 47; CNCiv, Sala G, R. 243.390, 2/7/80; íd., íd., R. 256.179, 29/8/80; íd., íd., R. 265.341, 2/9/80; íd., íd., R. 272.598, 23/7/81; íd., íd., R. 281.965, 22/6/82).

\* CNCiv, Sala B, 21/3/88, "H., P. A. c/M., M", ED, 8/3/90.

Dichos extremos no se encuentran reunidos en la especie, ya que si el propio apelante afirma que no existe indicio alguno que pueda hacer suponer su intención de salir del país en compañía de sus hijos menores (cfr. 2 vta. párr. 4º), no se advierte qué perjuicio puede ocasionarle la decisión judicial que le impide llevar a cabo aquella conducta.

En tales condiciones, la denegatoria del recurso por parte del *a quo*, que se fundamentara precisamente en la aludida ausencia de gravamen, resulta inobjetable.

Por ello, se resuelve desestimar el presente recurso de queja por apelación denegada. Leopoldo L. V. Montes de Oca - Roberto E. Greco - Ricardo L. Burnichon (Secr.: Alejandro Olazábal)\*.

### PROPOSICIONES

1) ¿Cuáles son los dos requisitos de admisibilidad que exige el tribunal para que el recurso de apelación pueda ser concedido?

2) ¿Por qué el tribunal considera que dichos requisitos de admisibilidad no se encontraban reunidos en el caso?

3) ¿Por qué se desestima la queja?

### 96. INAPLICABILIDAD DE LEY

Los doctores Guerrero, Viale, Jarazo Veiras, Míguez de Cantore, Carvajal, Caviglione Fraga, Quintana Terán, Di Tella, Arecha, Cuartero, Ramírez y Garzón Vieyra, dijeron:

1) La resolución de fs. 98 declara reunidos los extremos del art. 293 del Cód. Procesal sin mencionar, no obstante, la existencia concreta de contradicción o, más precisamente, en qué consistiría la discrepancia de la doctrina jurisprudencial.

El recurrente ha citado en fs. 84 un precedente de la propia Sala cuya sentencia cuestiona por esta vía y otro de la Sala B.

\* CNCiv, Sala G, 26/9/85, "G. de L., L. c/L., N.", LL, 1986-A-138.

Al dar cumplimiento al art. 292 del Cód. Procesal señala que el decisorio atacado establece que la presunción del art. 624 del Cód. Civil no admite prueba en contrario, en colisión con lo resuelto en los precedentes que han admitido tal prueba para desplazar la presunción cuando se percibe el pago sin reservas.

Así descriptos los términos en que se encuentra planteada la inaplicabilidad de ley, resulta imposible determinar la cuestión a resolver (art. 294, Cód. Procesal) por las siguientes razones:

a) La sentencia de fs. 81/83, más allá de su acierto o error, en modo alguno ha negado la posibilidad de desvirtuar la presunción del art. 624 del Cód. Civil. El fallo no incursiona frontalmente en la cuestión: pero en todo caso admite, siquiera como hipótesis argumental, que pueden mediar circunstancias con aptitud para desvirtuar la presunción legal. A lo que luego agrega que tal desvirtuación, si es por vía de la reserva aludida, tiene un límite temporal para su ejercicio. No es ésta, sin embargo, la materia que el recurrente invoca como afectada por la contradicción.

Lo dicho es de por sí definitorio de la imposibilidad de establecer la cuestión contradictoriamente decidida, toda vez que la sentencia objetada no ha sentado la doctrina que se impugna.

b) Con relación a los antecedentes mencionados por el recurrente, tampoco dan sustento a la denunciada contradicción.

La sentencia de la Sala C, del 17/11/77 en el caso "Vazquez Vialard, Antonio c/Gatti, José L." (*RepLL*, XXXVIII-1146, sum. 115), sentó que la presunción del art. 624 del Cód. Civil debe interpretarse restrictivamente; ello no es negado por el decreto recurrido, que se limita a sostener la insuficiencia de las circunstancias del caso para desvirtuar la presunción legal. Ello importa una valoración sobre los hechos insusceptibles de ser considerada por el recurso de inaplicabilidad de ley. Añádase aun que de admitirse hipotéticamente la contradicción, ella no resultaría idónea para sustentar tal recurso, pues sólo importaría un cambio en el criterio de la misma Sala y no configuraría por ende, el supuesto previsto por el art. 288 del Cód. Procesal (CNCCom, en pleno, 13/6/84, "Ruggeri, Gerardo V. c/Sursum, Coop. de Seguros Ltda.").

c) En cuanto a lo decidido el 8/9/77 por la Sala B, en "Santa Ercilia, Soc. en Com. por Acc. s/quiebra", no se vincula con la contradicción invocada sobre la posibilidad de rendir prueba en contrario de la presunción liberatoria atribuible al pago recibi-

do sin reservas. El propio recurrente recuerda que en el citado fallo se consideró la inaplicabilidad del art. 624 fuera del ámbito de los pagos extrajudiciales; mas no es ésta la contradicción que funda su recurso y que peticiona sea objeto de interpretación en la doctrina legal a fijar por esta Cámara.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que la doctrina establecida en este precedente se encuentra referida a un supuesto, percepción de intereses en la misma causa —concretamente una quiebra— en que ya se había percibido el capital. De suerte que no obstante la latitud de la doctrina reseñada la referencia es inequívoca a la procedencia de accesorios en el mismo proceso. Se evidencia así una sustancial diferencia con las características del supuesto decidido en la sentencia cuestionada. La plataforma fáctica considera en ella, parte de un pedido de quiebra requerido en razón del impago de una pluralidad de títulos, en el que el peticionante solamente adujo el débito resultante de las cuantías insolutas a su vencimiento, sin alusión alguna a los intereses. Depositadas que fueron las sumas por el deudor, demostrando hallarse *in bonis*, el peticionante extrajo los fondos imputándolos a capital. Fue posteriormente, en otro proceso, que articuló la pretensión de cobrar réditos, sin rendir —ni siquiera ofrecer— prueba alguna enderezada a demostrar circunstancias que desvirtuasen la presunción legal y sustentasen la intención del acreedor de perseguir el pago de accesorios después de cobrado el capital.

2) En definitiva no existe contradicción en el modo planteado que fundamente el recurso propuesto, en tanto tal recaudo es condición necesaria —y por consiguiente insoslayable— para la admisión de la inaplicabilidad de ley (CNFedContAdm, en pleno, 6/7/82).

El tribunal se encuentra impedido de modificar los alcances con que ha sido articulada la cuestión, dada la carga impuesta al reclamante por el art. 292 del Cód. Procesal de señalar “en términos precisos” la existencia de contradicción y el límite genérico de conocimiento establecido en el art. 271 del Cód. Procesal.

Finalmente, la irrecurribilidad sentada en el art. 293 del Cód. Procesal no es óbice para la resolución propiciada desde que el principio afecta a las partes no vinculando al tribunal en pleno. Máxime que el decreto de fs. 98 omitió declarar la materia controvertida y el presidente del cuerpo no fijó la cuestión objeto de la convocatoria —art. 296 del Cód. Procesal—.

Los doctores Morandi y Williams dijeron:

3) Que adhieren a la solución propuesta por la mayoría sólo en razón de que las situaciones fácticas que resultan de los fallos que se invocaron y sirvieron para abrir el recurso de inaplicabilidad son disímiles.

4) En virtud del acuerdo que antecede el tribunal resuelve que no existe contradicción en los términos del art. 288, Cód. Procesal; siendo improcedente el recurso de inaplicabilidad interpuesto a fs. 84. El doctor Albertino no interviene en este acuerdo por estar ausente (art. 109, RJN). Helios A. Guerrero - Carlos Viale - Manuel Jarazo Veiras - Isabel Míguez de Cantore - Juan C. Carvajal - Bindo B. Caviglione Fraga - Juan C. Quintana Terán - Héctor M. Di Tella - Martín Arecha - Felipe M. Cuartero - Rodolfo A. Ramírez - Juan M. Garzón Vieyra - Juan C. F. Morandi - Jorge N. Williams (*Secr.*: Ángel O. Sala)\*.

#### PROPOSICIONES

1) ¿Cuáles son los presupuestos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley?

2) ¿Cuál es la finalidad del recurso de inaplicabilidad?

3) ¿Cuál es el plazo para interponer el recurso?

4) ¿Contra qué resoluciones procede?

5) ¿Ante qué Sala debe interponerse el recurso?

6) ¿Cuáles son los requisitos de fundamentación del escrito en que se deduce el recurso?

7) ¿Qué Sala debe expedirse sobre los requisitos de admisibilidad del recurso?

8) ¿Quién, según el art. 293 del Cód. Procesal, debe resolver si existe contradicción entre los precedentes invocados?

9) En el caso, ¿por qué la Cámara en pleno, no obstante que la resolución de fs. 98 declaró reunidos los extremos del art. 293 del Cód. Procesal, resolvió que no existía contradicción en los términos del art. 288 del Cód. Procesal y declaró improcedente el recurso de inaplicabilidad?

\* CNCom, en pleno, 12/6/87, "Hormigonera Necochea SA c/Metalúrgica Necochea SA", LL, 1987-C-386.

10) De no haberse declarado improcedente el recurso, ¿quién habría fijado las cuestiones a decidir?

11) ¿Cómo se constituyen la mayoría y la minoría?

12) ¿En qué forma votan la mayoría y la minoría?

13) Los jueces de la Cámara que lo estimen pertinente ¿pueden ampliar los fundamentos? ¿Cuándo?

14) En caso de haber empate en la votación, ¿cómo se decide?

15) Acerca de la forma de los fallos plenarios, después de la reforma de la ley 22.434 consulte el caso n° 3.

**97. RECURSO EXTRAORDINARIO. QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA**

**Primera instancia**

*Considerando:* Que no dándose en el supuesto de autos los tres requisitos exigidos para la procedencia de la excepción de litispendencia: identidad de partes, causa y objeto, corresponde su desestimación.

Conforme lo admitido por el propio excepcionante, en el juicio en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial n° 11, Secr. n° 21, caratulado: "Sassone, Mirta C. y otra c/Shell CAPSA s/ordinario" se demanda por daños y perjuicios en concepto de lucro cesante y a estar a los términos del escrito de inicio, en los presentes autos, se reclama indemnización de los daños y perjuicios que le había ocasionado —a la actora— la decisión de Shell SA, de cesar en la operación de una estación de servicio, que sería de propiedad de las accionantes, con lo que estimo no se darían las identidades requeridas para que prospere la litispendencia. Debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que en el juicio precitado, del Juzgado Comercial n° 11, Secr. n° 21, que tengo a la vista, ha recaído sentencia de primera instancia, en fecha 6/7/84 (ver fs. 386/389).

Por ello, resuelvo: Rechazar la excepción de litispendencia opuesta a fs. 62/65, con costas a la excepcionante (art. 68, Cód. Procesal) las que se regularán en su oportunidad. Notifíquese.

Elévese el expediente: “Sassone Mirta C. y otra c/Shell CAPSA s/ordinaria” a la Excm. Cámara, Sala B, con nota de estilo\*.

### **Segunda instancia**

*Considerando:* 1) La demandada apeló el decisorio dictado en fs. 119 que desestimó la excepción de litispendencia.

2) No es procedente plantear en proceso ulterior cuestiones decididas, o que pudieron ser aducidas en las actuaciones ya resueltas (conf. esta Sala, 27/4/84, “Cía. Victoria”; CNCiv, Sala B, 22/5/79, “Rosso”; íd., íd., 4/9/79, “Valdez”; íd., Sala C, 6/3/80, “Gressen SRL”, LL, 1980-B-615; íd., Sala E, 12/12/79, “Piacentino”).

Esta demanda presenta identidad con la tramitada ante el Juzgado n° 11 del fuero, en sus partes y en su causa. En ambas se pretende el resarcimiento de los daños derivados del cese de la operación de una estación de servicio, propiedad de las actoras. Empero el objeto difiere estrictamente, pues en aquél fue requerido el “lucro cesante”, mientras en éste es reclamado el “daño emergente”.

No existió óbice para que las actoras concentraran en un solo proceso ambas manifestaciones de un daño que reconoce única causa.

Los argumentos vertidos por la demandante son improcedentes: la falta de fondos para solventar la elevada tasa de justicia no obsta a la promoción del pleito, pues cupo en tal caso incoar el incidente previsto en el art. 78 del Cód. Procesal. Tampoco resulta impedimento el trámite administrativo que menciona en fs. 112, pues la resolución que le dio término dató de junio de 1982 (fs. 12/14) y la primera demanda fue promovida en septiembre del mismo año.

De otro lado, fue arreglado a derecho que la demandada no aceptase la acumulación de procesos (fs. 56), y luego dedujese la excepción de litispendencia con petición de que se archivase este proceso (fs. 65, punto 3º, petitorio). Si bien lo primero se hizo exclusivamente con fundamento en el art. 188, inc. 4º, del Cód. Procesal tuvo por efecto impedir que la cuestión debatida en el

\* JuzgNacl<sup>a</sup>InstCom n° 17, Secr. n° 33, 13/10/84, “D’Andrea de Sassone, O. c/Shell CAPSA s/ordinario”, inédito.

juicio anterior fuese indebida y tardíamente ampliada mediante la acumulación de un nuevo y distinto reclamo. Lo segundo tiende a evitar un nuevo proceso sobre una cuestión que debió ser introducida, en el juicio anterior y con su demanda.

Por último, la disponibilidad de los derechos cede ante el principio de seguridad jurídica que informa la cosa juzgada. Se impide así que se lleve a conocimiento de la justicia una cuestión decidida definitivamente, o que debió ser articulada en proceso anterior y accesible para los reclamantes.

Atento el estado de las actuaciones tramitadas ante el Juzgado del fuero n° 11 –existe ahora sentencia firme–, cabe trocar la calificación de la excepción opuesta por la de cosa juzgada, con otra consecuencia; pero sin alteración de las pretensiones de parte (art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal).

3) Por lo expuesto, admítase la excepción de cosa juzgada; con costas a la actora en ambas instancias (art. 69, Cód. Procesal).

Se fija en ₳ 8.000 el honorario del letrado apoderado de la parte demandada Ignacio E. Aleman (arts. 6°, 7°, 9°, 22 y 38, ley 21.839).

Por su escrito de fs. 124/128, se fija el honorario en ₳ 2.800 para el citado profesional (art. 14, ley 21.839).

Establécese que los honorarios regulados precedentemente deberán ser abonados dentro del término de tres días (art. 49, ley 21.839). Firman los suscriptos por aplicación del art. 109 del RJN\*.

### ***Corte Suprema de Justicia de la Nación***

*Considerando:* 1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al revocar el fallo de la instancia anterior, hizo lugar a la excepción de cosa juzgada deducida por la demanda en un proceso de daños y perjuicios, la actora interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva esta presentación directa.

2º) Que los agravios de la apelante suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es un pro-

\* CNCom, Sala D, 22/7/85, inédito.

blema de hecho y de derecho procesal, extraño a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide a esta Corte conocer en un planteo de esa naturaleza cuando su examen por los tribunales de la causa extiende su valor formal más allá de límites razonables, utiliza pautas de excesiva latitud y prescinde de una adecuada ponderación de las constancias relevantes del expediente, todo lo cual redundando en evidente menoscabo de la garantía consagrada en el art. 18 de la Const. Nacional.

3º) Que en efecto, con la sola invocación de una pauta tan general como “razones de seguridad jurídica”, la Cámara hizo lugar a la excepción de la demandada, pese a admitir “la diversidad de objetos”, perseguidos en las dos causas seguidas entre las mismas partes y que aparece *prima facie* como un hecho impeditivo de su procedencia. En consecuencia, al atribuir efecto de cosa juzgada a la sentencia definitiva dictada en el proceso iniciado ante el Juzgado Comercial n° 11 –donde sólo se había hecho lugar a la solicitud de indemnización del “lucro cesante” derivado de la clausura de la estación de servicio en explotación– privó a las actoras de tutela jurisdiccional en punto a los restantes reclamos de resarcimiento –“daño emergente” y “daño moral”– materia del proceso que resultó aniquilado.

4º) Que la inteligencia realizada por la alzada, con notorio apartamiento de las circunstancias de hecho reseñadas, sólo tendría justificación en el carácter obligatorio que acuerda al planteo por la actora de todas sus pretensiones en un solo proceso; requisito no impuesto por norma alguna y que, al margen de extender de modo exorbitante los límites objetivos de la “cosa juzgada” crea una causal de restricción del derecho de acción, ignorado por las normas del derecho de fondo que sólo legislan acerca de la prescripción liberatoria y que resulta violatorio del derecho de defensa de las recurrentes (art. 18, Const. Nacional; F. 84. XX. “Ferradans Rodríguez, Alberto David y otra c/ Escande, Ricardo Alberto y otra”, fallada el 13/6/85).

5º) Que, por otra parte y atento a las razones antes expuestas, la solución del *a quo* se ha traducido además en un apartamiento inequívoco de la norma procesal que impone al juez el deber de velar por la igualdad de las partes (art. 34, inc. 5º, ap. c, Cód. Procesal), pues al poner en cabeza de la actora la carga de interponer la totalidad de sus pretensiones contra la demandada en un solo proceso debió, en su caso, aplicar idéntico criterio en

el examen de la actitud de su contraria, la cual, al oponerse a la acumulación de los autos, consintió el trámite por separado del proceso más reciente y no formuló objeción alguna acerca de la existencia de litispendencia, defensa solamente alegada al contestar el traslado de la demanda y que al colocar a dicha parte en abierta contradicción con su conducta antecedente no debió merecer el amparo del órgano jurisdiccional.

6º) Que, en tales condiciones y en función de lo expresado, cabe atender a las objeciones señaladas puesto que en esa medida la decisión guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48), circunstancia que hace procedente el acogimiento del remedio federal.

Por ello se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítanse\*.

### PROPOSICIONES

En el presente caso usted podrá comparar una resolución del juez de primera instancia con otras de la Cámara de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictadas en el mismo expediente. Observe sus formas y advierta cómo sobre un mismo tema pueden existir enfoques diversos.

1) Compare las pretensiones deducidas: ¿Qué se reclama ante el Juzgado en lo Comercial nº 11, Secr. nº 21 y qué en el expediente en trámite ante el Juzgado en lo Comercial nº 17, Secr. nº 33?

2) ¿Qué resolvió el juzgado interviniente en primera instancia?

3) ¿En qué basó el juzgado de primera instancia el rechazo de la excepción de litispendencia?

4) ¿Por qué la Cámara entiende que ambas pretensiones debieron deducirse en un mismo proceso?

\* CSJN, 13/3/86, inédito.

5) ¿Por qué la Cámara consideró que se había tipificado la excepción de cosa juzgada?

6) ¿Qué diferencia hay entre la excepción de litispendencia y la de cosa juzgada?

7) ¿Por qué en el recurso de hecho resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación este tribunal juzgó que el recurso extraordinario había sido mal denegado?

8) ¿Por qué si la cosa juzgada es –según la Corte– un problema de hecho y de derecho procesal, extraño al art. 14 de la ley 48, el tribunal consideró procedente el recurso extraordinario?

9) A juicio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ¿qué hizo la Cámara de Apelaciones que privó a las actoras de tutela jurisdiccional?

10) A juicio de la Corte Suprema, ¿por qué no se había tipificado la cosa juzgada?

11) A juicio de la Corte Suprema, ¿por qué había diversidad de objetos perseguidos en las dos causas?

12) ¿Qué requisito había impuesto la Cámara que a juicio de la Corte Suprema extendía de modo exorbitante los límites objetivos de la cosa juzgada?

13) ¿Por qué entendió la Corte Suprema que la Cámara se habría apartado del deber de velar por la igualdad de las partes?

14) ¿Qué resolvió en definitiva la Corte Suprema de Justicia de la Nación?

15) ¿Qué habría decidido usted si hubiese sido el juez de primera instancia? Suponga que cuando resuelve la sentencia recaída en el proceso tramitado ante el Juzgado en lo Comercial n° 11, Secr. n° 21 se encuentra firme. No se deje influir por ninguna de las tres resoluciones. Resuelva según su criterio.

16) Suponga ahora que usted es integrante de la Sala de la Cámara de Apelaciones que debe, de acuerdo con lo ordenado por la Corte Suprema, “dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto”. Haga la resolución.

17) El caso aparece comentado en Lima, Susana M. R., *La corte y el proceso*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989. Recomendamos su lectura.