

CAPÍTULO VII

PRUEBA

46.	Apertura a prueba	113
47.	Hecho nuevo	115
48.	Ofrecimiento de prueba	116
49.	Documental. Oportunidad	120
50.	Documental. Apreciación	121
51.	Documental. Individualización	125
52.	Informes	128
53.	Confesión. "Confesión ficta"	130
54.	Confesión. Rebeldía	135
55.	Confesión. Valor probatorio de la confesión ficta	138
56.	Concesión y contestación de demandada	143
57.	Confesión. Citación	145
58.	Confesión. Espera	146
59.	Testigos. Exclusiones	149
60.	Testigos. Parentesco	151
61.	Testigos. Hermanos	154
62.	Testigos. Caducidad	155
63.	Testigos. Interrogatorio preliminar	160
64.	Testigos. Preguntas	162
65.	Testigos. Declaración en otra circunscripción territorial	165
66.	Testigos. Valor probatorio	168
67.	Peritos. Impugnación	171
68.	Peritos. Temporaneidad de la impugnación	174
69.	Peritos. Explicaciones	179
70.	Peritos. Valor probatorio	181
71.	Medidas para mejor proveer	185

CAPÍTULO VII

PRUEBA

46. APERTURA A PRUEBA

Considerando: De acuerdo al art. 489 del Cód. Procesal el juez, si hubiere hechos controvertidos, en una misma providencia designará perito en los términos del art. 494, fijará la audiencia en que tendrá lugar la absolución de posiciones, las declaraciones de los testigos y eventualmente, las explicaciones que deban dar los peritos, ordenará los oficios que hayan sido solicitados por las partes y acordará el plazo que estimare necesario para la producción de las demás pruebas. Comentando esta nueva norma que trae la ley 22.434, se ha dicho, que ella implícitamente excluye la necesidad de que en todos los casos el juez fije el plazo probatorio. Ello es así porque la concentración en una sola audiencia de las pruebas confesoria y testimonial (ésta sin perjuicio de la supletoria prevista por el art. 431), así como de las explicaciones que puedan requerirse al perito, y la ordenación, en la mencionada providencia de la prueba de informes determinan que la fijación de dicho plazo sólo resulte necesaria cuando la totalidad o parte de la prueba deba practicarse fuera de jurisdicción del juzgado o del territorio de la República. Y sólo en el supuesto de fijarse un plazo probatorio, debe notificarse de oficio y por cédula la parte de la providencia que determina dicho plazo (art. 135, inc. 4º, Cód. Procesal), pues ella es equiparable a la resolución que dispone la apertura a prueba en el proceso ordinario (cfr. Palació, *Estudio de la reforma procesal civil y comercial, ley 22.434*, p. 238 y 239).

A la luz de estos principios, cabe concluir que ningún derecho le asistía a la demandada para pedir la nulidad de la providencia obrante a fs. 5 de su cuaderno de prueba y de la de fs. 602

vta. de estas actuaciones, puesto que el sustento de la invalidez pretendida era la omisión de la jueza de dictar un auto que abriera a prueba las actuaciones y la notificación por cédula del mismo. Es que, tratándose en la especie de un juicio de trámite sumario, y no habiéndose ofrecido prueba a practicarse fuera de la jurisdicción, resultaba innecesaria una declaración expresa de apertura a prueba, bastando solamente que la jueza ordenara, como lo hizo, la producción de cada una de las probanzas, sin disponer otra notificación que la de la audiencia de absolucón de posiciones (cfr. art. 489, parte última, Cód. Procesal).

Por último, debe señalarse que no cabe tratar los demás agravios del memorial de fs. 685/92, tendientes a que se decrete la nulidad de lo actuado con posterioridad a la providencia de fs. 602 vta., puesto que la demandada al plantear la nulidad de las actuaciones sólo requirió la invalidez del auto de fs. 5 de su cuaderno y la de fs. 602 vta. (art. 277, Cód. Procesal). Dicha norma prevé expresamente que "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (confr. párr. 3º), salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia" (conf. párr. 2º, supuesto este último que no es el de autos).

Por estas consideraciones, se resuelve confirmar la resolución de fs. 12 de la prueba demandada. Con costas (art. 69, Cód. Procesal). Santos Cifuentes - Agustín Durañona y Vedia - Jorge H. Alterini (Secr.: Luis A. Dupou) *.

PROPOSICIONES

1) ¿Qué criterio adopta el tribunal respecto al auto de apertura a prueba en el proceso?

2) ¿Qué diferencia existe entre el proceso ordinario y el sumario que permite en este último caso prescindir del auto de apertura a prueba?

3) En el proceso sumario, ¿es necesario fijar plazo para la producción de la prueba?

* CNCiv, Sala C, 13/4/84, "S., A. E. c/E. D.", LL, 1984-C-343.

4) De haberse mandado a recibir la prueba, ¿era necesaria la notificación de dicho acto por cédula?

5) Según el criterio del fallo ¿qué prueba debería notificarse por cédula?

47. HECHO NUEVO

Considerando: I. Sólo excepcionalmente se admite la alegación de hechos con posterioridad a la traba de la litis, a condición de que sean conducentes, encuadrándose en los términos de la litis y el objeto de la pretensión (conf. Morello, *Código Procesal en lo Civil y Comercial*, t. V, p. 71).

Para la procedencia del hecho nuevo es necesario que tenga una directa relación con las cuestiones planteadas en autos, en los términos del art. 365 del Cód. Procesal (Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial, anotado y comentado*, t. II, p. 559).

A fs. 161 se rechazó la pretensión de la demandada formulada a fs. 39/40 y se decidió no incluir en la litis a Joaquín A. Piutelli, resolución confirmada por el tribunal a fs. 178/178 vta.

La pretensión articulada a fs. 215 implica modificar lo decidido precedentemente y alterar los términos en que ha quedado trabada la relación procesal entre las partes.

Atento que en la especie el hecho nuevo denunciado no guarda con el objeto de la litis el grado de relación requerido y siendo por lo demás su admisión una medida de excepción no corresponde hacer lugar al hecho que se denuncia.

Por otra parte los hechos denunciados como “nuevos” aparecen referidos a documentación cuya existencia no ha podido ser desconocida por la demandada al contestar la demanda y respecto de la cual, por otra parte, no se ha dado cumplimiento con lo que dispone el art. 333, ap. 2º del Código de rito.

En cuanto a lo peticionado a fs. 33 a, punto VII, téngase presente para su oportunidad.

Por ello y por sus propios fundamentos se confirma la resolución apelada de fs. 229, con costas. Raúl A. Etcheverry - Ma-

nuel Jarazo Veiras - Fernando N. Barrancos y Vedia (*Secr.*: Silvia I. Rey)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Es un hecho nuevo la pretensión de incluir en la litis al señor J. A. Piutelli (párr. 3º de la sentencia)? Dé fundamentos para su respuesta.

2) ¿Cuáles son los presupuestos para la admisión de un hecho nuevo?

3) ¿Debe correrse traslado a la contraparte de la petición en que se solicita la admisión del hecho nuevo? Si la respuesta es afirmativa, ¿cómo se notificará?

48. OFRECIMIENTO DE PRUEBA

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Vocos Conesa* dijo:

I. Al amparo del conocimiento n° 09, emitido en Santos, Brasil, el Buque Mercadian Queen II transportó hasta el puerto de Buenos Aires —en el viaje concluido el 18/1/85— un cargamento compuesto por cuarenta y cuatro chapas de acero al carbono, el que fue observado por presentar oxidación, raspaduras y abolladuras. Como consecuencia de estos daños, Independencia Compañía Argentina de Seguros SA —aseguradora del transporte— indemnizó a la consignataria Emcym SAIC mediante el pago de \$ 755,38 (peritación contable de fs. 71 e informe de fs. 156) y, subrogándose en sus derechos, promovió demanda de recupero contra el transportador.

La demanda no fue contestada en término.

Ya en la etapa de prueba, el agente marítimo intentó acreditar —mediante el peritaje del ingeniero químico Juan C. González (fs. 178/180 y explicaciones de fs. 193 y vta.)— que el daño tuvo lugar por deficiencia de embalaje o vicio propio de la cosa.

* CNCom. Sala A. 9/12/80, "Saicha, J. D. c/Acería Bragado", LL, 1981-B-421.

II. El juez de primera instancia, en el pronunciamiento de fs. 209/211, tuvo por acreditados los extremos de hecho fundantes de la demanda y desestimó la pretendida insuficiencia del embalaje, introducida por la demandada en la etapa probatoria, por no haber sido propuesta en el responde (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, Cód. Procesal). En consecuencia, hizo lugar a la acción por la suma de ₳ 755,38, con más actualización monetaria desde el pago subrogatorio, intereses y costas.

Contra esa decisión interpuso recurso la vencida, cuya expresión de agravios de fs. 226/228 motivó la réplica de fs. 231/237. Median, además, recursos relativos a los honorarios regulados cuya consideración efectuará la Sala en conjunto a la finalización del presente acuerdo.

III. Sostiene la recurrente que la falta de contestación a la demanda no le impide ofrecer y producir su prueba tendiendo con ello a esgrimir una defensa válida. Agrega que, siendo ello así, no puede desconocerse el valor probatorio del peritaje técnico de fs. 178/180, conforme con el cual los daños tendrían su origen en deficiencias en el acondicionamiento de la carga. De tal modo, arguye que se ha dado en el caso la exigente de responsabilidad que prevé el art. 275, inc. *m*, de la ley de la navegación.

IV. No comparto el criterio de la apelante. La falta de planteamiento “oportuno” –y esa oportunidad es la que prevé el art. 356, Cód. Procesal, cuando se debe oponer “todas las ‘excepciones o defensas’ que, según este Código, no tuvieran carácter previo”– de una defensa conocida y preexistente justifica sobradamente que el *a quo* no la considerara en su sentencia, puesto que ello hubiera significado violar el principio de congruencia (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, Código citado) y afectar de modo directo el derecho de defensa en juicio de la contraparte, garantizado por el art. 18 de la Const. Nacional, al privársele de la oportunidad de ofrecer y producir prueba tendiente a acreditar el extremo contrario al hecho tardíamente introducido en el pleito.

La circunstancia de que la falta de contestación a la demanda no impida ofrecer y producir prueba debe entenderse, naturalmente, referida a los extremos que están en discusión en la litis, vale decir, a los hechos que la actora invocó en apoyo de su pretensión (v. gr., inexistencia de daño, alcance de las averías, etc.) y no puede significar alterar la relación procesal mediante la introducción tardía de una defensa que, además, entraña aspectos de

prueba sobre los cuales se deja sin oportunidad de defenderse a la contraparte.

Y no hay en ello ningún ritualismo excesivo sino el respeto por el ordenamiento que la ley ha establecido para hacer valer los derechos, los cuales deben ser planteados en la forma y dentro del plazo legal. No puede invocarse la doctrina del exceso ritual —en perjuicio del buen orden de los procesados, en cuya observancia está directamente interesada la seguridad jurídica, y, en el caso, además, el derecho de defensa— en juicio de la parte contraria (doctrina de la c. 5410, 4/11/87, que resolvió una situación relativamente análoga).

Antes de ahora he señalado que, como destaca Caravantes, la llamada *litis contestatio* constituye el fundamento y principio del juicio, o sea la “columna del proceso y base y piedra angular del juicio” (cfr. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856, t. 2, p. 109). Dicha relación procesal se integra con los actos fundamentales de la “demanda” y su “contestación”. Y en tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Cód. Procesal), el segundo delimita el *thema decidendum* y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Cód. Procesal), quedando de tal modo precisada la esfera en que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, mismo cuerpo legal) (cfr. mi voto en el fallo plenario “Insignias Cía. de Seguros c/Martín, Manuel y otros”, del 12/5/78, JA, 1978-III-271 a 274, y causa 5410 antes citada).

El aspecto central de la “contestación a la demanda” —como se señaló en aquel plenario— “es que precisa cuáles son los ‘hechos’ controvertidos y cuáles las ‘defensas’ que se invocan como obstáculos al progreso de la pretensión de la contraparte y, como consecuencia, establece los aspectos que deben ser materia de prueba y las cuestiones que el juez deberá considerar en el fallo” (consid. 5º).

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que la defensa tardíamente invocada no podía ser favorablemente acogida y que toda la prueba enderezada a acreditar los presupuestos de hecho de aquélla es impertinente. Las eximentes de responsabilidad previstas en el art. 275 de la ley de la navegación, como con acier-

to lo señala el representante de la actora, no operan de pleno derecho.

Ellas deben ser oportunamente articuladas –al contestar la demanda– pues sólo así se respeta el buen orden de los procesos y el derecho de defensa del contrario.

Por lo expuesto, y habida cuenta de la limitación de los agravios, voto por la confirmación de la sentencia apelada, con costas (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Quintana Terán y Mariani de Vidal por razones análogas a las aducidas por el doctor Vocos Conesa votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68, Cód. Procesal). Eduardo Vocos Conesa - Guillermo R. Quintana Terán - Marina Mariani de Vidal (Secr.: Patricia B. Barbado)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Qué actitud asumió la demandada frente a la notificación de la demanda?

2) ¿Qué hizo la demandada en la etapa probatoria?

3) ¿Qué resolvió el juez de primera instancia?

4) ¿Qué pruebas puede ofrecer quien no contesta la demanda?

5) ¿Cuáles son, según la Cámara, los efectos de la *litis contestatio*?

6) ¿Qué vinculación tiene lo decidido con el principio de congruencia?

7) ¿En qué consiste la doctrina del exceso ritual?

* CNCFedCivCom, Sala II, 18/3/88, "Independencia Cía. de Seguros c/ Capitán y/o propietarios y/o armadores Buque Mercadian Queen II", LL, 1988-C-426.

49. DOCUMENTAL. OPORTUNIDAD

Considerando: 1) Cabe señalar, en primer término, que el pedido de replanteo de prueba en segunda instancia debe ser fundado, es decir que el escrito en que se formula debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución desestimatoria recaída en la primera instancia, señalando sus errores o defectos en forma similar a lo que ocurre tratándose de un memorial o expresión de agravios (conf. CNCiv, Sala A, 5/2/81, "Chini c/MCBA").

Por lo demás, la apertura a prueba en segunda instancia es excepcional y los supuestos de admisibilidad son de aplicación restrictiva (conf. CNCiv, Sala G, 23/2/81, ED, 93-383).

Acerca de la admisión del juez de primera instancia con relación a la oposición deducida a fs. 407, en el escrito nada se cuestiona, por lo que sin más cabría desestimar el pedido. Pero lo cierto es —no obstante— que en aquella ocasión se había solicitado que se decidiera si se consideraba o no como elemento indubitado a la documentación referida. Lo que ahora se pide constituye en realidad algo distinto, que escapa no sólo a lo que fue materia de decisión en ese entonces sino también al ofrecimiento de pruebas.

2) No puede sostener la actora que "ha quedado pendiente" un pedido de informes a la Dirección de Catastro de la provincia de Entre Ríos, toda vez que esa prueba no fue ofrecida en su momento. Por tanto, no cabe acceder al pedido en este aspecto.

3) En cuanto a los originales de la documentación agregada a fs. 80/94, tampoco constituyeron objeto de la prueba ofrecida. La circunstancia de que se haya considerado un supuesto de sucesión procesal, obviamente, no altera esta situación.

4) Con relación a los documentos agregados por la parte actora, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 260, inc. 3º, del Cód. Procesal, corresponde admitirlos. En efecto, el interesado afirma no haber tenido antes conocimiento de ellos y, por lo demás, guardan relación con las cuestiones ventiladas en autos. Por tanto, deben ser incorporados a la causa.

En cuanto a los que trajo el presentante de fs. 1341, antes de resolver corresponde correr traslado a la parte contraria.

Por ello, se resuelve: 1) Denegar la apertura a prueba en esta alzada. 2) Mantener agregada la documentación que trajo la

parte actora. 3) De la documentación de fs. 1336/1340, traslado a la accionante. En atención a la forma como se resuelve, las costas se establecen por su orden. Armando J. Fernández del Carril - Ricardo L. Burnichon - Leopoldo L. V. Montes de Oca (Secr.: Alejandro Olazábal)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Hasta qué momento pueden presentarse documentos nuevos o desconocidos en primera instancia?

2) ¿En qué oportunidad pueden presentarse documentos nuevos o desconocidos en segunda instancia?

3) Los documentos que se presenten en segunda instancia ¿tienen que ser posteriores o conocidos después de qué oportunidad procesal?

4) ¿Deberá correrse traslado de los documentos presentados en segunda instancia? ¿Qué norma procesal es aplicable?

5) ¿Por qué se accedió al pedido de informes a la Dirección de Catastro de la provincia de Entre Ríos?

6) ¿Por qué se admitió la agregación de la documentación de fs. 1336/1340?

50. DOCUMENTAL. APRECIACIÓN

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Williams dijo:

1º) N. Royo SACIIF por apoderado demanda a SA Cid. Ind. Ferroviarias por cobro de \$ 38.419,20, intereses y costas.

Dice que el importe adeudado proviene de la provisión de mercaderías entregadas por el actor al demandado, según facturas que adjunta. Funda su derecho en los arts. 320 y concs. del Cód. Procesal, 1323 y concs. del Cód. Civil y 450 y concs. del

* CNCiv, Sala G, 14/12/83, "Fernández Urquiza, E. C. c/Fernández Urquiza, E. J.", LL, 1984-C-160.

Cód. de Comercio. En un otro sí amplía la demanda hasta la suma de \$ 73.860,70 por factura n° 52.369 que acompaña.

El demandado se presenta por apoderado contestando la demanda. Pide el rechazo con costas.

Niega la suma reclamada, la compraventa de mercaderías, la entrega de material y los precios de las facturas. Reconoce que realizó operaciones comerciales con la actora, pero no las que son motivo de reclamo.

Después de otros trámites referidos correctamente por el *a quo* en los resultandos de la sentencia de fs. 109 (punto III), se dicta sentencia a fs. 109, apelada únicamente por la actora, la que presenta memorial contestado a fs. 120.

2°) Primeramente corresponde considerar la medida previa solicitada por la parte actora ante la alzada y que se concreta en el memorial de fs. 117.

Solicita esta parte que se ordene la elevación de la documentación que se agregara a fs. 32/35 y la pericia contable que corría a fs. 95/97, que fueran desglosadas esas piezas a fs. 104. Invoca en apoyo de su pretensión los arts. 34, 36, 61 y 386 del Cód. Procesal y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La documentación acompañada al escrito de fs. 32/35 se tuvo por no presentada por resolución de fs. 49, que quedó firme por haberse declarado desierto el recurso de apelación que se interpusiera.

La prueba pericial ofrecida por la actora, ante el acuse de negligencia, se le dio por perdido el derecho de producirla y la alzada revoca a fs. 91 el auto de fs. 75, parte 2ª, que ordenaba para mejor proveer, una pericia contable.

En el procedimiento ordinario en segunda instancia, la ley ritual autoriza a que las partes indiquen las medidas probatorias, entre otras, respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia y que tengan interés en replantear en los términos de los arts. 379 y 385 *in fine*, pero esa petición deberá ser fundada y resuelta sin sustanciación alguna (art. 260, inc. 2ª, Cód. Procesal).

En los juicios de carácter sumario, como el presente, están sujetas al régimen del art. 379, sólo las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas –art. 496 *in fine*, Cód. Procesal–. Para los medios de prueba producidos y agrega-

dos en los casos indicados en el art. 385, parte 1ª, la resolución del juez será irrecurable, pero en los demás, se deja a salvo el derecho de los interesados para replantear la cuestión en la alzada, en los términos del art. 260, inc. 2º, como ya me referí antes (art. 385, parte 2ª, Cód. Procesal).

En el escrito de fs. 117, el replanteo que peticiona la actora con respecto a medidas probatorias, se limita a dos de naturaleza distinta, y que, también en situaciones y por motivos distintos, se dispuso los respectivos desgloses, razón por la cual la interesada pide que en esta instancia la Excm. Cámara ordene la elevación de dichas piezas.

Se trata de prueba documental y de prueba pericial.

La primera, remitos y órdenes de compra cuyas fotocopias se acompañaron con posterioridad a su presentación, se ordenó tenerlos por no presentados, juntamente con el escrito de fs. 32/35.

Dicha prueba debió acompañarse con la demanda –art. 333, Cód. Procesal– pero no se acompañaron las copias de los documentos agregados, que recién se adjuntaron al contestarse el traslado de fs. 36 vta. Ésa fue la motivación, atento el art. 120 del Cód. Procesal, de lo resuelto a fs. 49, resolución firme.

En esa situación no se trata de las medidas probatorias respecto de las cuales mediare declaración de negligencia, para hacer posible el replanteo en segunda instancia, en los términos de los arts. 379 y 385 *in fine*, del Cód. Procesal, según lo previsto en el art. 260, inc. 2º, del Código citado. Siendo así, no corresponde acceder, en mi opinión, a lo peticionado a fs. 117.

En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, cuando el *a quo* decretó, como medida para mejor proveer la pericia contable, después que la actora perdiera el derecho de agregar la documentación que serviría de base a esa pericia y por haber sido declarada negligente en la producción de esa prueba. El pronunciamiento del superior quedó firme. No encuadra el caso en las citas legales antes mencionadas, y por otra parte, abrir la instancia en esas condiciones, además de la preclusión, significaría la continua revisión de medios probatorios, lo que la ley procesal sólo lo ha considerado de excepción y siempre que se den las circunstancias del art. 260, inc. 2º (ley 17.454).

En consecuencia, corresponde el rechazo de las medidas previas solicitadas por la actora en el memorial de fs. 117, sin perjuicio de la reserva, de mi opinión, de la importancia de dichas me-

didadas para la cuestión debatida, pero que no es la oportunidad considerar. El tribunal no puede suplir, por las razones legales dadas, la actividad de las partes, ni violar el igual tratamiento de las mismas en el proceso.

3º) Al actor incumbía, en el caso, proceder a la probanza mediante los medios admitidos, de los hechos y derecho alegados en su demanda (art. 377, Cód. Procesal). No sólo no produjo ni activó la prueba, sino que, al traslado sobre acuse de negligencia de fs. 58 vta. contestó desistiendo de la acción, a lo que en definitiva no se hizo lugar. El juez pronunció el fallo de acuerdo con los elementos acumulados al juicio, en concordancia con lo resuelto a fs. 49, 75 y 91 que hacen cosa juzgada.

Si en su oportunidad el juez no hizo uso de las facultades ordenatorias e instructorias (art. 36, Cód. Procesal), o si fuese revocado algún pronunciamiento, ello no significa interpretar que no hubiera, como correspondía, fallado de acuerdo a las constancias de autos.

No habiendo la parte actora justificado en legal forma los extremos de su demanda, la misma debe desestimarse.

Por ello, voto por la confirmatoria de la sentencia de fs. 109. Con costas.

Por análogas razones los doctores Segura y Varangot adhirieron al voto precedente.

Por los fundamentos del precedente acuerdo se resuelve: Confirmar la sentencia apelada. Con costas. Carlos J. Varangot - Luis G. Segura - Ricardo Williams (*Secr.*: Carlos L. Riffaud)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Puede admitirse, en el caso, la agregación de la documentación de referencia (fs. 32/35), que fue desglosada en virtud del art. 120 del Cód. Procesal a través del replanteo de prueba en la alzada? Funde su respuesta.

2) ¿Cuáles son las condiciones que permiten la presentación de documentos en segunda instancia?

* CNCom. Sala A. 2/9/75. "Royo. S. A. M. c/ Cid Ferroviaria SA", LL, 1976-A-221.

3) Enumere cuáles son las oportunidades en que se puede agregar prueba documental en primera instancia (por lo menos cuatro).

4) ¿Puede ordenarse una prueba para mejor proveer cuando ha mediado declaración de negligencia a su respecto? Considere el problema con relación a la prueba pericial a que alude el fallo.

51. DOCUMENTAL. INDIVIDUALIZACIÓN

¿Es justo el pronunciamiento apelado?

El doctor D'Alessio dijo:

I. *Objeto de recurso:* 1) Fundándose en el instrumento de fs. 132, que constata la autorización otorgada al demandado para la adquisición de un inmueble y el compromiso asumido por ésta para documentar, posteriormente, la respectiva comunidad, el actor demandó al mandatario y comunero por rendición de cuentas y cumplimiento de contrato, a fin de que en definitiva se lo condenara al otorgamiento de la escritura constitutiva del condominio.

2) La sentencia de fs. 135/136 hizo lugar a la demanda y ella motivó el alzamiento del condenado, quien basó su queja en la falta de adecuada valoración de la prueba incorporada al expediente anexo y de la cual, por expreso reconocimiento del actor, resultaría la extinción de la obligación cuyo cumplimiento se lo exigía.

II. *Infundabilidad de los agravios:* 3) Experimentó la necesidad de puntualizar, antes de examinar la razonabilidad de las quejas del apelante, que en modo alguno resulta clara la conducta asumida por las partes, en este litigio, en el mantenido con el original propietario del bien involucrado y fuera de uno y otro juicio, siendo verdaderamente llamativa la frecuencia con que se sucedieron las repetidas cesiones que de los derechos emergentes de la sentencia dictada en el otro, hiciera el allá triunfador, sentencias cuyos efectos podrán verse enervados o interferidos por el fallo aquí pronunciado. Sea como fuere, más allá de la obligación que nos impone el art. 164 del Cód. de Proced. Penal, los

jueces civiles estamos impedidos de realizar investigaciones o trascender el límite que imponen las pretensiones deducidas por las partes (arts. 36, inc. 2º; 364, parte 1ª; 163, inc. 6º, y concs., Cód. Procesal), por lo que corresponde que el tribunal se atenga a lo que ha sido materia de expresión y contestación de agravios (íd., art. 271, al final).

4) Conforme expresara en la causa "Fernández, Genaro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (sentencia del 31/12/69, secc. nº 21), el demandado, al contestar —como el actor, al demandar— debe determinar su postura, sometiéndose o resistiendo la pretensión, desde luego que con eventuales matices intermedios, afirmando circunstancialmente los hechos que den fundamento a su actitud y definiendo finalmente ésta a través de la formulación de un claro petitorio. En relación con la exposición fáctica, la carga que los grava resulta incuestionable y expresa, desde que debe "especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa" (art. 356, inc. 2º, del cuerpo instrumental).

5) Surge de ello, en un sistema caracterizado además por el escalonamiento de etapas preclusivas, como es el nuestro, que el tribunal de alzada no pueda fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 277), determinándose así que la segunda instancia sea sólo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en la primera y no una renovación plena del debate, sin introducción de nuevas articulaciones, excepciones o defensas (c. L-189-597 del 5 del corriente, "Canton, Mario E. c/Alterman, Manuel").

6) De lo dicho se desprende que si, al contestar, el demandado se limitó a negar la subsistencia de la obligación que emerge del documento acompañado por el actor como sustento de su pretensión —con el agregado de que seguramente el instrumento quedó en poder de éste por la confianza y amistad que existía entre ambos: fs. 24— no puede en esta instancia introducir argumentos o extraer de una declaración brindada por el accionante en otro proceso (aunque su expediente haya sido ofrecido como prueba), por no haber hecho oportuna referencia concreta a tal testimonio, ni a su contenido o consecuencias. Adviértase que, coincidentemente, cuando el art. 333 prevé la imposibilidad de agregar prueba instrumental de la que no disponen las partes, les impone la carga de individualizar cabalmente su contenido.

7) Aunque así no fuera en la especie *sub litem*, los agravios resultan de todas maneras inatendibles.

8) En primer lugar, porque si bien el distracto o contrario consenso puede surgir tanto de un convenio expreso como tácito, este último modo de declaración de la voluntad es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva (sentencia del opinante en la causa "Puig Lomez, Hernán O. y otro c/Horizonte Inmobiliaria", 5/8/69, secc. n° 22). Más todavía el acuerdo de voluntades encaminado a dejar sin efecto un contrato debe revestir igual formalidad que la requerida para la formación del mismo, por lo que si éste se concretó por escrito, aquél debe someterse a igual instrumentación (causas "Rubinstein, Saúl c/Slavsky, Mauricio", 21/12/70, ambas de la secc. n° 21).

9) Luego, porque para que la confesión sea válida, se requiere el conocimiento cabal de que, mediante ella, se suministra una prueba al contrario, motivo por el cual y al faltarle el elemento subjetivo de la voluntariedad, no reviste el carácter de plena prueba la brindada en proceso tramitado entre otras partes (Alsina, *Tratado*, 2ª ed., cap. XXI, n° 35, b, al terminar, t. III, p. 383), aunque pudiera valer como medio de convicción concurrente con otros (Castro, *Curso*, 1926, t. I, p. 247, n° 596 al final; Colombo, *Código de Procedimiento Civil*, p. 395, y *Código Procesal*, art. 425, secc. II, t. III, p. 534; Fassi, *Código Procesal*, art. 425, n° 1510, t. II, p. 75; Fernández, *Código de Procedimiento*, 1955, art. 138, texto, t. I, p. 224-225; SCBA, 27/6/67, *RepLL*, XXVIII-2249, sum. 5, etcétera). Cuánto menos puede valer como tal una declaración testimonial, cualesquiera fueran las críticas o censuras que pudiera merecer.

III. *Resultado final de la revisión:* 10) Por los expresados fundamentos, voto por la afirmativa y porque se impongan las costas de alzada al recurrente (art. 68, Cód. Procesal).

11) Los honorarios devengados por la actuación cumplida en esta instancia serán fijados cuando lo están los de primera.

El doctor Salvadores, por razones análogas a las aducidas por el doctor D'Alessio votó en el mismo sentido. El doctor Seeber no interviene por hallarse en uso de licencia.

Por lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada, con costas al de-

mandado. José O. D'Alessio - Luis M. Salvadores (*Secr.: Víctor M. Castaños Zemborain*)*.

PROPOSICIONES

1) Además de haber ofrecido como prueba el expediente a que se hace referencia, ¿qué debió hacer el demandado para que pudiera valorarse en la sentencia una declaración del actor prestada en aquél?

2) ¿Qué presupuesto exige el tribunal a la declaración de una de las partes para considerarla como confesión y otorgarle el valor de la plena prueba?

3) ¿Qué valor probatorio otorga el tribunal a dicha declaración prestada en el expediente agregado?

4) ¿Qué debió haber hecho el demandado al contestar la demanda para valerse de una declaración prestada por el accionante en otro proceso?

52. INFORMES

Considerando: I. La prueba informativa debe versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso. Únicamente procede respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante (art. 396, Cód. Procesal).

Este medio de prueba no procede cuando manifiestamente tiende a sustituir o ampliar otro que específicamente esté indicado por la ley o por la naturaleza de los hechos. La exhibición general de los libros de una sociedad comercial no puede requerirse por prueba informativa, ya que es notorio que ello excede su ámbito, cuyos límites se recuerdan precedentemente.

En el caso de autos, tampoco procedería la exhibición gene-

* CNCiv, Sala B, 23/9/74, "Anastasio, C. J. c/Camaño, A. E.", LL, 1975-B-109.

ral, así fuera a un perito, porque no se configura ninguna de las circunstancias excepcionales previstas por el art. 58 del Cód. de Comercio.

En efecto, el deber de exhibir los libros de comercio, ya sea en forma parcial o general, reposa sobre un fundamento: la comunidad de los asientos. No se puede exigir a un tercero la muestra de sus libros, ya que en tal hipótesis no existe esa razón de comunidad en los asientos. Una sociedad, aunque alguna de las partes del juicio pertenezca a ella, debe considerarse un tercero no obligado (conf. Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino. Parte general*, p. 370, n° 274 y 275).

Cabe señalar, por último, que a pesar de que el objeto de este juicio consista en la incorporación de las acciones de la sociedad a la causa sucesoria, no es ése el supuesto de "sucesión", al que alude la norma, ya que ésta se refiere a los libros del comerciante fallecido, porque allí sí sus herederos adquieren comunidad en los asientos.

II. Distinto es el caso de la exhibición cuando se impugna por falsedad la respuesta a una prueba informativa. Aquí la entidad está obligada, pero únicamente a mostrar aquellos asientos que contienen el material que fue objeto del cuestionario (conf. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. IV, p. 670, n° 494). La exhibición debe realizarse en el lugar donde se encuentren dichos libros, en presencia del comerciante y sin que sea necesario trasladarlos al tribunal (arts. 58 a 60, Cód. de Comercio).

Por ello, se resuelve: Con el alcance indicado, revocar la resolución de fs. 114, mantenida a fs. 279. En consecuencia, en primera instancia deberá designarse un perito contador para que ajustándose a las pautas precedentes verifique únicamente los asientos contables que fueron materia de la prueba informativa. Con costas a la actora vencida (art. 69, Cód. Procesal) a cuyo efecto se difiere la regulación de honorarios hasta tanto se determine el monto del juicio. Ricardo L. Burnichon - Armando J. Fernández del Casal - Leopoldo L. V. Montes de Oca (*Secr.: Alejandro Olazábal*)*.

* CNCiv, Sala G, 3/6/82, "Roca, M. A. c/Roca de Martín, M.", LL, 1982-D-347.

PROPOSICIONES

- 1) ¿En qué consiste la prueba informativa?
- 2) ¿Cuál es el objeto de la prueba de informes?
- 3) ¿A quiénes se pueden requerir informes?
- 4) En el caso, ¿por qué el tribunal no admitió la exhibición general de los libros de la sociedad informante?
- 5) ¿Puede impugnarse por falsedad un informe? En caso afirmativo ¿qué debe requerirse?
- 6) ¿Qué ordenó el tribunal frente a la impugnación del informe?
- 7) ¿Dentro de qué plazo puede impugnarse por falsedad un informe y desde cuándo se computa?
- 8) ¿Qué diferencia hay entre impugnar un informe e impugnar la documentación, archivo o registro que le sirve de fuente?
- 9) ¿Cuáles son los plazos para que el informante conteste el informe?
- 10) ¿Cuándo se produce la caducidad de la prueba informativa?
- 11) ¿Qué sanción puede imponerse al informante que no contesta en término un informe?

53. CONFESIÓN. “CONFESIÓN FICTA”

El doctor Cipriano dijo:

A fs. 191/192, la *a quo dicta* sentencia. A fs. 216/220, expone sus quejas Alfredo J. Sfeir, las que son contestadas a fs. 222/224.

El escrito presentado por Alfredo J. Sfeir podría no ingresar en el concepto de expresión de agravios según las precisas exigencias del art. 265 del Cód. Procesal. No obstante, es posible aplicarle el principio de *dubio pro appellatio*.

A fs. 216, el recurrente Alfredo J. Sfeir cuestiona la afirmación de la sentencia apelada en el sentido de que se allanó el 29/1/81.

La aseveración del párrafo anterior se desvanece ante la propia afirmación del quejoso. En efecto, manifiesta que con fecha 18/8/81, se lo tuvo por presentado, por parte y por constituido el domicilio, cito textualmente lo que dice Sfeir a fs. 216: “antes de la fecha de mi allanamiento el 23/9/81, decisión adoptada como consecuencia del rechazo de las medidas solicitadas por mi parte el 15/7/81, el suscripto ya tenía intervención en el proceso”.

Como se advierte, según las propias afirmaciones de Sfeir, un concepto es la presentación en el proceso y otro –como él mismo lo reconoce– el que configure el allanamiento. Acaecen en dos fechas distintas, denotadas por el propio apelante, por lo cual no se afianza lo dicho, al respecto, en la decisión recurrida.

En cuanto a las fechas que indica el recurrente Sfeir a fs. 216 vta. (punto B), corresponde precisar que el recurrente se refiere a fechas generales sin tener en cuenta los pasos procesales, ante la misma instancia y ante la alzada, que siguieron las tramitaciones.

En cuanto a la sociedad de hecho y al reconocimiento que efectuó la accionante, corresponde analizar las situaciones invocadas para el sustento del agravio.

Al incoarse la demanda la parte actora promueve acción contra José Vázquez, María S. P. González de Vázquez, Alfredo Sfeir, Martha S. Fresca y Carlos Saravia. A fs. 8 vta. (punto IV), la parte actora aclara a quiénes dio el inmueble en locación. A fs. 9, dice contra quiénes recayó la sentencia de desalojo.

Las cartas enviadas por Sfeir a las otras partes demandadas no tienen efectos para la parte actora (texto, doctrina y jurisprudencia del art. 1036, Cód. Civil). No aparece la parte actora como destinataria de las cartas o notas. Dice Llambías: “El destinatario de la carta, al ser propietario de la misma, es quien puede utilizarla como medio de prueba” (*Código Civil anotado*, t. II-B, p. 205).

Además, no emerge del curso probatorio “el ingreso de conocimiento modificador” –como dice Chiovenda– por parte de la actora. Es decir, no participó la accionante con su voluntad modificadora respecto del contrato inicial. Tanto así que la demanda se promueve de acuerdo con las partes (locador y locatario), que, en forma precisa –como corresponde– establece el contrato de locación.

Hay que distinguir entre pluralidad de locatarios y sociedad de hecho. La pluralidad no necesariamente importa vínculos so-

cietarios. Además, hay que atenerse a las cláusulas del contrato de locación. La posible existencia de una sociedad de hecho no confiere al caso la naturaleza de que el locador haya contratado con personas distintas de las que figuran como locatarios. Más aún: el itinerario posterior que señala Sfeir no significa una novación y resulte la configuración de *res inter alios acta*.

La soledad semántica del vocablo “explotaron” –en el cual hace una detención a fs. 218 el recurrente– no determina la naturaleza jurídica de la vinculación de los locatarios.

En la contestación de demanda, Sfeir manifiesta el requisito de inscripción de la disolución para tener efectos contra terceros y que no se hizo. Expone que, en el caso presente, ese requisito puede ser superado por el conocimiento de las partes. Ésta no es una afirmación que produzca *vis convictiva* para impugnar lo resuelto por la *a quo*.

A fs. 219 vta., el recurrente hace referencia a la *ficta confessio*. Considero que debe interpretarse qué significa “ficta” en el ámbito jurídico. “Ficto, ficta”, son participios pasados (verboides) irregulares del verbo “fingir”. “Ficta equivale a ‘fingida’ (participio regular)”. El diccionario de la Real Academia Española define a “fingido”, “fingida”, así: “Que finge, falso”. No es intención de la ley acordar validez a lo que finge o es falso.

Opino que debería llamarse “confesión tácita”, o “confesión de efectos por ausencia”. Es decir, no se percibe por lo que se dice sino que se supone e infiere. Ello me conduce a adscribirme a la teoría mediante la cual la confesión ficta (o tácita o de efectos por ausencia), para su determinación como prueba, debe estar abonada por otras probanzas del proceso. En lo tácito no hay *animus confidendi*, elemento que sí lleva a la plenitud probatoria.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que la confesión ficta debe ser apreciada en función de todos los demás elementos de juicio que obran en la causa y consecuentemente no tiene valor absoluto y corresponde su apreciación con referencia a las restantes pruebas que se hayan producido y que sean susceptibles de realizar sus efectos o desvirtuarlos (conf. *LL*, 134-1086; 128-52; *JA*, 1967-IV-262; *LL*, 127-738). También se ha juzgado que la confesión ficta tiene un valor *iuris tantum* (conf. *SCBA*, *AS*, 1965-III-543). Ha decidido la Cámara Nacional Civil, Sala A: “La incomparecencia del demandado a la audiencia de posiciones es insuficiente para fundar la condena si es el único medio de prueba,

y frente a ella existe el desconocimiento del derecho del actor, formulado al contestar la demanda, máxime si se observa que tal confesión ficta no tiene valor imperativo, sino que debe ser apreciada juntamente con los demás elementos de convicción arriados al juicio" (LL, 142-625). La confesión ficta juega como elemento coadyuvante (conf. CNCiv, Sala F, LL, 136-1047). Ha juzgado la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata que "la ficta *confessio* es una presunción *iuris tantum*" (LL, 135-1194).

Desde antiguo, se considera la confesión como la *probatio probatissima*. El art. 423 del Cód. Procesal: "La confesión judicial expresa constituirá plena prueba". Luego, establece salvedades. Pero el principio general de la plena prueba está definitivamente referido a la confesión expresa. *A contrario sensu*, no es plena prueba la confesión ficta (o tácita). En otros términos la propia ley no le otorga a la confesión ficta el carácter de plena prueba. De lo contrario lo establecería. El art. 417 determina que al incompareciente se "lo tendrá por confeso", pero no determina el valor absoluto de esa confesión tácita. Tanto es así que dice: "...teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas". El principio general está consagrado en el citado art. 423 del Cód. Procesal. Aquí la ley distingue, preceptúa, aclara. Ha decidido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: "Toda interpretación de la ley debe empezar por la ley misma; vale decir, que para alcanzar su verdadero significado, no han de agregársele términos o expresiones que alteren el concepto mismo del texto legal (LL, 106-893). Ello tiene su consagración legal en el orden de prelación que establece el art. 16 del Cód. Civil. Me permite recordar lo que he dicho con anterioridad: "La ley, aparece con el rostro de las palabras. Luego, desde el comienzo, funciona el sentido de cada uno de los vocablos (aspecto semántico) y el sistema que los regula (aspecto gramatical)" (*La ley y la palabra*, Bs. As., 1968, p. 37). A mayor claridad, menor es la posibilidad de ahondar el cauce interpretativo. En suma, por precisa determinación de su texto, la ley otorga el carácter de plena prueba a la confesión expresa (art. 423, Cód. Procesal). Además ello es así porque, en lo tácito, no existe *animus confidendi*.

No se encuentran, en el *sublite*, elementos corroborantes de la que el apelante propone como complemento insuperable de la confesión ficta. Más aún —como lo he citado— dice que no existió

la prueba debida de la disolución de la sociedad de hecho que invoca y manifiesta que, por otras vías debió llegar a conocimiento de la actora. Ello *per se* desvanece su pretendida preeminencia de la confesión ficta porque no solamente no se había corroborado por otras probanzas sino que la coordinada textura probatoria conduce a la afirmación de lo decidido en primera instancia. Por guardar relación con un itinerario de este razonamiento, adviértase —esto lo destaco— lo que dice Alfredo Sfeir, en el expediente de desalojo (sustanciado entre las mismas partes: locadora y locatario). En la fotocopia que obra a fs. 125 de estos autos expresa Sfeir: “Que, efectivamente, si bien es cierto que somos inquilinos de la actora con los codemandados Vázquez, no es menos cierto que éstos han venido administrando últimamente el establecimiento de heladería instalada en el local a desalojar, consistiendo la sorpresa del suscripto en advertir al recibir la notificación de la demanda, que aparentemente no habría cristalizado la prórroga de la locación y que se adeudan arriendos”. Ese escrito fue presentado el 31/8/81. Es decir, incluye el mes de agosto. Luego, a fs. 218, de estos autos, Sfeir afirma que la actora convino con los codemandados Vázquez un nuevo contrato por el período agosto de 1980 hasta enero de 1981. Ello traduce una evidente contradicción, pues, según la cita formulada de fs. 125, Sfeir se consideraba inquilino en el escrito presentado —lo repito— el 31/8/81 (la demanda de desalojo se había iniciado el 26/6/81, ver fs. 118).

Por el mismo juego de fechas es advertible que no se produjo novación. Resulta así, aplicable el art. 812 del Cód. Civil. A mayor abundamiento, aparte de lo que establece el art. 801 del Cód. Civil, puede recordarse lo que dice Josserand en el sentido de que la novación consiste en la extinción de una obligación por la creación de otra destinada a reemplazarla y que difiere de la primera por un elemento nuevo (t. 2, vol. I, p. 206). Precisamente según lo dicho por Sfeir a fs. 125 y por la coordinación de fechas, la novación no está acreditada. Deben prevalecer los propios dichos del apelante sobre la posibilidad de una *ficta confessio*.

En cuanto a la queja de fs. 219 vta., punto D, no encuentro que desvirtúen los fundamentos de la sentencia de acuerdo con la pericia no impugnada por las partes.

Atento a la estructura procesal de estos autos, corresponde expedirse acerca de lo pedido a fs. 219 vta., punto E.

En cuanto a la exención de costas solicitada, ella resulta impropcedente en virtud de lo decidido y por aplicación del art. 68, párr. 1º, del Cód. Procesal.

Por lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada. Con costas.

Los doctores Achával y Mc Garrell, por las consideraciones expuestas por el doctor Cipriano, adhieren al voto que antecede.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos el tribunal decide: confirmar la sentencia apelada. Con costas. Marcelo J. Achával - Néstor A. Cipriano - Archibaldo P. Mc Garrell (Secr.: Carlos A. Domínguez)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuál es el concepto de “confesión ficta”, a criterio del tribunal?

2) Según el fallo, ¿qué valor probatorio tiene la “confesión ficta”?

3) En el caso, ¿por qué se prescindió de la “confesión ficta”?

4) ¿En qué se basa el tribunal para sostener que las cartas enviadas por Sfeir a las otras partes demandadas no tienen efectos para la parte actora?

54. CONFESIÓN. REBELDÍA

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

La doctora Estévez Brasa dijo:

En estos autos en que Héctor A. Medesani, demanda por intermedio de letrado patrocinante a Foecyt (Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones) por cobro de la suma de ₳ 376,16 el juez rechaza la demanda, haciendo lugar a la acción

* CNCEspCivCom, Sala I, 11/4/86, “Pérez, G. c/Vázquez, J. y otros”, LL, 1986-D-373.

de prescripción opuesta por la accionada por haber transcurrido el plazo previsto por el art. 4023 del Cód. Civil.

De la sentencia de fs. 78/80 se agravia el actor.

Comienza su expresión de agravios, diciendo que la sentencia dictada en autos es arbitraria por no haber tenido en cuenta el sentenciante la prueba producida por su parte.

Dice que el *a quo* manifiesta que, tanto la prueba de posiciones y la contable con relación a los recibos donde constan las sumas entregadas, carecen de practicidad al referirse a las demás cuestiones de la *litis contestatio*.

Con respecto a la primera, cabe destacar que el actor en su escrito de fs. 45, solicita se tengan por absueltas en rebeldía las posiciones por él pedidas, y a fs. 45 vta. el *a quo* dispone que se tendrá presente para su oportunidad y en su resolución de fs. 79 establece que dicho momento es el de dictarse sentencia (ver consid. 1º de la sentencia de fs. 79).

Sin embargo dicho apercibimiento no fue efectivizado. El *a quo* acoge la excepción de prescripción opuesta por la accionada. A fs. 77 el actor acompaña el pliego de posiciones que deberá absolver la demandada.

Aun limitando —como regla general— validez a la rebeldía, en el caso de autos, cabe considerar las posiciones que contiene el pliego de fs. 77.

La rebeldía, implica una falta de cooperación que afecta la estructura normal del proceso y el ejercicio de la actividad judicial. Las leyes vigentes acuden, en general, frente al hecho de la incomparecencia al proceso, o al abandono de éste, a la institución de ciertas ficciones tendientes a superar las dificultades que tales contingencias originan. Pero dichas ficciones, por ejemplo, el conocimiento por parte del rebelde, de la mayor parte de las resoluciones que se dictan durante el desarrollo de la *litis*, o la admisión de los hechos alegados por la otra parte, deben interpretarse en medida compatible con la necesidad de obtener en definitiva el pronunciamiento de una sentencia justa (ver Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IV, p. 181-188, ap. d).

Así, aparece acertado en autos tener por absuelta en rebeldía a la demandada, ya que como luego se dirá, esa parte al contestar la carta documento fechada el 1/7/85 lo hace “a los efectos de conversar sobre su solicitud”.

De las posiciones acompañadas en el pliego de fs. 77 –y teniendo por rebelde a la demandada– surge el reconocimiento por parte de la misma de las posiciones 1, 2, 3 y 4, es decir que el actor efectuó los pagos detallados en la demanda; que el sindicato Foeyt adquirió con dicho importe en su parte proporcional, un terreno en la ubicación mencionada en la posición 1ª; que el sindicato obtuvo un préstamo del Banco Hipotecario para la construcción del edificio que en septiembre de 1986, dicho préstamo fue anulado por el Banco Hipotecario.

En el segundo agravio, que es el que hace al fondo de la cuestión, el actor se queja del acogimiento, por el sentenciante, de la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

El *a quo* basó su decisión en lo normado por el art. 4023 del Cód. Civil, el cual reza: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial” ya que desde que se efectuó el último pago por parte del actor y también la carta documento cursada por el mismo, hasta el momento de la interposición de la demanda transcurrió el plazo previsto en el artículo antes citado.

No aparece acertada la aplicación estricta de dicha norma, por la situación especial que se presenta en autos.

No puede descuidarse, tampoco, el texto del art. 3980 del Cód. Civil. Las argumentaciones mencionadas por el *a quo* referidas a la cita de Borda en cuanto a la seguridad jurídica, se ven en autos superadas por la realidad de los hechos.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la demandada no exteriorizó una voluntad incumplidora, además de haber actuado con una conducta negligente para el logro del negocio jurídico celebrado con el actor, negocio cuyo principio rector debe ser la buena fe de ambas partes.

La accionada mediante la contestación a la carta documento anteriormente mencionada, expresó un reconocimiento tácito de su obligación al manifestar: “Sírvasc concurrir a esta Secretaría de Vivienda en el horario de 18 a 20 hs. a efectos de conversar sobre su solicitud hecha por medio de la carta documento de fecha 1º de julio del corriente año” (nota fechada, 5/7/85).

De la confrontación del instrumento de fs. 8, surge que dicha solicitud era la del reintegro de las sumas efectuadas por el actor.

De la pericia contable de fs. 47, resulta que el primer punto de la misma, no fue concretado por el perito, en virtud de “haber

desaparecido los libros contables de la demandada”, puesto que no fueron exhibidos los correspondientes al período de marras.

En virtud de lo dicho, si la opinión de quien aquí suscribe fuera compartida por los distinguidos colegas de Sala, debería revocarse la sentencia dictada a fs. 78/80 en todo cuanto decide. En consecuencia recházase la excepción de prescripción opuesta a fs. 20, haciéndose lugar a la demanda y condenando a la parte demandada al reintegro de los pagos efectuados por el actor, debiendo actualizarse tales cantidades desde las fechas respectivas de la realización de los mismos según el índice de precios mayoristas nivel general con más el interés del 6 % anual a contar de la fecha de interposición de la demanda. Costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la controversia susceptible de suscitar la interpretación del término prescripto.

El doctor de Mundo, por análogas razones a las aducidas por la doctora Estévez Brasa, votó 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 dictada a fs. 78/80 en todo cuanto decide, rechazándose en consecuencia la excepción de prescripción opuesta a fs. 20 y haciéndose lugar a la demanda se condena a la parte demandada a reintegrar los pagos efectuados por el actor actualizados desde las fechas respectivas de realización de los mismos según el índice de precios mayoristas nivel general con más el interés del 6 % anual a contar de la fecha de interposición de la demanda. Costas de ambas instancias en el orden causado. El doctor Vernengo Prack, no firma por hallarse en uso de licencia (art. 33, RJN). Teresa M. Estévez Brasa - José A. de Mundo (Secr.: Fernando M. Racimo)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué es la confesión ficta?
- 2) Indique por lo menos cinco casos en que se produce la confesión ficta?
- 3) ¿Qué valor probatorio tiene la confesión ficta?

* CNCiv, Sala B, 23/4/88, “Medesani, H. A. c/Foecyt”, 23/4/88, LL, 1990-A-217.

4) ¿Qué es la rebeldía o contumacia legislada en el art. 59 y ss. del Cód. Procesal?

5) ¿Qué efecto tiene la rebeldía o contumacia sobre hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración?

6) Para una mejor comprensión del caso recomendamos el comentario efectuado por Colerio, Juan P., *Confesión ficta y rebeldía*, LL, 1990-A-217.

55. CONFESIÓN. VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN FICTA

El doctor Achával dijo:

Ante la sentencia de primera instancia que rechaza la demanda, apela la actora expresando agravios a fs. 125/128, los que debidamente sustentados dejan la cuestión en estado de dictar sentencia.

Ante todo debe tenerse presente que en concordancia con abundantes decisiones jurisprudenciales y opiniones doctrinarias dice Santiago C. Fassi: "Procede la nulidad procesal cuando se ha dictado la sentencia sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley". (*Código Procesal Civil y Comercial*, Bs. As., 1971 t. 1, p. 438). Ha decidido esta Sala: "El error *in iudicando* en que habría incurrido el sentenciante en la aplicación del derecho, no puede justificar el recurso de nulidad. Por ello y porque sería, en todo caso, subsanable por vía de apelación también deducida corresponde la desestimación de aquél" (LL, 132-759).

En tal sentido corresponde evaluar las quejas vertidas por el apelante y que hacen al rechazo de la demanda decretada por la *a quo*.

Resulta criterio admitido que tratándose de un choque entre dos rodados en movimiento rige lo dispuesto por el art. 1109 del Cód. Civil, quedando excluidos los principios consagrados por el art. 1113 del cuerpo legal citado que en su párr. 2º alude a la inversión de la carga de la prueba, produciéndose en este supuesto la neutralización o desaparición de la mencionada carga legal.

En materia de carga probatoria, el art. 377 del Cód. Procesal determina que el reparto de la carga de la prueba se regula a tenor del principio de que la probanza de hecho debe darla aquella

parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico. Ambos conductores por estar al frente de cosas generadoras de riesgo, tienen similar obligación de demostrar su falta de culpa, y decir que cada una de las partes deberá demostrar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

El sistema de determinación de la culpa que establece el Código Civil en los arts. 512 y 902, adopta el régimen de la culpa en concreto, en razón de la cual, la imputación de una conducta reprochable deberá ser el resultado de una comparación entre lo obrado por el autor del hecho y lo que habría debido obrar para actuar correctamente, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, la circunstancia de tiempo y lugar, y la prudencia y conocimiento de las cosas que hacían a su condición de vehículo o cosa productora o generadora de riesgos (conf. expte. 64.265).

Efectuado de esta manera el encuadramiento legal del tema, corresponde sin más entrar al análisis de las distintas probanzas arrojadas a la causa.

Ante todo debe tenerse en consideración que a fs. 56 la parte actora solicitó la rebeldía del demandado en las posiciones, a tenor del pliego obrante a fs. 53.

He sostenido en reiteradas ocasiones que no es necesario que la prueba de posiciones se encuentre corroborada por otro medio probatorio, sino que como lo prescribe el art. 417 del Cód. Procesal el magistrado debe tener en consideración al dictar sentencia, el valor que corresponda otorgar a las preguntas contenidas en el pliego, juntamente con las demás rendidas en el expediente y atribuirle pleno valor, si no se encuentran desvirtuadas por elementos probatorios incorporados a la causa.

Si bien es cierto que la confesión ficta debe ser apreciada en correlación con el resto de la prueba y teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, si de ella no resulta elemento de juicio favorable a quien incurrió en confesión ficta, la duda debe ser resuelta en su contra ya que la prueba es una unidad que debe ser valorada in totum. Concordantemente ha decidido la Sala II de este tribunal (*ED*, 15-757, nº 9) que “si bien la confesión ficta no tiene valor absoluto, cuando no existe en la causa prueba en contrario u otros elementos de convicción que la neutralice, genera una eficaz presunción de veracidad de los hechos insertos en el

pliego, criterio aplicable aun cuando se trate de hechos negados en la demanda”.

Los testigos presenciales del hecho manifiestan a fs. 78/78 vta. y 79 que el vehículo de la actora se encontraba con las ruedas delanteras sobre el pavimento y el resto del rodado sobre la vereda.

La circunstancia de que dichos testigos se encontraran al momento del hecho dentro del vehículo de la actora, no le quita veracidad a sus manifestaciones por cuanto el grado de credibilidad de la declaración se funda en lo que el testigo sea capaz de relatar con relación a un hecho determinado respecto del cual pueda dar razón, según lo que sus sentidos percibieron.

Debe tenerse en cuenta, además que a fs. 83/84 el experto practicó la pericia respectiva. La calidad de embistente del demandado como asimismo la ubicación de los rodados al momento del hecho deben tenerse por admitidas ya que en tal sentido la pericia no fue objeto de objeciones o impugnaciones de parte de los litigantes. En igual sentido deben valorarse las propias alegaciones del demandado al contestar la demanda, en la que expresamente reconoce –ver fs. 28 vta.– que los frenos de su vehículo, si bien respondieron debidamente, no alcanzaron para detener el vehículo antes de entrar en contacto con el rodado de la actora. Esta circunstancia permite concluir que el accionado no guardaba en la ocasión el pleno dominio sobre el rodado que conducía, teniendo en cuenta además, las características climáticas ya que se ha sostenido que si el pavimento está húmedo, el conductor debe extremar las precauciones, ello reduce el margen de seguridad que ofrece el frenado del vehículo.

Sin embargo y pese a tener por acreditada la responsabilidad del demandado en la producción del evento dañoso, debe tenerse presente que en todo accidente de tránsito resulta necesario analizar la conducta asumida por todos los intervinientes, a fin de establecer quién ha sido el verdadero agente activo de la producción del mismo.

Admitiendo, como se dijo precedentemente, la posición adoptada por el rodado de la actora al producirse el siniestro, debe concluirse que no infringió elementales normas de tránsito, pues detuvo transitoriamente su rodado a fin de cerrar el garaje del cual había salido dejando a aquél sin obstrucción de los vehículos que circulaban por la calle Honduras.

En virtud de ello, entiendo que la solución más justa y equitativa para poner fin al *thema decidendum* consiste en declarar la culpa exclusiva del demandado, debiendo por lo tanto devolverse la causa a primera instancia a fin de que la *a quo* se expida sobre los rubros reclamados en el escrito inicial.

Por las razones expuestas, propongo revocar la sentencia de primera instancia declarando que el hecho se produjo por la culpa exclusiva del demandado. Remítanse las actuaciones al juzgado de origen a fin de que la sentenciante se expida acerca de los rubros reclamados en el inicio. Sin costas atento a la falta de oposición.

Los doctores Cipriano y Mc Garrell, por las consideraciones expuestas por el doctor Achával, adhieren el voto que antecede.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el tribunal decide: Revocar la sentencia de primera instancia declarando que el hecho se produjo por la culpa exclusiva del demandado. Remítanse las actuaciones al juzgado de origen a fin de que la sentenciante se expida acerca de los rubros reclamados en el inicio. Sin costas atento a la falta de oposición. Marcelo J. Achával - Archibaldo P. Mc Garrell - Néstor A. Cipriano (Secr.: Carlos A. Domínguez)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Qué valor probatorio adjudica el tribunal a la confesión ficta?

2) Según el mismo criterio, ¿cómo debería contrarrestarse la confesión ficta?

3) En el caso ¿la confesión ficta fue corroborada por otras pruebas? Funde su respuesta.

* CNCEspCivCom, Sala I, 30/4/86, "Maugeri c/Molteni, J. I.", LL, 1986-D-477.

56. CONFESIÓN Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Espiro dijo:

Contra la sentencia de fs. 91/92 que rechazó la demanda promovida por La Nueva Sociedad Cooperativa de Seguros Ltda. c/Wilson y Cía. SAIC, apeló solamente la parte actora, que mantuvo el recurso con el memorial agregado a fs. 102/103 no contestado por su contraria.

El fallo apelado rechaza la demanda considerando que el vehículo productor del hecho dañoso —un camión presuntamente perteneciente a la firma demandada— no fue individualizado y tratándose de un accidente entre dos rodados en movimiento no corresponde la aplicación de lo que dispone el art. 1113 del Cód. Civil, circunstancia que hacía necesaria la debida individualización del vehículo productor del hecho, ante la total negativa de su culpabilidad por la demanda. Según el *a quo*, la declaración del testigo Kurasiewicz es insuficiente para acreditar aquel hecho, toda vez que solamente sabe por terceros que el camión de marras pertenecía a la firma Wilson. Contra esa valoración de la prueba se agravia el recurrente, sosteniendo que de las constancias del proceso penal, agregado por cuerda y reseñadas en la sentencia apelada, resulta acreditado el hecho y la fuga del camión productor. Afirma que ante esa circunstancia no corresponde ser riguroso en la apreciación de la prueba de la intervención del vehículo, pues la fuga evitó la percepción nítida por testigos sobre las características del camión.

A los argumentos señalados, suma lo que resultaría de la confesión ficta del pliego de fs. 38 *bis*, ante la incomparecencia de la demandada a la audiencia respectiva.

Entiendo correcta la apreciación efectuada por el *a quo* del testimonio aludido. Sobre base tan endeble no puede fundamentarse una sentencia de condena, no encontrándose corroborada por ningún otro elemento probatorio. No lo es la presunta confesión ficta por la que se interesa el quejoso, habida cuenta de que los hechos sobre los que versan las posiciones, fueron expresamente negados en la contestación de la demanda. En consecuencia, tampoco se encuentra corroborada la presunta confesión

ficta por otros elementos probatorios, aun prescindiendo de la negativa expresa antes indicada. Queda en pie, por lo tanto, la conclusión del *a quo* sobre la total falta de identificación del camión atribuido a la demandada, la que no puede ser responsabilizada por tal circunstancia. Voto el rechazo de los agravios.

Si mi voto fuera compartido correspondería confirmar el fallo en lo que ha sido materia del recurso, sin costas en la alzada por no haber sido contestado el traslado de los agravios.

El doctor Belluscio dijo:

Como principio, la negativa formulada en la contestación de la demanda no exime de la carga de concurrir a declarar bajo juramento ante el magistrado acerca de los hechos controvertidos, principio que justifica que se admita la confesión ficta derivada de la falta de comparecencia a absolver posiciones a pesar de aquella negativa.

Sin embargo, la confesión ficta no tiene valor absoluto sino que debe ser apreciada en relación con las demás circunstancias que rodean el caso propuesto a la decisión judicial, y carece de valor imperativo cuando no se refiere a hechos personales del citado. (Fassi, Santiago C., *Código Procesal comentado*, art. 417, t. II, § 1494).

De ahí que la inasistencia del representante legal de la demandada a la audiencia respectiva no me parezca, en este caso, huérfana como se presenta de todo apoyo probatorio suficiente para tener por cierto un hecho no personal de él, como es la intervención de un camión de la sociedad en el accidente que motiva el proceso.

Por tales consideraciones, y las demás expuestas por el doctor Espiro, voto en el mismo sentido.

El doctor Bauzá por razones análogas adhirió a los votos precedentes.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo que ha sido materia del recurso. Sin costas en la alzada por no haber sido contestado el traslado de los agravios. Salvador E. Bauzá - Carlos A. Espiro - Augusto C. Belluscio (*Secr.*: Horacio C. Ferrer) *.

* CNCiv, Sala C, 15/3/76, "La Nueva Sociedad Cooperativa de Seguros Ltda. c/Wilson y Cía.", LL, 1976-D-66.

PROPOSICIONES

1) ¿Qué carga incumplió el demandado para que se lo tuviera por confeso fictamente a tenor del pliego obrante a fs. 38 bis?

2) ¿Cuál es el valor que le asigna el tribunal a la confesión ficta?

3) ¿Por qué, a criterio del doctor Belluscio, la confesión ficta, en el caso, carece de mayor relevancia?

4) La negativa formulada en la contestación de la demanda, ¿exime de la carga de concurrir a declarar acerca de los hechos controvertidos? Funde su respuesta.

5) ¿A qué domicilio debió notificársele para que compareciera a absolver posiciones?

6) ¿Con qué anticipación debe efectivizarse dicha notificación?

57. CONFESIÓN. CITACIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor de Igarzábal dijo:

Tal como lo señala el sentenciante, la declaración de rebeldía no altera la secuela regular del proceso (art. 60. Cód. Procesal).

Recibido el pleito a prueba (art. 61, Cód. Procesal) la misma debía producirse conforme a las normas previstas por el cap. V, secc. 1^a del aludido cuerpo de leyes y en particular de acuerdo con lo establecido por el art. 377 correspondiendo apreciarla conforme al 386.

De autos no resultan adecuadamente comprobados los hechos en los que se funda la demanda.

Así, en ella se afirma que el asegurado por quien litiga la actora conducía su vehículo de este a oeste por la calle Planes mientras que en el acta policial que la propia actora transcribe aparece haciéndolo por la calle Honorio Pueyrredón hacia el sur.

En lo que respecta a la absolución de posiciones considero con el proveyente, coincidiendo con voto del doctor Belluscio

(ED, 20/5/78, p. 2) que la citación del rebelde para absolver posiciones debe practicarse de acuerdo con lo dispuesto por el art. 409 del Cód. Procesal pues no se trata de notificarse la providencia que dispone la absolución de posiciones, sino de "citarlo" —por cédula y con la anticipación necesaria— para que concurra a la sede del tribunal a absolverlas.

En virtud de lo expuesto y pertinentes fundamentos de la sentencia recurrida considero que debe confirmársela en todo cuanto decide. Las costas corresponde le sean impuestas a la recurrente perdedora.

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

A mérito de la votación que instruye el acta precedente se confirma la sentencia apelada en todo cuanto decide. Las costas se imponen a la recurrente perdedora (art. 68, Cód. Procesal). Félix R. de Igarzábal - Jorge Escuti Pizarro - Alfredo Di Pietro (Secr.: Diego Quirno)*.

PROPOSICIONES

- 1) En el caso de haberse pedido la rebeldía, ¿cómo debe citarse al absolvente para que concurra a absolver posiciones?
- 2) ¿Cuál es la posición del tribunal?
- 3) ¿Cuál es el criterio del Código Procesal (art. 59)?
- 4) ¿Cómo debe citarse el absolvente si no constituyó domicilio y no se declaró la rebeldía (art. 41, Cód. Procesal)?

58. CONFESIÓN. ESPERA

Considerando: Obra a fs. 89 de las actuaciones el acta prevista en el art. 417 *in fine* del Cód. Procesal. Contra dicho acto procesal articula la demandada la nulidad de fs. 107/109 que fuera desestimada por el decisorio que se encuentra recurrido.

* CNCiv, Sala A, 14/5/79, "Ombú, Cía. de Seguros c/Rey, J. M.", LL, 1979-C-452.

La invalidez del acta de referencia se funda en haberse efectuado el llamado para la audiencia vencida la media hora de tolerancia (art. 125, inc. 4º, Cód. Procesal) cuando el absolvente ya se había retirado de la sede del juzgado.

Resulta del informe producido a fs. 115 y vta. por el actuario que efectivamente los interesados fueron convocados a la audiencia cuando se encontraba vencido el plazo de media hora aludido, y que cuando ello se produjo, el apoderado de la absolvente ya se había retirado de las dependencias de la secretaría, quien antes de hacerlo presentó el escrito de fs. 86 que luce cargo de las 9.34 horas del día fijado para la audiencia. En cambio no surge de tal informe la certeza sobre la puntual comparecencia del absolvente, así como de su retiro junto con su letrado vencido el plazo de tolerancia.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 125, inc. 4º, de la ley ritual los citados, en principio, no tienen obligación de esperar el llamado a la audiencia más de treinta minutos a contar desde la hora en que fue fijada (conf. Colombo, *Código Procesal*, t. I, p. 606, nº 9 bis). Ello sentado resulta que al tiempo de presentarse el escrito de fs. 86 el absolvente podía considerarse relevado de su obligación de esperar el llamado del juzgado a la audiencia. No obstante, ello no es determinante por sí para la procedencia de la nulidad pretendida en tanto el recurrente no podría agravarse de un llamamiento tardío, si es que no acredita la concurrencia y permanencia del absolvente en el lugar y tiempo donde se debía celebrar la audiencia. Al respecto la conclusión de la resolución apelada sobre la falta de acreditación de la presencia del absolvente se fundamenta exclusivamente en lo informado por el actuario a fs. 115 y vta. así como en la omisión del absolvente de suscribir el escrito de fs. 86; es decir prescinde de considerar que la contraparte omitió negar la presencia del absolvente —que había sido afirmada por el recurrente al promover su articulación de nulidad— como hubiera sido su carga, lo que permite estimar tal conducta como un reconocimiento del hecho (art. 356, inc. 1º, Cód. Procesal).

En tales condiciones resulta pertinente la nulidad impetrada, sin que sea óbice para ello, la circunstancia, de por sí atendible, que el llamado a las partes se hubiera cumplido en forma tardía por el desarrollo coetáneo de otra audiencia, que mantenía ocupado el recinto destinado al efecto.

Al adoptar esta solución el tribunal no puede perder de vista los graves efectos que acarrearían al accionado si se lo tuviera por incomparecente a la audiencia de absolución de posiciones –lo que de alguna manera está implícito en la decisión del juez de ordenar la apertura del pliego– circunstancia que, en otros supuestos, determinó a la jurisprudencia declarar la improcedencia de tener por confeso al absolvente, si éste concurrió a la audiencia con algún pequeño retraso (conf. CNCom, Sala A, 99-791; CNCiv, Sala B, *RepLL*, XXI-930, sum. 84); aunque no puede dejar de señalar que las partes pudieron razonablemente evitar la invalidez: la demandada si frente a la información recibida por el empleado de la secretaría –cuando apenas habían transcurrido cuatro minutos de vencida la media hora de tolerancia– de que “la audiencia se tomaría en breves instantes” hubiera permanecido un pequeño lapso a la espera del llamado del juzgado. La actora por su parte, pidiendo una nueva audiencia, si es que el absolvente se había retirado por vencer la media hora de tolerancia.

Por estos fundamentos se revoca la resolución de fs. 117/118 vta. Costas por su orden en ambas instancias atento las especiales circunstancias del caso. El doctor Jaime L. Anaya no interviene en esta resolución por encontrarse en uso de licencia (art. 109, RJN). Juan C. Quintana Terán - Héctor A. R. Patuel (*Secr.*: José A. Vallejos Meana)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuánto tiempo tienen que esperar las partes el llamado a una audiencia?

2) ¿Qué hizo el apoderado del absolvente al vencer el tiempo de espera?

3) ¿Qué resolvió el tribunal respecto de la presencia del absolvente?

* CNCom, Sala C, 8/5/79, “Finochietti, E. L. c/Luna SA”, *LL*, 1979-C-451.

59. TESTIGOS. EXCLUSIONES

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor Escuti Pizarro dijo:

1º) La sentencia de primer grado rechaza la demanda, con costas al actor.

Apela el vencido, quien expresa agravios a fs. 137/141, respondidos a fs. 142/143.

2º) En casos como el de autos, en que el accidente se produjo entre dos rodados en movimiento, no es de aplicación la presunción contenida en el art. 1113 del Cód. Civil, de modo que la procedencia de la acción de daños y perjuicios está supeditada a la justificación del dolo, culpa o negligencia de quien resulte autor del hecho, por estar en juego los arts. 512, 902, 1067 y 1109 del Cód. Civil, incumbiendo la carga de la prueba a quien la invoca (conf. art. 377, Cód. Procesal y, entre otros, mi voto en la causa publicada en *LL*, 1977-B-222).

Son, por cierto, antagónicas las versiones dadas por las partes, de modo que el actor debió probar la culpa de Bagnato en la emergencia. Para ello únicamente trajo al proceso la declaración de la testigo de fs. 102, que a la postre resultó ser su cónyuge, la cual se encuentra excluida de prestar declaración como tal, por expresa disposición del art. 427 del Cód. Procesal, al punto que si la deposición ha sido recibida, no debe ser tenida en cuenta en el acto de dictar sentencia (conf. Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial*, t. 2, p. 80, § 1520 y jurisprudencia citada en nota 6). Como la ley no hace distinción entre hechos anteriores o posteriores al matrimonio y ante lo preciso de la norma ritual mencionada, cabe prescindir de esa declaración.

Ante la deficiencia probatoria que he señalado, cabe establecer si se dan las presunciones doctrinarias y jurisprudenciales según las cuales pueden llegarse a establecer la culpabilidad en la producción de los accidentes de tránsito, como lo son las que derivan de la prioridad de paso para los vehículos que aparecen por la derecha, las que atribuyen la culpa al conductor que con la parte delantera de su rodado embiste el costado o la parte trasera de otro, las que hacen presumir que el conductor se habría sentido culpable en la ocurrencia del choque al no comunicar el siniestro

a la aseguradora, la que atribuye la responsabilidad a quien transgrede las disposiciones de la ley 13.893 o las del Código de Tránsito, etc. (conf. mi voto en la causa antes citada).

Ninguna presunción –del tipo de las enunciadas– se da en este proceso, debiendo señalarse que el análisis de la mecánica del accidente que se hace en la expresión de agravios del apelante es meramente conjetural, de modo que no se la puede tener en cuenta.

Concluyo, pues, en que debe votarse por la afirmativa a la cuestión propuesta.

Las costas de alzada, por estricta aplicación del art. 68 del Cód. Procesal, tienen que imponerse al actor.

Los doctores Vocos y de Igarzábal votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Escuti Pizarro. Por lo que resulta del acuerdo que instruye el acta precedente se confirma la sentencia de fs. 131/132, con costas al actor. Jorge Escuti Pizarro - Francisco A. Vocos - Félix R. de Igarzábal (Secr.: Jorge Noro Villagra)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Por qué razón el art. 427 del Cód. Procesal excluye como testigo al cónyuge y a otros parientes?

2) ¿Considera, al igual que el tribunal, que dicha prohibición comprende también a los hechos anteriores a la celebración del matrimonio? Fundamente su respuesta.

3) ¿En qué etapa procesal debió el demandado oponerse a que el testigo excluido declarase?

4) La falta de oposición de la parte, ¿permite al juez valorar dicho testimonio en la sentencia?

5) ¿Qué excepción reconoce la prohibición del art. 427 del Cód. Procesal?

* CNCiv, Sala A, 22/6/78, "Vyniazal, G. c/Bagntó, J.", 22/6/78, LL, 1978-D-320.

60. TESTIGOS. PARENTESCO

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Vernengo Prack dijo:

1º) La expresión de agravios de fs. 308, contra la sentencia de fs. 277, comienza invocando que el juez haya tenido en cuenta los dichos de los testigos de la actora, cuando: *a*) eran parientes de la víctima; *b*) también eran peregrinos a Luján.

Hay que hacer notar que en el Código vigente, han desaparecido las “tachas” específicas en principio, pueden ser testigos, todas las personas (art. 426). Sólo el art. 427 menciona testigos “excluidos”, que ni siquiera pueden ser “ofrecidos” como tales. Ellos son los padres, hijos, abuelos, nietos, suegros, yerno, nuera, madre de los suegros o padre del suegro (consanguíneos o afines en línea directa) y la cónyuge, salvo el reconocimiento de firma.

El parentesco –fuera del arriba mencionado– no es un impedimento para declarar como testigo, sin perjuicio de que el juez sobre la base de principios de sana crítica aprecie la verosimilitud de sus dichos teniendo en cuenta ese parentesco (arts. 386 y 458, parte 2ª, Cód. Procesal).

Pero la contraria, puede impugnar la idoneidad de los testigos, siempre que lo haga dentro del plazo de prueba (art. 458, parte 1ª, Cód. Procesal). Una vez vencido dicho término, la contraparte no puede cuestionar el dicho de los mismos por falta de idoneidad (parentesco), sin perjuicio de la facultad del tribunal de apreciar de acuerdo con el prudente arbitrio judicial, sus declaraciones.

En consecuencia, el mismo contenido de las manifestaciones de fs. 191, 192 y 193 por el acabado conocimiento de los hechos; y precisamente por haber visto de cerca el accidente, me llevan al convencimiento de la verdad de sus declaraciones.

2º) El agravio con relación al croquis del expediente penal de fs. 5, como la circunstancia de que no hubiera huellas en la banquina de tierra, ceden frente a lo terminante e ilustrativo del dictamen de fs. 60, en el que se da cuenta de la rotura de la dirección y la pérdida de una rueda, lo que significa una grave negligencia del demandado (en cuanto no se ha demostrado su imprevisibili-

dad), y el informe policial de fs. 322, dando cuenta que el camión fue hallado abandonado “sobre la banquina izquierda”.

La declaración de Pintos no puede variar el convencimiento de cómo ocurrieron los hechos, por su incertidumbre y desconocimiento, que reconoce, de los fundamentales: a) que no recuerda si el camión tocó a los peregrinos; b) que no sabe dónde fue el accidente, o sea de “qué mano fue el accidente”; c) “que mientras el dicente viajaba en el camión no se produjo ningún accidente”.

3º) No es cierto que la víctima y sus acompañantes circularan por la ruta 7, lo hacían por la banquina, a 2 m del borde del camino, y en contra del tránsito que venía desde Luján. El hecho de que circularan por la banquina de la derecha, en lugar de hacerlo por la izquierda podría tener alguna relevancia si hubieran sido tocados por el vehículo que venía en el mismo sentido en que ellos caminaban. Pero resulta totalmente imprevisible que un vehículo embista a un peatón que circula en sentido contrario por la banquina de la derecha, porque para hacerlo el camión debió cruzar todo el camino, efectuar un trecho de contramano, para luego ir a atropellar a la víctima (por lo demás, el art. 54, ley 13.093 establece “siempre que las circunstancias lo permitan”). No hubo, pues, culpa ni negligencia de la víctima.

4º) En cuanto al monto de la condena, se agravan ambas partes.

Para calcular el ajuste por desvalorización monetaria tomaré en el caso de las facturas de fs. 101 y 99 la fecha de su efectivo pago. Con relación al valor de vida y al daño moral, se tomarán como punto de partida para el reajuste la fecha de la presentación de la presente.

Así, el índice para los precios al por mayor (el que varía con menos velocidad de los rubros que informa el INDEC), es para octubre de 1972: 1549. Y para septiembre de 1974 (fecha de iniciación de la demanda): 2694. Como el número para diciembre de 1976 (último del que dispongo) es 65.254, ello significa que desde la época de la factura la moneda se ha devaluado cuarenta y dos veces (4200 %) y de la época de la demanda veinticuatro veces (2400 %). Es decir que por gastos la suma se eleva a \$ 222.260. Y considerando los demás rubros que se reclamaban (\$ 150.000 en septiembre de 1974) asciende a \$ 3.600.000. Lo que hace un total de \$ 3.822.260.

5º) El argumento efectuado por la actora con relación al pago del seguro lo considero atendible. Si hubiera depositado en pago la suma asegurada (art. 110, ley 17.418) nada podría reclamársele aparte de ese monto. Pero como no lo ha hecho, corresponde reajustarlo desde la fecha de interposición de la demanda, $\$ 50.000 \times 24 = \$ 1.200.000$ ya no tiene derecho a retenerlo por todo este tiempo y pagar con una moneda depreciada.

Lo mismo corresponde declarar frente al texto de los arts. 110, inc. a, 111 y 112 de la ley 17.418, si la aseguradora litiga en lugar de depositar en pago, corresponde hacerla responsable o corresponsable por las costas.

En consecuencia, considero que debe confirmarse la sentencia apelada y elevar su monto a la suma de \$ 3.822.260, ampliar la responsabilidad de la aseguradora hasta la suma de \$ 1.200.000 y hacerla solidariamente responsable de las costas, las que se impondrán a los demandados y a la citada en garantía, en forma solidaria.

Los doctores Collazo y Monferrán, por análogas razones a las expuestas por el doctor Vernengo Prack, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada, modificándola en cuanto al monto de la condena, el que se eleva a la suma de \$ 3.822.260, se amplía la responsabilidad de la aseguradora hasta la suma de \$ 1.200.000 y se la hace solidariamente responsable de las costas, las que se imponen a los demandados y a la citada en garantía, en forma solidaria. José M. Monferrán - Rómulo E. M. Vernengo Prack - Antonio Collazo (*Secr.*: Guillermo J. Blanch)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Cuáles son los testigos excluidos?
- 2) ¿En qué oportunidad la parte puede impugnar la idoneidad del testigo?

* CNCiv, Sala B, 23/2/77, "Rollán de Marengo, M. A. c/Etulain, R. A.", LL, 1977-C-234.

3) El hecho de que un testigo no haya sido impugnado, ¿obliga a tener por cierto su testimonio? Funde su respuesta.

4) ¿En qué consistían (antes de la sanción del actual Código Procesal, ley 17.454) las tachas de los testigos?

5) ¿En qué elementos de prueba se basa el juez para confirmar la sentencia apelada?

6) ¿Por qué razón el tribunal no le otorga al testimonio del señor Pintos, ninguna relevancia probatoria?

61. TESTIGOS. HERMANOS

Considerando: Como lo señaló el asesor de menores de Cámara en el fundado dictamen que antecede, al que el tribunal remite en homenaje a la brevedad, la prohibición del art. 427 del Cód. Procesal, que impide la declaración como testigos de los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, como así también de la cónyuge, no comprende a los hermanos que, aunque consanguíneos, lo son en línea colateral (conf. C2CivCap, JA, I, 686: íd., JA, 12-778; JA, 59-528; LL, 5-331, referidos al anterior ordenamiento -art. 186- que es fuente del vigente: Alsina, *Derecho procesal civil y comercial*, 1942, t. II, p. 399 y demás autores citados en el dictamen).

De ahí entonces que dicha medida probatoria fue mal denegada en primera instancia, lo que hace procedente su producción en esta Cámara (art. 260, inc. 2º, Cód. Procesal).

En su mérito, se resuelve admitir la declaración testimonial de María E. Bustiche, quien deberá comparecer a la audiencia del 22/2/80, a las 11 horas. Asimismo, y para el supuesto en que faltare a dicho comparendo sin causa justificada, señalase la del 29/2/80, a las 11 horas a la que se la hará comparecer por medio de la fuerza pública, sin perjuicio de imponérsele una multa de \$ 100.000 (art. 431, Cód. Procesal). Marcelo Padilla - Osvaldo D. Mirás - Jorge M. F. Fliess. (*Secr.*: Juan C. G. Dupuis)*.

* CNCiv, Sala E, 28/12/79, "Pérez Cadabal, A. c/Bustiche, J. C.", LL, 1980-A-626.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuáles son los parientes consanguíneos que no pueden declarar en un proceso como testigos?

2) ¿Pueden hacerlos los hermanos? ¿Por qué?

3) La resolución del juez de primera instancia que no admitió la declaración del testigo M. E. Bustiche ¿es apelable?

4) ¿Qué medio de impugnación utilizó la parte demandada para lograr que la testigo referida declarase?

62. TESTIGOS. CADUCIDAD

Considerando: De acuerdo con lo dispuesto en el art. 432, inc. 2º, del Cód. Procesal, sólo podrá declarar en la audiencia supletoria que prevé el artículo anterior, el testigo que haya justificado su inasistencia a la primera o el que fuere compelido a ello con el auxilio de la fuerza pública, a pedido de la parte proponente. En cuanto a este último, es necesario no sólo que se “requieran” las medidas de compulsión, sino que, efectivamente se haya librado el respectivo oficio a la autoridad policial, y que ello conste en autos, para que pueda tomar debido conocimiento la contraparte (conf. CNCiv, Sala C, ED, 26-171; íd., Sala D, LL, 116-818, 11.126-S; íd., Sala E, LL, 117-836, 11.608-S).

De las constancias del expediente no resultan estas circunstancias, por lo que la decisión del *a quo* de fs. 67, que declara la caducidad de la declaración del testigo C. J. Yanquilevich, se ajustó a las normas legales que reglan la materia.

Por tanto, no encuadrando el replanteo formulado a fs. 121, en ninguno de los supuestos del art. 260 del Cód. Procesal, se lo desestima. Siga la causa según su estado. José M. Monferrán - Antonio Collazo - Rómulo E. M. Vernengo Prack (en disidencia) (Secr.: Guillermo J. Blanch).

Disidencia. Considerando: 1º) Es útil a los efectos de interpretar el Código Procesal recurrir a la Exposición de motivos, que da cuenta de la razón de ser de determinadas reformas. Así, en el cap. II, donde se refiere a los lineamientos generales da cuenta de los “propósitos orientadores” de la reforma “3º) suprimir for-

malidades innecesarias" y agilizar "los trámites procesales". Si ello se conjuga que se atribuye a los jueces las facultades para disponer de oficio "las diligencias necesarias para establecer los hechos controvertidos" que coincide con la sabia determinación de la Corte Suprema Nacional de que "la renuncia a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia" (LL, 89-412), es fácil llegar a la conclusión que el desechar la audiencia de un testigo debidamente notificado que concurre al juzgado el día a la hora señalada, estando presente la parte proponente y su letrado, simple y llanamente porque no fue traído por la fuerza pública y porque a dicha audiencia no concurre el letrado de la contraparte, no solamente contraría la ley, sino elementales principios de derecho procesal.

2º) La regla general se encuentra contenida en el art. 431 del Cód. Procesal: "El juzgado preverá una audiencia supletoria con carácter de segunda citación, en fecha próxima para que declaren los testigos que faltaren a las audiencias principales".

Es difícil entender esta regla, si se desconoce qué sucedía con el Código anterior, o qué defecto vino a remediar esta norma.

Fracasada la declaración de un testigo, aun por causa justificada, y solicitada nueva audiencia, aun el mismo día de la audiencia en que debía declarar, el juzgado debía fijar otra audiencia con mucha distancia temporal en razón de que los días hábiles subsiguientes, se encontraban ocupados por otras audiencias. Un testigo que no había declarado por causa justificada, y que la parte no había sido negligente en reiterar el pedido de audiencia, podía declarar dos, tres o más meses después de la audiencia originada. Ello prolongaba indefinidamente los juicios contentiosos.

El mecanismo de fijar junto con la primera audiencia, la supletoria, vino a solucionar este problema dilatorio, y la segunda audiencia, tenía la misma entidad, importancia, solemnidad y eficacia que la primera. Nunca se pensó originariamente que la segunda audiencia fuera un severo tribunal donde eran arrastrados los testigos rebeldes exclusivamente.

Es que el Código en su redacción actual, ha recogido la experiencia no sólo del antiguo art. 181 (que es el que cita el fallo mencionado por los jueces integrantes de este tribunal, ED, 26-171) del Código Procesal, sino el art. 31 de la ley 14.237 (24/9/53) y el decr. 23.398/56 (31/12/56).

Esta última disposición establecía en su art. 12 un régimen muy parecido al del Código Procesal vigente. Pero en cuanto a la novedad de la "carga" de llevar a los testigos sin citación del juzgado, es donde se ha evolucionado. Así en la ley 14.237 no distinguía si el testigo era citado (notificado formalmente con apercibimiento) o si la parte asumía la carga de traerlos y disponía: "Las partes podrán llevar los testigos a las audiencias señaladas, aunque no se los hubiese citado o se domiciliasen fuera de la jurisdicción". El mencionar en plural audiencias ya señalada, en el párrafo que se encuentra inmediatamente después del que enuncia que, 24 horas después de fracasada una audiencia por incomparecencia injustificada de un testigo el juez de oficio decretará una nueva audiencia a la que lo hará concurrir por la fuerza pública.

Es decir, si al juez que es desobedecido o desacatado no le interesa la falta contra su investidura y no libraba oficio, la parte podía llevarlo a declarar a la segunda audiencia declarada de oficio porque con ello se cumplía voluntariamente con una resolución judicial firme. La defensa de la otra parte no se veía agraviada porque, por disposición del art. 124 del Código derogado la contraparte debía ser citada por lo menos con un día de anticipación.

La regla general: en la duda a favor de la prueba, no autoriza la interpretación de que sólo se realizaría la segunda audiencia si el testigo era traído por la fuerza pública, porque lo que realmente interesa es el esclarecimiento de la verdad que el testigo puede aportar, y no la forma en que se lo hace comparecer que es totalmente secundaria a la integración del proceso.

Las dudas interpretativas de si se debía decretar segunda audiencia cuando la parte asumía la carga de hacer comparecer al testigo sin citación, que creó el decret. 23.398/56, quedaron solucionadas con la redacción actual del Código Procesal: El art. 434 se refiere a "la audiencia" (esta vez en singular) y si la parte no lleva al testigo a la única audiencia sin causa justificada, se lo tiene por desistido.

Pero si por mediar decreto o resolución del juzgado se ha citado al testigo notificándole ambas (cédula con transcripciones formales, etc.), la aplicación del inc. 2º del art. 432, está supeditada al fracaso de la segunda audiencia. Es decir, el sentido del art. 432, inc. 2º, es si el testigo propuesto por usted no concurrió

a la primera audiencia sin causa justificada para no incurrir usted en negligencia está obligado a tomar las medidas para que el testigo concurra a la segunda, bajo pena de considerarlo desistido. Lo visible es solicitar y diligenciar el oficio a la Policía, pero lo que el derecho y la justicia quieren es que el testigo concurra y declare. Repito, es absurdo pensar que el testigo citado por el juez a declarar a una segunda audiencia, el juez no quiera oírlo porque no lo trajo a la fuerza un vigilante.

El argumento de que se viola el derecho de defensa de la contraparte que no visualizó trámites para una citación compulsiva es artificioso: *a*) la convocatoria se considerará hecha bajo apercibimiento de celebrarse con la parte que concurra (art. 125, inc. 3º, Cód. Procesal); *b*) el art. 11, inc. 4º, de la ley 10.996 establece que es obligatorio para los apoderados “concurrir puntualmente a las audiencias”, en los juicios en que intervengan; *c*) se agravia más al derecho de defensa si se deja de oír a un testigo cuya declaración ha sido ordenada por el mismo juez (art. 431), no ha sido impugnado (arts. 428 y 458) y ha concurrido el día y la hora señala y está notificada la contraparte, que si se lo recibe.

Ello es así, porque la contraparte ausente, faltando a su deber ya mencionado del inc. 4º del art. 11 de la ley 10.996, deja de asistir a la audiencia sobre la base de una deducción, una conjetura que puede ser errónea: “Si no lo traen por la fuerza pública el testigo no va a concurrir”; o más errónea aún (es que se trata de desvirtuar con la presente resolución): “si no lo traen por la fuerza pública el juzgado no puede tomarle declaración”.

En contra de estas conjeturas que no hacen al derecho de defensa, está –a mayor abundamiento– el art. 452 del Código Procesal que autoriza al juez a citar a testigos no propuestos. Simplemente personas mencionadas en los escritos de traba de la litis. A examinar también a testigos que ya han declarado (examinarlos nuevamente). Cómo es posible conciliar estas reglas legales que autorizan al juez tomar esas medidas, para esclarecer los hechos con relación a testigos con la proposición de una doctrina que desecha la declaración de un testigo, ordenada por el mismo juez, para el cual se ha fijado día y hora simplemente porque no ha sido traído por la fuerza, por la autoridad policial.

Con relación al único fallo accesible a su lectura íntegra, que cita la mayoría, considero totalmente inaplicable al caso: *a*) se dictó durante la vigencia del Código Procesal derogado, modifica-

do por la ley 14.237; b) se pronunció a favor de la medida de prueba (se decretó nueva audiencia para que el ausente que no había “visto trámites compulsorios”, tuviera oportunidad de re-preguntar). En el caso, se niega la medida de prueba y el testigo no declara en absoluto. El fallo citado (un fallo no es jurisprudencia) cumplía la regla, en la duda a favor de la prueba; aquí se dispone: en la duda, en contra de la prueba.

Comprendo perfectamente la gran cantidad de causas que se tramitan en primera instancia: aplaudo incondicionalmente la contracción al trabajo que se nota en la justicia; me complace también la legítima aspiración de tener el despacho y las causas al día; pero estos valores no pueden ser causa de la deformación de las leyes y el derecho. La comodidad de que se declare que la segunda audiencia no se toma si el testigo no viene con vigilante, no sólo no se encuentra en la ley, sino que es contraria no sólo a los más modernos cánones de principios procesales, sino valores más caros como es el respeto por el pueblo, que con muchas dificultades y a veces sacrificio llega a estos estrados y el de la verdad, cuya frustración sobre la base de ritualismos que sirven de medio, es incompatible con la justicia.

En consecuencia, considero que la caducidad expresada por el art. 432, inc. 2º, del Cód. Procesal, se refiere a cuando el testigo no concurre a la segunda audiencia, ya que el fundamento del mismo es evitar demoras en el proceso atribuibles a las partes. No existe demora si el testigo concurre y declara en una fecha prevista por el auto que lo admitió y fijó esa oportunidad para su declaración. No es lo mismo si el testigo no concurre, y no existe constancia alguna de la actividad de la parte proponente para que concorra. En este caso, el proponente sólo tiene derecho a pedir una tercera audiencia si requirió oportunamente las medidas de compulsión y la solicita dentro del quinto día de fracasada la segunda (art. 432, inc. 3º).

Ello coincide con el art. 384 que impide y desecha la acusación de negligencia (no tomar las medidas compulsorias) “antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia”. Ello porque la audiencia puede tener lugar aunque el testigo no fuera traído por la fuerza.

En consecuencia, no puedo actualizar el antiguo fallo citado, que tiene otro sentido, para sentar una interpretación que aunque dictada en este caso particular, será invocada en lo sucesivo como jurisprudencia de este tribunal.

Por ello, voto por la admisión de la prueba testimonial denegada en primera instancia, a cuyo efecto la presidencia del tribunal designará día y hora debiendo notificarse en la forma de ley. Rómulo E. M. Vernengo Prack*.

PROPOSICIONES

1) ¿Por qué razón el tribunal declara la caducidad del testigo C. J. Yanquilevich, confirmando el pronunciamiento de primera instancia?

2) ¿En qué funda el doctor Vernengo Prack su disidencia?

3) ¿Qué diferencia hay entre caducidad y negligencia de la prueba?

4) ¿Qué supuestos de caducidad de la prueba testimonial conoce?

5) ¿Por qué razón el juzgado debe fijar una audiencia supletoria?

6) ¿Cómo hubiese resuelto el caso? Fundamente su respuesta.

63. TESTIGOS. INTERROGATORIO PRELIMINAR

La doctora Lozano dijo:

La sentencia en recurso declaró procedente el desalojo pretendido por la locadora por la causal de recuperación para uso propio.

1º) El demandado se agravia porque el *a quo* ha valorado la prueba testimonial rendida por la actora restando importancia a la negativa de ser parte al contestar la demanda.

Objeta el quejoso, las declaraciones de dos testigos por cuanto ambos han manifestado ser amigos desde hace más de veinte años de la accionante.

Un testigo es atendible cuando su declaración es idónea para

* CNCiv, Sala B, 22/3/77, "Goldberg, N. c/Empresa de Microómnibus Línea 45", LL, 1977-B-389.

crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a que aquélla se refiere (conf. Palacio, *Tratado*, t. I, p. 478).

La apreciación de la eficacia del testigo debe ser efectuada por el juez de acuerdo con la regla de la sana crítica atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones (art. 458, Cód. Procesal).

Las generales de la ley tienen por objeto: 1º) identificar al testigo; 2º) verificar si se trata de testigo excluido por edad o parentesco, y 3º) valorar en su oportunidad la atendibilidad de su testimonio.

La circunstancia de ser amigos de la parte actora hace precisamente atendible el conocimiento de su situación económica.

Alegada por el demandado la existencia de hechos obstativos del derecho invocado por la actora era a su cargo la obligación de probarlos (art. 377, Código Procesal), circunstancia que no se produjo en autos como confiesa expresamente la quejosa.

2º) En cuanto al agravio referido al estado de necesidad que a juicio de la apelante debe evidenciar la locadora para pretender la recuperación de su único inmueble sin indemnización considero debe ser desestimado.

Acreditado como ha sido en autos que la accionante ni su cónyuge no tiene otra unidad que la que aquí pretende recuperar y que tampoco tiene bienes de fortuna ni otras rentas o ingresos que los provenientes del trabajo de su esposo, la prestación previsional que ella percibe, y los alquileres de la vivienda requerida se encuentra por tanto amparada por la exención de la obligación de indemnizar, conforme lo prescribe el párr. último del art. 12 de la ley 21.342.

3º) Las manifestaciones contenidas en el punto 3º de la expresión de agravios de fs. 170/171 constituyen capítulos no propuestos a la decisión del primer sentenciante por tanto queda este tribunal eximido de su consideración (art. 277, Cód. Procesal).

Por lo que llevo dicho voto por la confirmatoria del fallo recurrido con costas a cargo del apelante.

El doctor Martiré adhirió al voto precedente.

El doctor Zaccheo votó en el mismo sentido que la doctora Lozano y adhirió a los mismos fundamentos.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedentemente transcrito el tribunal resuelve confirmar la sen-

tencia apelada, con costas a cargo del apelante. Benjamín E. Zaccheo - Judith R. Lozano - Eduardo A. Martiré (*Secr.*: Martín M. Obiglio)*.

PROPOSICIONES

1) ¿En qué etapa del proceso el juez valora la declaración de un testigo?

2) ¿Qué finalidad persigue el interrogatorio preliminar del art. 441 del Cód. Procesal?

3) En el caso, ¿cómo valoró la Cámara el testimonio de un amigo del accionante?

4) ¿Cuáles son las reglas que debe seguir el juez a los efectos de valorar un testimonio?

64. TESTIGOS. PREGUNTAS

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Vernengo Prack dijo:

1º) La sentencia de fs. 99/101, rechaza la demanda, haciendo lugar a la falta de acción opuesta por el demandado, sobre la base de una inexactitud: que Jorge J. N. Fabbri no hubiera cedido a Luis Fabbri los derechos y obligaciones que le correspondían sobre la base del documento de fs. 3.

En primer lugar, en la contestación de la demanda no se impugnó dicha cesión por no haber sido vista por el demandado. Por consiguiente tampoco fue impugnada la firma puesta en ese lugar (margen del documento) por Jorge J. N. Fabbri cediendo a Luis Fabbri.

En segundo lugar, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 442, párr. 2º, del Cód. Procesal (remisión al art. 411 del mismo) la formulación de una pregunta al testigo importa para el que interroga el reconocimiento del hecho a que se refiere. Y la de-

* CNEspCivCom, Sala III, 8/9/76, "Camusso de Nuñez, M. L. c/Strevezza de Sullivan, M. del R.", LL, 1977-A-75.

mandada al formular a fs. 62 la pregunta 9ª reconoce la cesión de Jorge J. N. Fabbri a favor de Luis Fabbri (ver Fernández, R. L., *Código de Procedimientos anotado*, 1955; Parry, Adolfo E., *Prueba de testigos. Repreguntas*, ED, 4-766 especialmente p. 775, nota 59, JA, 68-580 a 582; DJBA 50-49).

En tercer lugar, en la demanda se ofreció como prueba, el expediente entre las mismas partes que tramitara ante el Juzgado Civil n° 19, Secretaría n° 37 de esta Capital, donde la demandada a fs. 17 vta. de esos actuados (agregados por cuerda a los presentes -punto 3º, c-) reconoce la cesión a favor de Luis Fabbri de otra fracción del mismo campo, que se hizo exactamente con el mismo procedimiento.

2º) Si bien en la contestación de la demanda se niega la autenticidad del boleto entre Klein por un lado y Semelman y Martínez Scedem por otro, y la cesión de estos últimos a favor de Jorge J. N. Fabbri, el demandado no probó como prometió la falsedad de las firmas certificadas por escribano; y, por el contrario, dicho boleto y cesión fue ratificado por los firmantes quienes fueron citados como testigos Semelman, Klein y J. Fabbri. Ello, sin perjuicio de lo que surge del juicio agregado al que se ha hecho referencia en el que se reconocen los hechos, afirmando el demandado al absolver posiciones en el presente: "Aclara, que no conoce ese juicio", lo que evidentemente prueba su mala fe.

En consecuencia, considero que debe revocarse la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación sustancial activa, debiendo pasar los autos al juzgado que le sigue en orden de turno de iniciación a los efectos de dictar nueva sentencia sobre las defensas omitidas. Con costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

El doctor Monferrán dijo:

Adhiero al voto del vocal preopinante, doctor Vernengo Prack en cuanto a la conclusión a que en definitiva arriba con relación a la suerte de la sentencia en recurso.

Sin embargo, me permito disentir con la consideración que concluye (punto 1º) en cuanto a que las preguntas insertas en el interrogatorio que se formula a un testigo, importan reconocimiento de los hechos contenidos en las preguntas, por la parte que pone el interrogatorio. Las citas formuladas en dicha consideración se refieren a las afirmaciones que se ponen al absolvente de posiciones, por la parte que pone las posiciones a la negativa

o afirmativa del absolvente, principio de largo sostenido por la jurisprudencia, y que ha sido recogido por la ley 17.454 (Código Procesal) en el art. 411, párr. 2º. El art. 442 del Cód. Procesal se refiere a la forma del examen de los testigos y a los fines de que la parte contraria a la que ofreció el testigo, también tiene así libertad para proceder al interrogatorio del mismo en la forma y condiciones que informa el párr. 3º del art. 411 respecto de las posiciones, a cuyos términos remite el art. 442, párr. 3º. Por lo demás, el dicho de los testigos, y el mismo interrogatorio a que responden, son cuestiones que deberán ser apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica y darles el valor correspondiente según los motivos y circunstancias que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones (arts. 443 y 458, Cód. Procesal).

Reitero, pues, que con tal reserva, adhiero a la conclusión definitiva del voto del doctor Vernengo Prack.

El doctor Callazo, por razones análogas a las aducidas precedentemente por el doctor Monferrán, adhirió a la conclusión definitiva del voto del doctor Vernengo Prack.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación sustancial activa, debiendo pasar los autos al juzgado que le sigue en orden de turno de iniciación a los efectos de dictar nueva sentencia sobre las defensas omitidas. Con costas en ambas instancias a cargo de la demandada. José M. Monferrán - Rómulo E. M. Vernengo Prack - Antonio Collazo (*Secr.*: Guillermo J. Blanch)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuál es la diferencia que en sus votos sostienen los doctores Vernengo Prack y Monferrán?

2) ¿Cuál es la forma en que se debe interrogar a un testigo?

3) ¿Qué diferencia hay con la absolución de posiciones?

4) ¿Considera usted que la formulación de una pregunta al testigo importa para el que interroga un reconocimiento del hecho a que se refiere?

* CNCiv, Sala B, 10/3/77, "Fabbri, L. c/Missner, L.", LL, 1977-C-581.

5) ¿Por qué razón el tribunal decide que la causa debe pasar al juzgado siguiente en orden de turno?

65. TESTIGOS. DECLARACIÓN EN OTRA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL

Considerando: 1) La defensa solicita la admisión de prueba testimonial, constituida por las declaraciones de dos cónyuges domiciliados en la provincia de Mendoza. Tales testigos no fueron recibidos en primera instancia por causa de que la proponente omitió acompañar los pliegos de interrogación e indicar la persona que diligenciaría la rogatoria destinada a recibir las exposiciones (decisión de primera instancia, denegatoria, en fs. 79 vta. mantenida por el magistrado en fs. 84).

Es indudable la eficacia docente de las resoluciones producidas en la primera instancia, porque la petición reiteratoria viene ahora acompañada de los interrogatorios y de la mención de profesionales del foro mendocino que tramitarán la diligencia probatoria sugerida.

2) Pero es una cuestión mucho menos simple decidir sobre la petición referida.

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

La ley procesal no esclarece la dualidad. La jurisprudencia se ha ido inclinando —con la medida con que las decisiones judiciales argentinas encaran generalmente la labor de integración inter-

pretativa de los textos positivos imprecisos— por una visión del “replanteo” como un recurso no denominado así, mas constituido en tal por su mecánica y efectos. Por ejemplo, “el art. 260, inc. 2º, del Cód. Procesal, exige que la petición sea fundada, es decir, que el escrito donde sea formulada contenga una crítica razonada de la resolución desestimatoria, señalando sus errores o defectos, en forma similar a un memorial o expresión de agravios”, según la CNCiv, Sala C, 8/4/80, “Orlowski”, LL, 1980-D-748. Ello es coherente con la mejor visión del sentido de la segunda instancia tal cual está organizada por la ley ritual de este tribunal, que lo constituye en revisor de la sentencia y no del pleito (argumento del art. 265, Cód. Procesal, en tanto exige crítica del fallo y veda remitir a presentaciones anteriores).

Tal temperamento encuentra sin embargo un óbice argumental insuperable, proveniente de la letra de la ley: Si el “replanteo” de la prueba constituyera sustancialmente sólo un recurso para hacer revisar decisiones desacertadas respecto de aquélla: ¿para qué habría sido llamado de otra manera en lugar de aparecer francamente como una apelación diferida?

3) En el caso, la denegación de la recepción de testimonios fuera de la jurisdicción obedeció a un defecto preciso y objetivo, constituido por una grosera desatención de las cargas prescriptas por el art. 453 del Cód. Procesal. La sanción del incumplimiento surge de la norma.

De modo que vista la cuestión como un tema sometido a revisión, no existe motivo para alterar la inadmisibilidad declarada por el juez de la causa; tanto más cuanto que el “replanteo” de fs. 173 está desprovisto de crítica a lo decidido del modo referido; crítica que por otro lado es difícilmente imaginable.

Mas desde el famoso precedente de *Fallos*, 238:550, los tribunales vieron acentuada su labor discrecional en la admisión de las evidencias; cuando éstas fueron de relevancia notoria en la contienda y a pesar de las deficiencias modales o temporales de que adoleciera su producción. Podría argüirse que esta evolución histórica hacia la discrecionalidad del tribunal —que es un concepto alusivo de cierta mayor extensión de la potestad de discreción del proceso, diversa de la discrecionalidad en cuanto arbitrio subjetivo— encuentra concreción en el instituto del “replanteo”, cuya ambigüedad conceptual sería intencional, para permitir el ejercicio de esa vía como medio de incorporar al proceso diligencias de-

ficientemente producidas pero relevantes para la decisión del conflicto.

4) Esta visión, que puede tildarse de minoritaria pero no de errónea ante un texto impreciso en la delimitación de la facultad de admisión de la prueba, impone conceder lo peticionado por la defensa. Resulta innegable que en la estructura asumida por el debate de las partes (invocada legitimidad de la revocación del mandato dado al corredor que hubo de vender una finca; según la defensa), las personas que intentaron comprar el inmueble y habrían recibido una proposición de simulación del precio por parte del auxiliar, son prueba esencialísima.

En consecuencia, ha lugar a la producción de ambos testimonios, concediéndose cinco días a la parte actora para que sugiriera preguntas para tales testigos y el profesional que la representará en la audiencia de Mendoza; tras cuyo término la defensa dispondrá de cinco días para confeccionar el despacho del caso y retirarlo firmado de este tribunal, y de ulteriores diez días para denunciar tribunal de su radicación (art. 454, Cód. Procesal).

5) No obstante lo decidido precedentemente, esta Sala llama la atención de la defensa sobre la necesidad de reflexionar respecto de la utilidad real del trámite que intenta, habida cuenta del valor debatido en la causa y los costos obvios de una diligencia de resultado impredecible. Exhórtase a los letrados de la parte demandada para que procedan con sensato sentido práctico en una litis que no compromete principios del orden jurídico sino meros intereses pecuniarios. Edgardo M. Alberti - Francisco M. Bosch - Julio C. Rivera (*Secr.*: Carlos M. Rotman)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuál ha sido el argumento esgrimido por el tribunal para admitir la producción de la prueba testimonial en segunda instancia?

2) ¿En qué omisión incurrió la defensa para que no fueran recibidos los testimonios en primera instancia?

* CNCom, Sala D, 6/3/84, "Casalia, F. C. H. c/García, H. y otro", LL, 1984-C-115.

3) ¿Qué presupuestos exige el art. 453 del Cód. Procesal para que sea admisible la declaración de testigos fuera de la circunscripción territorial del juzgado?

4) ¿En qué consiste el replanteo de prueba?

5) ¿Cuáles son los requisitos que debe reunir la fundamentación del replanteo de prueba para que éste sea admisible?

66. TESTIGOS. VALOR PROBATORIO

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor Escuti Pizarro dijo:

1º) La sentencia de primer grado rechaza la demanda, con costas. Apela la actora, quien vierte su queja a fs. 121/124, que no fue respondida por la parte contraria.

2º) Se agravia la apelante por cuanto el juzgador no atribuyó al demandado la responsabilidad de los daños que sufriera el micro interno 65 de su propiedad, en el accidente de tránsito ocurrido el día 21/5/73, en la intersección de las calles Timoteo Gordillo y Rivadavia.

Señalo que en supuesto como el de autos, en principio a la víctima le basta probar el daño y el contacto con la cosa, incumbiendo al dueño o guardián que pretende eximirse de responsabilidad, la demostración de los extremos contemplados por el art. 1113 del Cód. Civil, desde que esta norma sustantiva invierte el *onus probandi*.

Si bien tanto el daño como el contacto con la cosa están justificados, ¿ha probado la demandada que de su parte no hubo culpa en la producción del siniestro? Veamos.

La declaración del testigo de fs. 83, conductor del micro de la línea actora —aunque haya dejado de serlo según su propia manifestación—, tal como ha sido decidido en casos análogos, no constituye por sí sola prueba suficiente para definir responsabilidades ajenas, de modo que, en ausencia de elementos corroborantes, debe desconocérsele efecto probatorio decisivo (conf. CNCiv, Sala A, c. 207.476, 6/8/76; íd., Sala B, ED, 40-250; íd., Sala C, 40-250; íd., íd., ED, 40-473 y 479; íd., Sala E, ED, 37-124).

La pericia de ingenieros de fs. 46/47, se limita a dar la versión proporcionada por la parte actora, sin ningún aporte propio, razón por la cual en nada contribuye a la decisión del pleito.

Las constancias del acta de choque de fs. 62, tampoco ayudan a resolver la cuestión, pues como se advierte en la misma, el denunciante no presencié el choque.

La confesional rendida a fs. 74 por el demandado, en nada contribuye a mejorar la posición de la accionante en el proceso.

Y en cuanto a similar probanza llevada a cabo en el cuaderno probatorio del demandado, es de señalar que el representante legal de la actora fue correctamente citado a absolver posiciones mediante la cédula agregada a fs. 94, no obstante lo cual no concurrió a la audiencia respectiva, como se desprende del acta labrada a fs. 99. Coincido con el doctor Cichero (ver *ED*, 33-133), en que aun cuando esa persona no haya presenciado el accidente, no por eso las posiciones dejan de versar sobre un hecho personal (arts. 411, 413 y 417, Cód. Procesal), desde que las preguntas contenidas en el pliego ahora agregado a fs. 103, más que al conocimiento directo del choque se refieren a la información que pudo y debió tener, como ocurre corrientemente, por la habitual vía de la comunicación del dependiente. Por ende, habida cuenta las "circunstancias de la causa" a que se refiere el citado art. 417, juzgo que debe tenerse por confeso al representante legal de la actora.

Así las cosas, de las contestaciones fictas, especialmente a las posiciones 3ª a 9ª, se admite que el Fiat 600 de Castañares circulaba detrás del interno 65; que este último se detuvo al llegar a la intersección de Timoteo Gordillo y Rivadavia, sin que el chofer aplicara los frenos; y que a raíz de un desnivel en el suelo, se desplazó hacia atrás, embistiendo al Fiat 600, que también se encontraba detenido.

Quiere decir, entonces, que el accidente se produjo por culpa exclusiva del conductor del micro de la actora, que dejó detenido y sin frenos a su vehículo, que se desplazó hacia atrás por un desnivel del suelo, embistiendo al automóvil del demandado. O sea, que el chofer Galán dejó de cumplir con su primera obligación, esto es, la prudencia en el manejo, ya que ésta no sólo le ha de permitir en todo momento el correcto gobierno de la unidad, sino también superar cualquiera de las múltiples vicisitudes del tránsito que ordinariamente se presentan. Tanto más si se ad-

vierte que se trata de un conductor profesional y que al hacer continuamente el mismo recorrido, no podía ignorar el desnivel del suelo existente en el lugar.

Así las cosas, al haberse producido el accidente por culpa exclusiva del conductor del micro de la accionante, por estricta aplicación del art. 1111 del Cód. Civil, esta parte debe absorber íntegramente sus propios daños y no cabe ninguna asignación de responsabilidad para Castañares.

Voto, en definitiva, por la afirmativa a la cuestión propuesta.

Las costas de alzada deben correr en el orden causado, desde que no hubo contradicción. Los honorarios se regularán por los miembros de la Sala actuando en conjunto.

El doctor de Igarzábal votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Escuti Pizarro.

A mérito de lo que resulta de la votación del acuerdo precedente, se confirma la sentencia de fs. 104/105, con costas en la alzada en el orden causado.

El doctor Vocos no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109, RJN). Félix R. de Igarzábal - Jorge Escuti Pizarro (*Secr.: Jorge Noro Villagra*)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuál es el sistema de valoración de la prueba testimonial establecido por el Código Procesal?

2) Por qué el tribunal le resta fuerza de convicción a la declaración del testigo de fs. 83?

3) Se tuvo por confesa a la actora. ¿Por qué?

4) ¿Por qué el tribunal estimó que los hechos contenidos en el pliego eran personales?

5) ¿Había presenciado la actora el accidente?

* CNCiv, Sala A, 13/3/78, "Transportes Nueva Chicago c/Castañares, A. y otra", LL, 1978-C-411.

67. PERITOS. IMPUGNACIÓN

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Cifuentes dijo:

1º) En el cruce de las calles Rafaela y White, el 14/1/74, a las 19, chocaron dos automóviles marca Peugeot, uno conducido por el demandado Omar H. Meza, el otro por Rolando Gleser. La sociedad aseguradora de este último, promovió la demanda por reintegro de la suma pagada a su asegurado, la que fue rechazada en la sentencia de primera instancia. Apeló la vencida tanto por el fondo como por la regulación de honorarios y expresó agravios a fs. 140, los cuales no fueron contestados.

La queja de la apelante radica en que no se ponderó debidamente la prueba aportada, porque no se tuvieron en cuenta las impugnaciones al dictamen pericial y se descartó la confesión ficta, y tampoco se tuvieron en cuenta la presunción de vehículo embestidor y de la prioridad de paso.

2º) El juez tuvo en cuenta la aplicación del art. 417 del Cód. Procesal, pero no obstante la mentada impugnación de la pericia, se atuvo a las conclusiones del perito y el carácter relativo de la confesión ficta, de donde derivó la ausencia de culpa del demandado en el accidente.

Ante todo corresponde dejar sentado, como he sostenido en más de una oportunidad, que tratándose de dos cosas comúnmente riesgosas en movimiento, y que por la entidad del riesgo creado por ambas tienen pareja incidencia, no corresponde aplicar las normas del art. 1113 del Cód. Civil, tanto por la responsabilidad causal como por la inversión del *onus probandi*, rigiendo el sistema de la culpa del art. 1109 de dicho cuerpo legal (conf. CNCiv, Sala D, voto del doctor Cichero, ED, 43-508, LL, 153-226).

La aseguradora demandante que pretende subrogarse en pago, acorde con las disposiciones que al efecto la habilitan (ley 17.418 y arts. 767 y ss., Cód. Civil), no puede encontrarse en mejor situación que el damnificado asegurado, a quien ella pagó la indemnización del siniestro. A la actora, por lo tanto, le correspondía probar la culpa del demandado.

Aparte de los reconocimientos en el escrito de contestación de la demanda, los cuales no van más allá de la existencia del ac-

cidente en el lugar y hora indicados por la actora, Meza y su aseguradora citada en garantía han negado la culpa que se les atribuye, sosteniendo que el choque se produjo en el centro de la bocacalle cuando aquél circulaba con prioridad de paso; el auto de Gleser lo soportó en el frente y lateral delantero derecho y los otros daños que se mencionan en la factura acompañada responden a la maniobra que efectuó, dado que intentó adelantarse realizando una "imprudente verónica", y luego del primer impacto, rozó el sector lateral derecho con la parte delantera del Peugeot de Meza.

El perito ingeniero mecánico sostuvo que, atendiendo a los daños denunciados del auto de Gleser, el choque debió producirse acorde con el relato de la parte demandada, salvo que los de la parte frontal correspondieran a otro choque anterior.

La impugnación a ese dictamen pericial, como bien sostuvo el juez no lo desvirtúa ni se trata de una reconstrucción abstracta del accidente, según dice en la expresión de agravios, o de una conclusión subjetiva. El perito tuvo en cuenta un dato objetivo acorde con los elementos que debía ponderar. Porque era admisible que se atuviera a los allegados al proceso por las partes, dado que a través del tiempo y siendo imposible observar los daños directamente, los peritos deben valorar dichos elementos e informes siguiendo los dictados de su ciencia. Pero aun suponiendo que esa conclusión fuera expedida en exceso, en razón de la pregunta que se le formulara, basta tener en cuenta que la actora ha pretendido el resarcimiento por la reparación de los siguientes daños ocasionados al Peugeot asegurado: "desarmar frente, desabollar panel del mismo, desabollar guardabarro delantero izquierdo", como expresa la factura que ella trajo al proceso y fue autenticada a su pedido. Luego, no es admisible el relato de la demanda, en el sentido de que fue chocado de lleno y directamente el lateral derecho.

Pretende ahora que esos daños puedan atribuirse a otras circunstancias ajenas al accidente del *sub lite*, mas pretendió antes cobrarlos como si correspondieran al mentado accidente, dado que no explicó a tiempo que debieran excluirse. Luego, todo desemboca en la razón del demandado cuando sostiene que también el frente del vehículo de Gleser quedó interesado en la maniobra, rozándose después el lateral derecho. Y a ello se agrega, que de todas maneras, Meza tenía prioridad de paso, puesto que se pre-

sentó a la derecha de Gleser (art. 49, ley 13.893), prioridad que únicamente podría haberse perdido si se demostrara que el segundo llegó antes a la bocacalle y representaba un obstáculo de frente obligando a frenar. Pero, por lo dicho, no sucedió así. Cuando más si se advierte que no se probó que Meza condujera a velocidad antirreglamentaria (conf. CNCiv, Sala D, votos del doctor Sánchez de Bustamante, JA. 1959-IV-139 y 1965-V-250).

La confesión ficta, en la especie, encuentra esa contradicción, suponiendo que con ella estuviera admitido el accidente tal como lo relatara la actora. Pero del pliego de fs. 128, lo único que se extrae es que Meza embistió a Gleser, lo que pudo haber ocurrido en la forma propuesta por el perito, es decir, interesándose la parte frontal de ambos automóviles. Desde tal punto de vista, y acorde con lo dispuesto en el art. 417 del Cód. Procesal, las circunstancias de la causa revelan que no puede darse a esa confesión la trascendencia que pretende la actora. Porque si Meza, como dijo en el responde, no pudo evitar que ambos autos hicieran impacto en la parte frontal, dada la prioridad de paso que le correspondía, no puede atribuírsele la culpa.

Por lo demás, ninguna prueba demuestra que el asegurado por la actora hubiera traspuesto la calle Rafaela cuando se produjo el encuentro, como pretende la apelante. Negado ese hecho en el responde y no comprendido en el pliego de fs. 128, no veo cómo pueda afirmarse que ello sucedió así. La presunción, por ende, que se afirma en la expresión de agravios, no concuerda con lo que consta en autos, ya que, inversamente, tal como se expone en este voto, esa suposición de la culpabilidad beneficia al conductor Meza.

3º) *Conclusión:* Voto por que se confirme la sentencia de fs. 129 a 131, con costas de alzada por su orden en razón de que no se contestó el traslado de fs. 142.

El doctor Alterini dijo:

Adhiero al voto del doctor Cifuentes, con la salvedad que encuadro la responsabilidad de los intervinientes en un accidente de tránsito —en principio— como daños “con” la cosa y no “por” la cosa o riesgo de ella (ver entre otros, mis votos en ED, 68-448 y 358).

Por razones análogas a las expuestas el doctor Belluscio adhirió al voto del doctor Cifuentes.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada. Con costas de alzada por su orden (arts. 68 y 71 Cód. Procesal). Santos Cifuentes - Jorge H. Alterini - Augusto C. Belluscio (*Secr.*: Ana M. Conde)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué dictaminó el perito ingeniero mecánico?
- 2) ¿En qué basó la impugnación del dictamen pericial efectuado por la parte actora?
- 3) ¿Qué elementos tuvo en cuenta el perito para dictaminar?
- 4) ¿En qué elementos de la propia demanda se basó el tribunal para desestimar los argumentos de la apelante?
- 5) ¿En qué basó el tribunal la discrepancia entre la descripción de los daños y el relato efectuado en la demanda?
- 6) ¿Cómo valoró el tribunal la confesión ficta?

68. PERITOS. TEMPORANEIDAD DE LA IMPUGNACIÓN

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Gnecco dijo:

1º) Contra la sentencia dictada por el juez de primera instancia a fs. 89/92 por la que se hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios entablada por "Carmen E. Rouquette c/ Moreno, Calvo, Diéguez y Cía. Sociedad Obrera de Transportes Argentinos y Alonso G. Muñoz", recurren la actora y la sociedad demandada, quienes fundan sus respectivos agravios a fs. 116/118 y 119/121.

2º) El escrito de fundamentación de la apelación actora aparece como francamente insuficiente para cumplir con las exigen-

* CNCiv, Sala C, 29/3/77, "Assicurazioni Generali SCA c/Meza, O. H.", LL, 1977-C-312.

cias del art. 265 del Cód. Procesal, pues en él no se encuentra una crítica razonada sobre las partes de la sentencia que a su entender han sido equivocadas. Ya en otras oportunidades he podido decir, que los agravios no pueden limitarse a señalar una mera discrepancia con lo decidido por el *a quo*, sino que deben alcanzar “suficiencia técnica”, pues de lo contrario pueden llegar a importar la deserción de la apelación que se intentara (conf. Alsina, H., *Derecho procesal*, t. IV, p. 416; Ibáñez Frocham, M., *Los recursos en el proceso civil*, p. 143, n° 54; Podetti, R., *Tratado de los recursos*, p. 142).

Tal suficiencia se relaciona a su vez, a una necesidad de articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia, puntualizados de tal forma que la misma ha de perder jerarquía de verdad conclusiva: debe contener un análisis crítico mediante el cual se demuestren, acabadamente, los motivos que se tienen para considerarla errónea.

No es que la expresión de agravios requiera fórmulas sacramentales, pero ella no puede ser una simple manifestación de disconformidad o queja, sino una pieza jurídica en la que se puntualicen los errores de hecho y de derecho, así como la injusticia de las conclusiones del fallo recurrido (conf. mi voto en la causa libre 204.441, 28/7/76). Por lo expuesto, considero que en el caso debe declararse desierto parcialmente el recurso de la accionante en cuanto al pedido de elevación de la indemnización por incapacidad física y deformación estética (admisión del “daño estético”), y en cuanto a la elevación también de los montos correspondientes a la pérdida del valor venal del automóvil y el daño moral (art. 266, Cód. Procesal), ello sin perjuicio de aceptar, conforme la reiterada doctrina de esta Sala, que dichos montos se actualicen hasta el momento de este pronunciamiento, para respetar el principio de reparación justa y plena que debe presidir este tipo de procesos. No obstante lo dicho, podemos aun agregar, a mayor abundamiento, que en lo que hace a la inclusión del daño estético el *a quo* ha decidido correctamente su rechazo, atento a que la cicatriz que en alguna medida podría haber tenido mayor repercusión (la de la cabeza, pues la del brazo derecho es de muy poca extensión y en su cara lateral), no resulta visible por estar oculta por el cabello, es decir, prácticamente imperceptible; en lo que se refiere a la pérdida del valor de venta del automóvil por los deterioros sufridos, que ello se ha calculado sobre la base de la pericia

mecánica obrante en el juicio, que no ha tenido impugnación alguna de la recurrente y que el monto establecido por daño moral, guarda a mi criterio perfecta relación con los padecimientos y sufrimientos que ha debido tener la actora como consecuencia de las lesiones recibidas en el accidente que da base al presente juicio (art. 165, Cód. Procesal).

3º) Por su parte, el demandado recurrente se agravia del monto de \$ 250.000 admitido por el magistrado de la instancia anterior en concepto de incapacidad física de la víctima. Para tal propósito, el apelante cuestiona a lo largo de su escrito de fs. 119/121 la pericia médica realizada en autos, manifestando, que aunque no se hubiera observado dicha pericia en primera instancia, ello no quita que el magistrado pondere y analice cuidadosamente su contenido.

Sin perjuicio de dejar naturalmente entendido que es el juzgador quien en definitiva tiene la facultad de apreciar los dictámenes periciales a los efectos de acordarles la fuerza probatoria que las circunstancias del caso aconsejen (art. 476 y cons., Cód. Procesal), es también función inexcusable de las partes controlar dicho medio de prueba, requiriendo las explicaciones que fuera menester, observando las conclusiones que se presenten y fundando las discrepancias que tuvieren con las mismas (art. 475, Cód. Procesal), y aun impugnando la idoneidad de los designados —como pareciera recién ahora pretenderse por la parte recurrente— (arts. 459, 460, 461, 464 y 465, Cód. Procesal).

De tal forma, que en principio, si la parte no ha estado diligente en seguir de cerca dicha prueba pericial y atacarla si así lo considerara en su momento oportuno, parece como manifiestamente extemporánea la pretensión de querer hacerlo ahora, a esta altura, por más que se quiera presentarlo como un simple señalamiento de circunstancias que el juez deberá tener en cuenta para su propia meritación de la pieza pericial.

De todas formas creo que la pretensión revisora de la parte demandada apelante debe ser desechada. Sin perjuicio de las observaciones hechas por la interesada, lo cierto es que la pericia de fs. 62/67 señala que la actora presentaba “al momento del examen” la serie de síntomas que señala en su informe “que a juicio del perito configuran un síndrome posconmocional de los traumatismos de cráneo”. En lo que hace a la existencia efectiva de las lesiones de la actora (puestas en duda parece, en cuanto a su gra-

vedad, por la demandada apelante) surgen del informe del organismo asistencial de fs. 40, de las declaraciones testificales de fs. 46 y 46 vta., y del propio reconocimiento en la absolución de posiciones de fs. 44 —como bien lo ha puesto de manifiesto el *a quo* en la que se admite que la actora fue sacada inconsciente del interior de su rodado luego de la embestida sufrida por el ómnibus de la demandada—, de lo cual se extrae que la accionante sufrió “politraumatismos y traumatismo de cráneo”. Para mí no adquiere mayor relevancia la referencia que efectúa la apelante sobre la constancia del Hospital Italiano (en la cual, de todas maneras, se consigna como diagnóstico de la víctima “politraumatismos”), desde que por los caracteres de estas lesiones (internas), su tratamiento bien ha podido seguirse en su domicilio. Creo útil destacar ciertas apreciaciones efectuadas en la pericia médica (la que, reiteramos, no ha sufrido en su momento observación por la parte que ahora la cuestiona), que dan fundamento para que se sostenga la incapacidad que el perito asigna a la actora (25 %o parcial y permanente), dice allí el perito “que aun los traumatismos más inofensivos” pueden provocar “trastornos variados (cefaleas más o menos acentuadas, obnubilación, alteraciones de la memoria, fatigabilidad física y psíquica, abatimiento y trastornos mentales)” y que “por lo general existe un intervalo de tiempo libre entre la producción del traumatismo y la aparición de los síntomas clínicos, lo que explica que aparezcan una vez desaparecida la conmoción e incluso toda la sintomatología del traumatismo de cráneo con posterioridad al momento en que se dé de alta al enfermo traumatizado por considerarlo sano hacen eclosión y se instalan en forma progresiva los síntomas a que ya hemos hecho referencia, cuya génesis está en las lesiones orgánicas a veces microscópicas consecutivas del accidente y que pasan por ello desapercibidas y que constituyen las reliquias del accidente que el sistema nervioso lleva a partir de ese momento con carácter de permanente”. En concreto, el perito médico señala en la víctima la “disminución de la atención, la pérdida de la manera y la aparición de un síndrome depresivo con su cortejo de angustias y temores”, lo cual, naturalmente no es detectable a través de un examen encefalográfico.

Por lo expuesto, y siendo que la parte demandada no ha aportado en última instancia elementos que pudieran contraponerse con semejante valor a las conclusiones periciales antedichas (la prueba de la accionada sólo consistió en un informe y en la de-

claración de un "testigo" que resultaba codemandado, integrante de la sociedad también demandada), no encuentro motivo alguno para dejar de lado las deducciones contenidas en la pericia médica que hemos aludido, que realizada por un profesional médico (aunque no especialista en "psiquiatría"), es perfectamente hábil para ser tenida en cuenta en este pronunciamiento (art. 476, citado).

4º) A los fines de actualizar los montos de la condena a la fecha de este pronunciamiento (lo cual se torna procedente, como hemos dicho, conforme con la doctrina de esta Sala), debe tenerse presente que si bien no hay por qué sujetarse a tablas rígidas, resulta de utilidad tener de referencia los índices oficiales suministrados por el Indec. Si consideramos, por ejemplo, la variación experimentada por el costo de vida desde la fecha de la sentencia de primera instancia (octubre de 1976), tenemos que las sumas deberán ser reajustadas en un 40 % (los números índices variaron de 58.814,3 a 84.945,4). Por consiguiente, la condena se ha de fijar ahora en \$ 11.000.

5º) La parte actora, finalmente, cuestiona la aplicación de la tasa del 6 % de interés. Si bien esta Sala venía adicionando un interés del 8 % cuando se trata de cantidades actualizadas al mismo tiempo por depreciación monetaria, el criterio ha variado desde la causa libre 215.622 recientemente firmada, a partir de la cual se reconoce precisamente una tasa del 6 %, razón por la que corresponderá mantener la decisión del *a quo*.

Por lo expuesto, considero que la sentencia de primera instancia debe ser parcialmente modificada, elevándose el monto de la condena a \$ 511.000. Las costas de esta alzada, de acuerdo como han sido considerados los recursos, entiendo que deben ser establecidas por su orden (arts. 68 y 71, Cód. Procesal).

Los doctores Quiroga Olmos y Coghlan, por razones análogas a las audiencias por el doctor Gnecco, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada, elevándose el monto de la condena a \$ 511.000. Las costas de esta alzada, de acuerdo como han sido considerados los recursos, se establecen por su orden (arts. 68 y 71, Cód. Procesal). Emilio P.

Gnecco - Noé Quiroga Olmos - Eduardo A. Coghlan (Secr.: Eduardo J. Cárdenas)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Por qué el tribunal declara parcialmente desierto el recurso de apelación?
- 2) ¿Cuál es el criterio del tribunal respecto de la temporalidad de las impugnaciones al dictamen pericial?
- 3) ¿Qué dice el Código Procesal al respecto?
- 4) ¿En definitiva, por qué el tribunal no se aparta del dictamen pericial?

69. PERITOS. EXPLICACIONES

Considerando: 1º) Tiene dicho esta Sala (conf. R. 215.943, 15/2/77) que se entiende por preclusión la pérdida, extinción o “consumación” de una facultad procesal; y por consumación, haberse ejercido ya válidamente la facultad (Palacio, *Manual*, t. I, p. 82, n° 3º, c). En otras palabras, cuando respecto de una determinada cuestión se ha cerrado la sustanciación, debido al ejercicio o pérdida de la correspondiente facultad procesal que tenían las partes para sustentar sus pretensiones, esa cuestión ha quedado precluida. Es decir, ya no puede volver a ser objeto de discusión, por haberse “consumado” dicha facultad procesal (conf. esta Sala, R. 225.716, 16/2/78).

Tal doctrina es enteramente aplicable a la especie, puesto que presentado el dictamen pericial, se corrió de él vista a las partes limitándose el recurrente a pedir las explicaciones de fs. 130, a cuyo efecto se fijó audiencia; y en ella, el experto las evacuó, sin que se ampliara en dicho acto el cuestionario. En consecuencia, no podía volverse –como se hizo a fs. 132– nuevamente a cuestionarse la pericia, porque estaba precluida la oportunidad de hacer-

* CNCiv, Sala D, 19/4/77, “Rouquette, C. E. c/Sociedad Obrera de Transportes Argentinos y otros”, LL, 1977-C-334.

lo. Admitir lo contrario importaría la continua apertura de etapas del proceso ya superadas.

Así limitada la cuestión, es de recordar que para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el técnico debe tener razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, no lo es menos que en cuanto el informe comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error, o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. esta Sala, R. 251.537, 31/10/78). Y en el caso, las conclusiones periciales no fueron desvirtuadas por las impugnaciones –en los límites ya indicados– efectuadas por el quejoso.

2º) En cuanto a las circunstancias que motiva la queja de fs. 154, cap. 2, no se advierte que la misma acarree perjuicio para el recurrente, pues se trataría en todo caso de un defecto formal inhábil, por sí mismo, para nulificar el acto.

3º) Tocante el pedido de sanciones, el límite de la potestad disciplinaria está fijado por la garantía de la defensa en juicio, cuyo ejercicio debe siempre poder ser amplio: por lo que no es suficiente que una petición sea desestimada para que automáticamente corresponda sanción (conf. esta Sala, R. 221.913, 2/9/77). Siendo tal el caso de autos, no hay motivo para sancionar, bastando que el perdedor cargue con las costas del juicio.

Por estas consideraciones, se resuelve confirmar la resolución de fs. 146/147. Con costas Antonio Collazo - Jorge H. Palmieri - Rómulo E. M. Vernengo Prack (*Secr.*: Guillermo J. Blanch)*.

PROPOSICIONES

1) ¿Cuál es el concepto que el tribunal da al principio de preclusión?

* CNCiv, Sala B, 19/7/79, "Pouchan, M. U. s/suc.", ED, 85-709.

2) ¿Qué actividad procesal pretendió realizar el recurrente, respecto del dictamen pericial, en forma extemporánea, según el criterio del tribunal?

3) ¿Puede el juez apartarse de las conclusiones de un perito? Dé fundamentos a su respuesta.

4) ¿Qué resolvió el tribunal al respecto?

70. PERITOS. VALOR PROBATORIO

El doctor Achával dijo:

Contra la sentencia de primera instancia que hace lugar parcialmente a la demanda, interpone recurso de apelación la parte actora, expresando agravios a fs. 217/221, los que debidamente sustanciados dejan la cuestión en estado de dictar sentencia.

El primer agravio está referido al monto que en concepto de daños al rodado otorgara el sentenciante basado en la forma de efectuar el reajuste sobre el monto de los daños presupuestados.

El *a quo* ha fundamentado sus conclusiones en la pericia mecánica obrante a fs. 90/97.

El perito tiene por misión asesorar al magistrado sobre materias que no son de su conocimiento específico, y si bien la opinión del experto no configura una prueba legal, su opinión es fruto del examen objetivo de circunstancias de hecho, de la aplicación a la misma de principios científicos inherentes a su especialidad y de los razonamientos que sigue para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen.

Es cierto que el juez no debe apartarse porque sí de las conclusiones del perito en tanto y en cuanto éstas demuestran cumplir con ciertas condiciones, si el objeto de la pericia es ilustrar el criterio del magistrado, deben los peritos fundar sus conclusiones exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieran tenido en cuenta, lo que deriva de su misión que es asesorar y nada más, ya que quien resuelve es el magistrado, que en su debido momento examinará los hechos alegados, estudiando la prueba producida conforme a las reglas de la sana crítica y estableciendo la mayor fuerza de convicción, es decir que la libertad de apreciación de la prueba que tiene el juez no desaparece o se limita por

tratarse de una pericia y puede apartarse de sus conclusiones, pero no se trata de algo antojadizo o arbitrario. Las normas procesales en vigencia exigen que el dictamen contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y los principios científicos invocados y demás elementos de convicción que la causa contenga. Sólo en el caso de que surjan de la pericia conclusiones infundadas o defectos evidentes que quiten fuerza a la mencionada prueba podrá el juez apartarse de la misma.

Del análisis de la causa y fundamentalmente de las conclusiones vertidas por el *a quo* no encuentro elementos suficientes como para apartarme de las mismas.

En efecto, es acertado el hecho de que el experto al efectuar la deflación del monto de las reparaciones estableció una suma superior a la reclamada por el quejoso. Sin perjuicio de ello, procedí a realizar el reajuste de dicho monto tomando no solamente el determinado por el perito en su dictamen sino también la suma deflacionada a la fecha de producido el siniestro. Los cálculos obtenidos arrojan resultados levemente dispares con los justipreciados por el sentenciante, que de ninguna manera justifican la modificación de lo establecido en la sentencia recurrida.

Con relación al rubro desvalorización del automotor no surge de los agravios que el quejoso haya dado cumplimiento a las disposiciones consagradas por el art. 265 del Cód. Procesal por cuanto el mismo señala los agravios que la sentencia le causa en ese aspecto pero en modo alguno los fundamentos jurídicos de su pretensión, ni intenta demostrar que lo resuelto sea contrario a derecho.

Sin perjuicio de ello y teniendo en cuenta que el sentenciante fundamentó su decisorio en el porcentaje establecido por el experto (7 %), como asimismo la magnitud de los daños sufridos por el rodado del accionante y considerando que ellos en nada afectan la mecánica del automotor, estimo justo el monto otorgado por tal concepto.

En lo que hace al agravio referido el monto otorgado en concepto de daño moral, debe advertirse que la reparación del mismo exige la presencia de una aflicción seria, y no tan sólo de inconvenientes o molestias, puesto que no ha sido pensada por el legislador como un medio para engrosar la indemnización del menoscabo patrimonial. Es decir, que el daño moral es aquel que no tiene efectos sobre el patrimonio, pero que afecta a la persona

que lo sufre en sus intereses, tutelados por la ley. La reparación del daño moral debe determinarse ponderando esencialmente los sufrimientos de quien lo padece y no mediante el establecimiento de una proporción que lo vincula con los otros daños cuya indemnización se reclama.

A fin de obtener el *quantum* correspondiente es necesario establecer su verdadera naturaleza. En relación a ello y en contradicción a lo sostenido por el *a quo* esta Sala entiende que el daño moral tiene carácter ejemplarizador, es decir, que se trata de reprobar la conducta ilícita llevada a cabo por el autor del hecho dañoso y ello es así, por cuanto el dolor no es susceptible de ser medurado ni se calma o desaparece por una compensación de orden económico, lo cual lleva a concluir que la norma encuentra su fundamento en tanto se la enfoque no desde la óptica de la víctima o de sus sucesores sino desde el lado del ofensor cuyo castigo es de trascendental importancia para la sociedad, quien tiene indudable interés en evitar la producción de hechos dañosos.

De allí que teniendo en cuenta lo sostenido *ut supra*, el tipo de lesiones sufridas y los fundamentos vertidos por el quejoso, considero que los agravios deben ser desestimados.

Cuestiona el quejoso el rechazo que el sentenciante efectuara respecto al desdoblamiento de los rubros: privación de uso y gastos de movilidad.

El automotor, por su naturaleza, está destinado al uso, el cual satisface —o puede satisfacer— necesidades espirituales y materiales. Está incorporado al *modus vivendi* y, en consecuencia, su privación ocasiona un daño resarcible.

Corresponde tener en cuenta para la fijación de la cuantía, la compensación que se produce al evitarse los gastos que tendrían que haber efectuado los accionantes, de haber dispuesto del automóvil dañado, como los de nafta, aceite, cubiertas, etcétera. Es decir, que durante el lapso de indisponibilidad del rodado, se ha producido en el patrimonio del actor una suerte de compensación del daño con el beneficio.

Lo hasta aquí sostenido lleva a concluir que si se incluye en la condena una suma por privación de uso del automóvil, debe desestimarse el reclamo por lo gastado en otros medios de transporte, pues aquel resarcimiento se acuerda precisamente por lo que pudo haber gastado en otros medios de transporte, en razón de dicha privación.

La última queja está referida al monto otorgado en concepto de gastos varios.

Si bien los gastos ocasionados por la atención médica y compra de medicamentos no necesitan de una prueba concluyente en razón de su absoluta necesidad y de la dificultosa obtención de esos medios probatorios, deben guardar adecuada relación con el accidente sufrido, magnitud de las lesiones producidas y tratamiento a que debió ser sometida la víctima, de manera que resulte verosímil su desembolso, correspondiendo acceder en ese caso a su reclamo, sin que obste a ello la asistencia hospitalaria, dados los gastos que debe soportar el enfermo durante su asistencia en el nosocomio y su posterior tratamiento de recuperación. Es decir, que los gastos de farmacia no acreditados deben guardar relación con las lesiones sufridas. Ello no implica que se compadezcan con la magnitud de la incapacidad resultante, que podrá o no existir según las secuelas, sino con el tratamiento y su duración.

En virtud de ello y los fundamentos vertidos por el *a quo* considero equitativa la suma otorgada como resarcimiento por el presente ítem.

Por las razones expuestas, propongo confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios. Costas a la parte vencida (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Mc Garrell y Cipriano, por las consideraciones expuestas por el doctor Achával, adhieren al voto que antecede.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el tribunal decide confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios. Costas a la parte vencida (art. 68, Cód. Procesal). Aprobada la liquidación definitiva, se procederá a regular los honorarios correspondientes a la alzada. Marcelo J. Achával - Archibaldo P. Mc Garrell - Néstor A. Cipriano (*Secr.*: Carlos A. Domínguez)*.

PROPOSICIONES

1) Según el criterio del fallo, ¿cuál es la función del perito en el proceso?

* CNEspCivCom, Sala III, 23/3/86, "Montalbo, R. H. c/Beracha, V. N.". ED, 118-408.

- 2) ¿Puede el juez apartarse del dictamen pericial?
- 3) ¿Cómo debe el juez valorar la pericia?
- 4) ¿Cuándo debe hacerlo?
- 5) ¿Conoce algún supuesto en que las conclusiones de los peritos sean vinculantes para el juez?
- 6) ¿Cómo se notifica a las partes el traslado de la pericia?

71. MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

El doctor Alberti dijo:

1º) Actor, demandado y una tercera persona constituyeron una sociedad irregular que al momento de su disolución mantenía una deuda con La Territorial Cía. Argentina de Seguros, de ₳ 11.890,74.

Se convino entonces cancelar ese pasivo mediante tres cuotas mensuales, iguales y consecutivas. Dijo el actor, en su demanda del 21/3/88, que sólo él fue quien abonó estas tres cuotas, y reclamó en este pleito la parte proporcional correspondiente al demandado.

El accionado resistió la pretensión el 16/5/88, y argumentó que de la prueba documental anejada en el expediente no cabría inferir que el actor efectuase pagos a la compañía aseguradora, sino que las entregas fueron percibidas por el “Estudio Licar”, quien extendió los recibos.

La sentencia del 6/7/89 —correctamente precedida de la certificación sobre su término que prescribe el art. 118, reglamento del fuero— acogió lo demandado. Consideró el magistrado sentenciante que la existencia de la deuda con la aseguradora quedó probada mediante el documento copiado en fs. 7 vta., y que de las probanzas confesionales y testimoniales se derivaba la práctica de aquella preexistente sociedad irregular de efectuar sus pagos al mencionado “Estudio Licar”. Admitió pues el *a quo* que los pagos efectivizados a ese “Estudio” fueron idóneos, y que en consecuencia correspondió al demandado reponer al actor parte de dichos egresos, proporcional con su participación en la sociedad; monto al cual se adicionaría la pertinente actualización.

Apeló el accionado esta decisión el 3/8/89; y sustentó su queja el 29/9/89 mediante la pieza de fs. 101/2, no contestada por el actor.

El 2/11/89 la Sala "llamó los autos para sentencia" y quedó habilitada para decidir.

2º) Dos capítulos contiene la impugnación del 29/9/89; uno denominado "cuestionamiento procesal" y otro "cuestionamiento sobre el fondo del asunto". Los atenderé sucesivamente.

A) El denominado "cuestionamiento procesal" es inatendible para esta Cámara; pues controvierte el ejercicio de facultades ordenatorias e instructorias del magistrado (atribuyéndole haber practicado medidas oficiosas que constituyeron una virtual suplencia o auxilio en el cumplimiento de las cargas probatorias propias de la parte actora) que no me parecen revisables en sí propias.

B) Por lo demás, y desde el punto de vista de la sustancia de este denominado "cuestionamiento procesal" (si se me permite la relativa licencia de hablar de *sustancia* en un tema que por la propia adjetivación es todo instrumental), no hallo que las medidas ordenadas en el decr. 24/11/89 excedan de la incumbencia regular del magistrado en el ejercicio de su actividad de conocer el conflicto propuesto en el pleito.

Digo esto porque ese decreto no ha suplido la carga indeclinablemente subjetiva de los litigantes de proponer el material de juicio, constituido acá por recibos agregados en la causa. Sucedió que el juez, ante la inferible hesitación que los elementos de juicio producidos en torno a ese material instrumental hubieran dejado en su ánimo —cual yo imagino—, dispuso medidas para aprehender más analíticamente lo que había sido ya sometido a la controversia. El magistrado ha indagado para confirmar; pero no ha inquirido para averiguar. En la diferencia entre uno y otro concepto, ciertamente que muy sutil y delicada, se halla el límite del ejercicio regular de las atribuciones respecto del exceso en dicha actuación judicial.

Estimo pues que la primera de las impugnaciones no es procedente.

3º) El "cuestionamiento sobre el fondo del asunto" se funda en la afirmación liminar de no ser susceptible de acreditación "la efectiva percepción de pagos por parte de una persona jurídica" sino mediante el "cotejo de los libros de comercio respectivos que en legal forma debe llevar y no de meras manifestaciones de

quien responde el oficio a través del cual se materializó la medida para mejor proveer”.

Esta formulación encierra una petición de principio, errónea ella misma en mi parecer, y de otro lado se apoya en una tardía puesta bajo sospecha de una pieza producida en la causa.

A) Digo lo primero porque el pago, en tanto acontecer históricamente consumido, *no* tiene como único medio probatorio la peritación contable sobre libros de comercio. Esta aseveración mía se sustenta fácil y claramente en la observación de que la prueba de los contratos mismos, que son previos y más importantes que el pago que sigue a la negociación, puede ser efectuada con los varios elementos mencionados en el art. 208 del Cód. de Comercio. Por congruencia con lo cual es insostenible pretextar que un efecto de la negociación tuviera una sola, delimitada y legal forma de prueba. La consecuencia a que conduce el discurso de la parte demandada impugnante revela la falacia del presupuesto que acabo de referir.

B) De otro lado, no es permisible que bajo la expresión de suspicacia que anida en la puesta en duda de la idoneidad probatoria de una respuesta escrita recibida por el tribunal (que se dice insuficiente aseverándose ha debido recurrirse a los libros de comercio de la entidad informante), se pase sobre el régimen procedimental de impugnación de las informaciones aportadas escriturariamente al expediente judicial. El oficio incorporado en fs. 82 y “hecho saber” a las partes el 21/12/88, pudo ser objeto de cuestionamiento tempestivo en su instancia, y entonces el magistrado hubiera procedido según el art. 403 del Cód. Procesal y requerido la sustentación del contenido de esa respuesta mediante el aporte de los libros de comercio de la informante. Omitido aquello, es ahora tardío (y por ende inaudible), manifestar duda sobre la eficacia del contenido de la información escrita, mediante la indirecta forma de pretextar ser necesario haber exhibido los elementos matrices u originarios. Justamente la información requerida y recibida mediante oficios fue el elemento portante o transmitente de aquella base. Pienso yo, por derivación, que la segunda de las cuestiones propuestas por la defensa tampoco procede.

4º) De lo cual se sigue, en mi parecer, que la apelación de la parte demandada debe ser desestimada, y confirmada la aludida sentencia del 6/7/89; con imposición de sus propias costas a la

parte demandada apelante frustrada (art. 68, Cód. Procesal). Nada más.

Los doctores Cuartero y Arecha adhieren al voto precedente.

Concluida la deliberación los jueces de Cámara acuerdan: *a*) confirmar la sentencia apelada de fs. 93/4; *b*) imponer sus propias costas a la demandada apelante frustrada (art. 68, Cód. Procesal) y *c*) diferir la consideración de los honorarios hasta ser regulados los correspondientes a la primera instancia. Felipe M. Cuartero - Martín Arecha - Edgardo M. Alberti (*Secr.*: Gerardo G. Vassallo)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Cuál fue la cuestión planteada en el proceso?
- 2) ¿Qué resolvió la sentencia de primera instancia?
- 3) ¿En qué consisten las medidas para mejor proveer?
- 4) ¿Qué límites tiene el juez para decretar medidas para mejor proveer?
- 5) ¿Que distinción realiza el tribunal a fin de establecer qué medidas son admisibles y cuáles no?
- 6) ¿Cómo se notifica una medida para mejor proveer dictada cuando se encuentra firme el llamado de autos para dictar sentencia?
- 7) ¿Qué efectos tienen las medidas para mejor proveer sobre el plazo para que el juez dicte la sentencia?
- 8) Según el criterio del tribunal ¿por qué medios de prueba puede acreditarse el pago?
- 9) ¿Cuándo debió cuestionarse el oficio incorporado a fs. 82 –según la opinión del tribunal–?

* CNCom, Sala D, 15/12/89. "Calvo, R. L. c/Coedo, G. P.", *ED*, 15/5/90.