

CAPÍTULO VIII
APELACIÓN LIBRE
(Continuación)

1. Cargas paralelas a la expresión de agravios
2. Fundamentación de las apelaciones diferidas
3. Replanteo de medidas probatorias
4. Presentación de documentos
5. Confesión judicial
6. Apertura a prueba
7. Trámite de la prueba
8. Llamamiento de autos

Capítulo VIII

APELACION LIBRE

(Continuación)

SUMARIO: 1. Cargas paralelas a la expresión de agravios. 2. Fundamentación de las apelaciones diferidas. 2.1. Generalidades. 2.2. Forma de la fundamentación. 2.3. Trámite. 3. Replanteo de medidas probatorias. 3.1. Requisitos para la admisión. 3.2. Trámite. 4. Presentación de documentos. 4.1. Condiciones de admisibilidad. 4.2. Trámite. 5. Confesión judicial. 6. Apertura a prueba. 6.1. Casos en que puede pedirse. 6.1.1. Análisis de las hipótesis legales. 7. Trámite de la prueba. 7.1. Pedido de apertura. Oportunidad. Sustanciación. 7.2. Término para el ofrecimiento y la producción. 7.3. Término extraordinario. 7.4. Recepción de la prueba. 7.4.1. Actos de prueba. 7.5. Alegatos. 7.5.1. Informe *in voce*. 8. Llamamiento de autos.

1. CARGAS PARALELAS A LA EXPRESION DE AGRAVIOS

Además de la obligación de expresar agravios, la ley impone otras cargas al apelante. Están enumeradas en el artículo 260, C.P.N.:

“Dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo anterior y en un solo escrito, las partes deberán:

1º) Fundar los recursos que se hubieren concedido en efecto diferido. Si no lo hicieren, quedarán firmes las respectivas resoluciones;

2º) Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna;

3º) Presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos;

4º) Exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior;

5º) Pedir que se abra la causa a prueba cuando:

a) Se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365, o se tratare del caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 366;

b) Se hubiese formulado el pedido a que se refiere el inciso 2º de este artículo”.

El precepto introduce un régimen novedoso en relación con los anteriores ordenamientos procesales de la Nación y con los de las provincias que no siguieron el modelo de la ley 17.454. No estamos seguros que la acumulación de cuestiones tan diversas en un mismo acto sea técnicamente acertada, habida cuenta del escaso tiempo otorgado al litigante para cumplir una cantidad considerable de cargas, cuya omisión conduce a la pérdida de derechos significativos para la suerte del pleito.

Las condiciones en que la norma opera son las siguientes:

a) El plazo para cumplirla es de cinco días a partir de la notificación de la providencia de trámite.

b) La caducidad de los actos no ejecutados sobreviene por el mero transcurso del término.

c) Todas las fundamentaciones, indicaciones, peticiones, etc., deben proponerse en un solo escrito. ¿Ha de ser este escrito independiente o no de la expresión de agravios? Cuadrao se pronuncia por la afirmativa ⁽¹⁾. Palacio reflexiona que no hay obstáculo para que se formulen en el mismo escrito ⁽²⁾. Por nuestra parte, entendemos que si bien la ley no prohíbe concentrar en un solo acto la expresión de agravios y las cargas del artículo 260, ello contribuiría a incrementar la confu-

⁽¹⁾ *Ob. cit.*, p. 308.

⁽²⁾ *Ob. cit.*, V, p. 276. Conf.: FASSI, vide *infra*, § 3.2.

sión, por lo que recomendamos instrumentarlas en escritos separados. La cuestión ha sido resuelta categóricamente en el sentido opuesto por el código de *Santa Fe*, cuyo artículo 369 dispone: "En los mismos escritos, podrán las partes pedir que se reciba la causa a prueba..." Desde luego, en el régimen santafesino no existe la acumulación de cargas impuestas en el C.P.N., salvo la petición de apertura a prueba de la alzada, por lo que la tarea del litigante no es tan gravosa. El código de *Córdoba* sigue el mismo criterio: "La apertura a prueba será solicitada en los escritos de expresión de agravios o de contestación..." (artículo 1141).

2. FUNDAMENTACION DE LAS APELACIONES DIFERIDAS

2.1. Generalidades.

El tema se insinuó al estudiarse las formas y efectos del recurso en relación ⁽³⁾ y se abordará otra vez al considerarse la oportunidad de fundar los recursos otorgados de ese modo ⁽⁴⁾. Dada la metodología del código es inevitable incurrir en reiteraciones, siquiera parciales. Dijimos entonces que las apelaciones con efecto diferido que se otorguen en los procesos ordinarios y sumarios, deben fundarse en la oportunidad indicada por el artículo 260. Palacio aclara que también habrán de fundarse los recursos *no otorgados*, puesto que no se halla previsto el recurso de queja por apelación denegada (con efecto diferido): “Frente a la denegatoria —dice— corresponde que el apelante, al fundamentar el recurso en segunda instancia, lo haga desde el doble aspecto de su admisibilidad y de su fundabilidad” ⁽⁵⁾. Passi sostiene un criterio distinto: el tratamiento de las apelaciones diferidas “supone que éstas fueron oportunamente concedidas en primera instancia. De lo contrario, quedó firme el auto apelado, si la parte no dedujo en aquella oportunidad el correspondiente recurso de queja” ⁽⁶⁾. Adherimos, por las razones dadas en su momento, a la solución propuesta por Palacio.

⁽³⁾ Cap. V § 2.3.2.

⁽⁴⁾ Cap. IX, § 2.

⁽⁵⁾ *Ob. cit.*, V, p. 277.

⁽⁶⁾ *Ob. cit.*, I, p. 707.

2.2. Forma de la fundamentación.

El objeto de los memoriales que fundan los recursos con efecto diferido es el mismo que el de la expresión de agravios: demostrar que la decisión recurrida es injusta y causa perjuicio al apelante. Por ello deben reunir los mismos requisitos, y su insuficiencia tiene idénticos efectos: la pérdida de la impugnación.

2.3. Trámite.

El artículo 261, C.P.N., dispone que de las presentaciones y peticiones a que se refieren los incisos 1º, 3º y 5º, inciso a, del artículo anterior, se correrá traslado a la parte contraria, quien deberá contestarlo dentro del quinto día (7). El traslado se notifica por nota y su objeto, obviamente, es proporcionar a la otra parte la oportunidad de oponerse a la fundamentación de las apelaciones otorgadas con efecto diferido (inciso 1º), a la agregación de documentos (inciso 3º) y a la admisión de hecho nuevo (inciso 5º, a). Se explica la omisión del inciso 2º, dice Cuadrao, porque como él mismo indica, la petición de medidas probatorias denegadas en primera instancia se resuelve sin sustanciación, y la del inciso 4º, por la naturaleza de la prueba, cuya oposición se resuelve en el acto de la audiencia (8).

Con la contestación del traslado —o sin ella, vencido el plazo—, el tribunal se pronunciará sobre las cuestiones a que se refieren el artículo 260 y siguientes, debiendo verificarse dicho pronunciamiento antes de llamarse los autos para el dictado de la sentencia definitiva (artículo 268, C.P.N.) (9).

(7) La ley 22.434 sólo modificó el texto anterior sustituyendo la frase "dentro de quinto día" por "dentro del quinto día".

(8) *Ob. cit.*, p. 309.

(9) Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, p. 278: "En oportunidad de resolver el tribunal puede: 1º) Declarar bien denegado el recurso por el juez de

La doctrina ha llamado la atención sobre la influencia que en el resultado definitivo del pleito puede tener la admisión de un recurso en efecto diferido y la imposibilidad de alegarlo al expresar agravios sobre lo principal. De hecho, la expresión de agravios debe presentarse antes que la apelación diferida sea resuelta, es decir, en circunstancias en que el apelante todavía desconoce la solución acordada a esta última y, como es obvio, no podrá fundar su memorial en meras expectativas: "Puede intentarse esbozar una solución a ese problema —dicen Enrique Luis Saggese y Osvaldo J. Pérez Cortés—. La simple existencia de recursos de apelación con efecto diferido no basta para justificar que se acceda a la ampliación o rectificación de la expresión de agravios, pero es evidente que en caso de revocarse una providencia de primera instancia, las partes, y principalmente la vencedora en ese aspecto, tienen derecho a analizar el punto. La forma de llegar a ese resultado puede estar dada por los mismos términos del Código. El citado artículo 268 exige que el llamamiento de autos se encuentre consentido para que el expediente pase a acuerdo y, en el ínterin, nada se opone a que el litigante solicite que se le permita adecuar su expresión de agravios a la luz de la nueva situación. El tribunal, si considera que el resultado de los recursos en efecto diferido puede incidir —aunque sea parcialmente— sobre el fondo del asunto, entendemos que permitirá aquella impugnación al peticionario, resguardando la igualdad de las partes al conferir un nuevo traslado de esa presentación a la contraria" ⁽¹⁰⁾.

primera instancia; 2º) Declararlo mal denegado pero infundado; 3º) Declararlo fundado..." Se refiere, por cierto, a las apelaciones diferidas.

⁽¹⁰⁾ *El recurso de apelación concedido en relación y con efecto diferido y la expresión de agravios*, J. A., Doctrina, 1969-565.

3. REPLANTEO DE MEDIDAS PROBATORIAS

En orden a la idea de que la segunda instancia no importa un nuevo juicio, sino solamente la verificación de la justicia de la sentencia en base a los elementos reunidos por el *a quo*, sólo excepcionalmente se permite presentar ante la alzada nuevas pruebas o intentar reproducir las que fracasaron en primera instancia ⁽¹¹⁾. Por ende, el replanteo procede en los juicios ordinarios y sumarios, donde la apelación se concede libremente, y no en los ejecutivos ⁽¹²⁾; en éstos, corresponde la apelación con efecto diferido y si el respectivo recurso no se ha interpuesto, la prueba se pierde definitivamente ⁽¹³⁾.

3.1. Requisitos para la admisión.

a) Ha de tratarse de pruebas no admitidas en primera instancia o perdidas por negligencia injustamente declarada, pues el replanteo sólo resulta viable cuando hubo negativa a proveerlas o cuando la negligencia decretada no fue oportuna ⁽¹⁴⁾. Ello excluye la posibilidad de introducir pruebas no ofrecidas ante el *a quo* ⁽¹⁵⁾ (salvo lo autorizado en los incisos 3º y 5º, ap. a, del artículo 260), ya que la ley es concluyente respecto de la

⁽¹¹⁾ CNCiv., sala A; Rep. La Ley, XXXVIII 1232, sum. 30.

⁽¹²⁾ Conf.: MORELLO - PASSI LANZA - SOSA - BERZONCE, *ob. cit.*, III, p. 428.

⁽¹³⁾ PASSI, *ob. cit.*, I, p. 710.

⁽¹⁴⁾ CNCiv., sala F; J. A., 1977-I, síntesis; La Ley, 1976-B, 431 (Nº 33.484-S); etc.

⁽¹⁵⁾ CNCiv., sala C; ED, 26-430.

inadmisibilidad de promoción de pruebas que no hayan sido articuladas por las partes en sus escritos respectivos, criterio restrictivo que debe privar en la alzada, dado que no es éste el medio idóneo para suplir deficiencias que la inactividad o negligencia de la parte ha ocasionado (¹⁶).

No hay acuerdo en la doctrina acerca de la necesidad de haberse previamente interpuesto recurso de apelación contra el auto denegatorio de prueba en primera instancia, para que se admita el replanteo en la segunda. Fassi se inclina por la afirmativa: "Aun cuando de la norma no surge que para el replanteo se requiera la interposición de recurso previo en primera instancia, ello surge de la Exposición de Motivos, en que se establece que el respectivo escrito debe presentarse dentro del plazo de cinco días que es común para todas las apelaciones" (¹⁷). Morello - Passi Lanza - Sosa - Berizonce, refiriendo al mismo precepto del código de *Buenos Aires* y citando jurisprudencia de esa provincia, sostienen: "Dicha norma forma parte de una técnica procesal destinada a favorecer una concreta aplicación del principio de celeridad. Así se evita la apelabilidad directa del auto que deniega la producción de una prueba..." (¹⁸). César D. Yáñez Álvarez, por su parte, admite que "en el nuevo sistema el recurso de apelación ha sido sustituido en cierto modo con el instituto del *replanteo* de pruebas en la alzada, sea que hayan sido denegadas o medie declaración de negligencia en primera instancia" (¹⁹). Pero entre las posiciones de Fassi y de Morello introduce una inquietud interesante, compartida también por la jurisprudencia: ¿La

(¹⁶) CNCiv., sala B; J.A., 1976-II, p. 344.

(¹⁷) *Ob. cit.*, I, 466.

(¹⁸) *Ob. cit.*, III, 425.

(¹⁹) *Inimpugnabilidad de las resoluciones sobre producción de las pruebas*; J.A., Doctrina - 1969, p. 576.

inapelabilidad declarada por el artículo 379, C.P.N., respecto de las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas, comprende sólo las pruebas ingresadas regularmente, o a toda otra cuestión, aunque fuese mediatamente referida a la prueba? Supongamos, dice el autor, que el escrito de ofrecimiento se devuelva por el juzgado en el entendimiento de que se presentó fuera de término. En el caso, la materia principal a decidir “no es precisamente la prueba en sí, sino la oportunidad del ofrecimiento... La resolución contraria a la pretensión del litigante puede causar gravamen irreparable, a la vez que no sería factible su subsanación por vía del mencionado *replanteo* en la alzada por no encuadrar en su ámbito normativo. Por ello, pensamos que no corresponde la aplicación analógica a estos casos, sino, por el contrario, decidir por la apelabilidad de tales decisiones de acuerdo a los principios generales (arts. 242 y ss.)” (20). La CNEspecial Civil y Comercial, sala VI, adhiere a la solución propuesta: “Cuando la controversia se refiere al derecho a ofrecer prueba en su totalidad y no a cuestiones sobre producción, denegación y sustanciación de pruebas ya ofrecidas en su oportunidad, el replanteo en segunda instancia de acuerdo al artículo 260, inciso 2º del Código Procesal, es improcedente, ya que esta norma se refiere exclusivamente a los casos en que medie negativa de alguna medida probatoria (art. 379) o declaración de negligencia (art. 285, *in fine*)” (21).

Conforme entonces a este último criterio y atendiendo a que el sistema del código no autoriza el replanteo indiscriminado de pruebas no producidas en

(20) YÁÑEZ ALVAREZ, César D., *loc. cit.*

(21) Rep. La Ley, XXXV, 1368, sum. 62.

primera instancia ⁽²²⁾, el instituto funciona del siguiente modo:

Las resoluciones del primer juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas, son inapelables; pero en caso de que la decisión fuese denegatoria de alguna medida, el interesado podrá insistir cuando el expediente llega a la alzada por apelación de lo principal (art. 379) ⁽²³⁾. Razones de justicia y celeridad ⁽²⁴⁾ informan el precepto, tendiéndose a evitar que las actuaciones vayan varias veces a la cámara durante el período instructorio.

Respecto de la negligencia, el artículo 385 C.P.N. dispone que se la rechazará, sin recurso alguno, cuando: I) La prueba se hubiere producido y agregado antes de vencer el plazo para contestarla; II) Se la formule —en cuanto a la absolución de posiciones y la testimonial— antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia; III) Se la formule —en cuanto a la pericial— antes de que hubiere vencido el plazo para presentar la pericia. Fuera de los casos mencionados, cuya enumeración es taxativa ⁽²⁵⁾, el primer juez puede o no hacer lugar a la negligencia, según estime corresponder; pero si hace lugar, el perjudicado tiene expedita en la alzada la petición de que se reciba la prueba en relación a la cual

(²²) La apertura a prueba en 2ª instancia es un arbitrio de excepción y su procedencia debe examinarse con un criterio estricto y a la vez justo; CApel. Civ. y Com. Lomas de Zamora; J.A., 1976-IV, p. 114, síntesis.

(²³) La ley 22.434 sustituyó la expresión “irrecurribles” por “inapelables”.

(²⁴) Si se invocan hechos conducentes que hacen a la cuestión a decidir en la 2ª instancia, no habiendo tenido quien ofrece la prueba, oportunidad de ofrecerla y producirla por la tramitación impresa por el *a quo* al proceso, es de aplicación la doctrina del art. 260, inc. 2º C. Pr. en cuanto tiende a satisfacer una exigencia de justicia frente a la eventualidad de una errónea apreciación del pedido, al propio tiempo que por su técnica favorece la concreta aplicación del principio de celeridad (CNEsp., sala V; J.A., Rep. 1976, p. 454).

(²⁵) Conf.: CNApel. Civ., sala F; J. A., 1977-I, síntesis.

fue declarado negligente. La solicitud será acogida siempre que, según dijimos, la declaración de negligencia fuese injusta, a juicio del tribunal.

Una interpretación literal del último párrafo del artículo 385, C.P.N., autorizaría a suponer que en la alzada también puede replantearse el rechazo de la negligencia, mas el texto del artículo 260, inciso 2º, deja sin sustento tal interpretación.

b) El interesado en el replanteo está obligado a fundarlo ⁽²⁶⁾. Ello así, porque la denegatoria del primer juez, o la declaración de negligencia, no hacen automáticamente procedente la admisión de la prueba en segunda instancia ⁽²⁷⁾. Por el contrario, una decisión adversa del *a quo* crea la presunción de que la medida ha sido justamente desechada, presunción que debe destruir el interesado conforme a las reglas previstas para el contenido de la expresión de agravios ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Conf.: MORELLO - PASSI LANZA - SOSA - BERIZONCE, *ob. cit.*, III, p. 426; FASSI, *ob. cit.*, I, p. 710.

⁽²⁷⁾ En virtud de que el art. 260, inc. 2º del Cód. Procesal, no puede ser aplicado automáticamente, la parte interesada debe dar argumentos referidos a su falta de desidia, desinterés o demora en la producción de la prueba, criticando, consecuentemente, la apreciación que de su conducta haga el auto declaratorio de negligencia. Ello es así, en virtud de que no procede el replanteo en segunda instancia de pruebas perdidas en primera a causa de una real negligencia del peticionante; no basta por lo tanto, una presentación de este último limitándose a solicitar la producción de determinadas pruebas (CNCom., sala C; *La Ley*, 156-808; Nº 31.644-S).

⁽²⁸⁾ El art. 260, inc. 2º, Cód. procesal, exige que la petición mediante la cual se replantee la producción de pruebas en la alzada debe ser fundada. En consecuencia el escrito en que lo formule debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución recaída en primera instancia, señalando sus errores en forma similar a lo que ocurre tratándose de un memorial o una expresión de agravios (J. A., 1977-I, p. 100, síntesis).

3.2. Trámite.

El replanteo debe proponerse dentro del quinto día de notificada la providencia de trámite, y será resuelto sin sustanciación. Obviamente, contra la decisión de la cámara al respecto, no cabe recurso alguno. Nos parece que la norma, en este punto, hiere los principios de igualdad y bilateralidad desde que, para resolver, el tribunal oye sólo a una de las partes en cuestión esencial para la solución del pleito.

Fassi señala que el replanteo de las distintas cuestiones debe formularse en un solo escrito, junto con la fundamentación de las apelaciones diferidas, si las hubiere ⁽²⁹⁾. Pero ese escrito —conforme la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires— debe ser autónomo y distinto de la expresión de agravios ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 707.

⁽³⁰⁾ SC Buenos Aires; Rep. *La Ley*, XXXVI, 1106, sum. 56: Además, el término para su presentación corre juntamente con el de la expresión de agravios (De los votos de los Dres. Iriart, Althabe y Sarra-bayrouse Varangot).

4. PRESENTACION DE DOCUMENTOS

Puede ocurrir que después de llamados los autos para sentencia por el juez de primer grado, cualquiera de las partes se imponga de documentos que, teniendo relación con el litigio, no puedan ya ser ofrecidos como prueba al inferior. Dado que la ley tiende, en lo posible, a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos sin afectar el derecho de defensa, sería contrario a tal principio descartar elementos de convicción fundamentales para la solución del caso. De ahí que, concurriendo circunstancias que ya veremos, se admite la agregación de documentos en segunda instancia. Lógicamente, debe tratarse de pruebas no ofrecidas en la primera, ya que entonces no se podría alegar que son posteriores o desconocidos, por lo que no corresponde admitir documentos que se dicen extraviados.

Asimismo, discrepamos con Fassi respecto de que la afirmación de no haber tenido antes conocimiento de los documentos “no puede hacerse por primera vez en segunda instancia”⁽³¹⁾: si tenemos en cuenta que después del llamamiento de autos para sentencia queda cerrada toda discusión y no puede presentarse más escritos ni producirse más pruebas (artículo 484, C.P.N.), es obvio que la primera oportunidad de invocar el desconocimiento sobrevendrá en la alzada.

(³¹) *Ob. cit.*, I. p. 712.

4.1. Condiciones de admisibilidad.

Para que el tribunal de alzada entre a considerar documentos no presentados al inferior, éstos deben reunir una de las dos condiciones exigidas por la ley: que sean de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia o, siendo anteriores, que el interesado en la admisión afirme no haber tenido antes conocimiento de ellos.

Compartimos con Palacio el criterio de que no basta, en este último caso, la mera afirmación del oferente: ella “debe ir acompañada de la enunciación de razones suficientes y verosímiles que sustenten el pedido, ya que de lo contrario, aparte de facilitarse actitudes reñidas con los deberes de lealtad y buena fe, resultaría desvirtuado el carácter excepcional que reviste la posibilidad de aportar elementos probatorios en segunda instancia” ⁽³²⁾.

4.2. Trámite.

A diferencia de lo que ocurre con el replanteo de las medidas probatorias —diferencia que no justificamos— la ley prescribe expresamente la sustanciación del pedido de admisión de documentos. El artículo 261, C.P.N., recordémoslo, dispone que de las presentaciones y peticiones a que se refieren los incisos 1º, 3º y 5º a, del artículo anterior, se correrá traslado a la parte contraria quien deberá contestarlo dentro del quinto día.

⁽³²⁾ *Ob. cit.*, V, 282. Conf.: CNCiv., sala C: La prueba documental en la alzada procede sólo en los supuestos contemplados en el inc. 3º del artículo 260, C. Pr., ya que el criterio que rige sobre el particular es restrictivo (J. A., Rep. 1976, p. 454, síntesis).

El traslado, naturalmente, debe practicarse con copias, empezando el término para contestarlo el día siguiente al de la notificación por nota.

Sin perjuicio de la facultad del tribunal para rechazar de oficio los documentos cuya agregación se pretenda, la parte contraria puede oponerse fundada-mente a la misma. En caso de negarse la autenticidad de instrumentos privados, deberá abrirse a prueba la instancia ⁽³³⁾ y, tratándose de instrumentos públicos, procederá el trámite de la redargución de falsedad.

(³³) *Conf.*: PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 283.

5. CONFESION JUDICIAL

El inciso 4º del artículo 260, C.P.N., autoriza a exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior.

Dos son los requisitos para su admisibilidad:

a) Que la prueba se hubiera producido en primera instancia.

b) Que los hechos sobre los cuales verse sean distintos de los que ya fueron absueltos.

La segunda exigencia se halla claramente expresada en la ley por lo que no admite dudas interpretativas, pero no ocurre lo mismo con la primera. Palacio⁽³⁴⁾, Morello⁽³⁵⁾ y la mayoría de la jurisprudencia, coinciden en que no procede la confesional en los términos del artículo 260, inciso 4º, C.P.N., si no se produjo prueba de esa índole en la instancia de primer grado. Sin embargo, la CNCiv., sala A resolvió que el derecho a poner posiciones en la alzada es independiente de que se haya o no ejercitado en primera instancia o de la suerte que allí hubiese corrido la prueba⁽³⁶⁾. El Dr. de Abelleira, en disidencia, sostuvo el criterio contrario —que compartimos— puesto que, como se dijo en el voto minoritario, si las posiciones no fueron absueltas por haber mediado

(³⁴) *Ob. cit.*, V, p. 284.

(³⁵) *Ob. cit.*, III, p. 432.

(³⁶) ED, 29-128.

negligencia (por ejemplo), resulta imposible conocer los hechos que quedaron fuera de tal prueba. En otras palabras, sólo se puede saber si un hecho es *distinto* siempre que haya otro con el cual compararlo. Ahora bien, suponiendo que practicada la confesional en primera instancia, deba entrarse a decidir si las posiciones puestas en segunda son distintas, y haya que admitirlas, o son iguales y haya que repelerlas. Surje entonces el problema de la oportunidad en que la decisión se adopta. A nuestro modo de ver, sólo en el acto de la declaración —una vez abierto el pliego— podrá emitirse el criterio del tribunal. Exigir que las posiciones se enuncien con anterioridad a ese acto, importaría desvirtuar el objeto de la prueba, por la conspicua razón de que el absolvente tomaría conocimiento del tenor del pliego con la antelación necesaria para dar respuestas no espontáneas.

Debe tenerse bien claro, por otra parte, que la confesional prevista por el inciso 4º del artículo 260, C.P.N., es *autónoma* de la que autoriza el inciso 5º del mismo artículo, en caso de apertura a prueba de la alzada si se alegaren hechos nuevos ⁽³⁷⁾. Y aunque ambas absoluciones pueden realizarse en un acto único, por motivos de economía procesal, cabe tener presente sus distintos fundamentos. En consecuencia, para admitir la absolución del inciso 4º no es menester abrir la causa a prueba ⁽³⁸⁾.

El código de *Córdoba* también exige el recaudo de que la confesional pedida se refiera a hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de esa prueba en primera instancia, pero en cambio admite, para su ofreci-

(37) PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 285.

(38) PALACIO, *loc. cit.*; MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, *ob. cit.*, III, p. 432.

niento, un plazo más flexible: hasta el decreto que ordene pasar a estudio la causa (artículo 1143).

Por último, y volviendo al régimen de la Nación, la confesional autónoma del artículo 260, inciso 4º, sólo procede en los procesos ordinarios, habida cuenta de la excepción que para los sumarios prevé el artículo 274. La *ratio* de la misma se expresó en la Exposición de Motivos que acompañó a la ley 17.454 (sustanciación del recurso en forma simple y abreviada, en consonancia con la característica de celeridad que es propia de esa clase de juicios) lo que a Cuadrao “no parece muy congruente” (³⁹), pues se trata de la única —y mínima— diferencia entre los procesos ordinario y sumario.

(³⁹) *Ob. cit.*, p. 315.

6. APERTURA A PRUEBA

El principio de que la apertura a prueba en segunda instancia reviste carácter restrictivo, reconoce las excepciones que, en el ordenamiento nacional, instituye el artículo 260, inciso 5°. Advirtamos desde ya que la prueba permitida por este inciso funciona independientemente del replanteo de las diligencias no producidas en primera instancia a que se refiere el inciso 2°, y que ya hemos abordado en el parágrafo 3 y siguientes de este mismo capítulo.

Cabe insistir, sin embargo, en que tratándose la apelación de un instrumento de fiscalización de la sentencia y no de la instancia inferior, en principio, según lo consignaba Costa, no deben existir variaciones en el material del proceso, salvo situaciones muy especiales. La regla se ha consolidado a través del tiempo en la jurisprudencia, declarándose reiteradamente que la apertura a prueba en segunda instancia, por su carácter excepcional, debe ser interpretada en forma restrictiva ⁽⁴⁰⁾.

¿De qué medios de prueba pueden intentar valerse las partes en la alzada? La ley nacional no hace distinciones en relación con la primera instancia, por lo que en principio son los mismos en una y otra etapa. En

⁽⁴⁰⁾ CNCiv., sala F; J. A., 1977-I, síntesis. Conf.: PORDERI, *Tratado de los recursos*, p. 187. COUTURE, afecto a ilustrar sus opiniones con metáforas siempre oportunas y aún hoy actuales, compara el proceso ya con la guerra, ya con el deporte, para fundar su criterio en coincidencia con lo que venimos exponiendo: "Si se admitiera un criterio liberal para

cambio, los códigos de *Salta* (artículo 258) y *Tucumán* (artículo 783) establecen expresamente que en relación a los medios de prueba regirán las mismas disposiciones previstas para la primera instancia.

6.1. Casos en que puede pedirse.

El inciso 5º del artículo 260, C.P.N., prevé tres situaciones en las que la apertura a prueba de la segunda instancia resulta admisible: Cuando se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365; cuando se tratase del caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 366; y cuando se hubiere formulado el pedido a que se refiere el inciso 2º del mismo artículo 260.

La enunciación es taxativa.

El código de *Santa Fe* (artículo 369) también contempla tres casos en los que la causa puede recibirse a prueba: 1º) Que se alegue algún hecho nuevo conducente al pleito, ignorado antes o posterior al término de prueba de la segunda instancia; 2º) Que alguna prueba ofrecida en primera instancia, con arreglo a derecho, no haya sido admitida o por motivos no imputables al solicitante no se hubiere practicado, y 3º) Que se hubieren invocado hechos de difícil justificación, aunque no concurren las circunstancias anteriores. En este caso, el

abrir a prueba la segunda instancia —dice— necesariamente la primera instancia sería una etapa de tanteo y experimentación. Se utilizarían en ella ciertas armas de menor alcance; pero las de mayor eficacia se reservarían para la segunda instancia" (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, III, p. 352). Y poco más adelante agrega: "En el paralelo tantas veces hecho, entre deporte y proceso, este principio (el debate y la prueba se deben agotar en primera instancia) es algo así como la prohibición de reservar las fuerzas para el segundo tiempo. En el proceso, en materia de prueba, es necesario ganar el match en el primer tiempo" (*Ob. cit.*, p. 355).

tribunal decidirá discrecionalmente sobre la necesidad de la apertura a prueba.

La hipótesis del hecho nuevo será revisada al tiempo que hagamos el examen de la norma que le corresponde en el C.P.N. La prevista en el inciso 2º, participa de la naturaleza y finalidades que autorizan el replanteo de las medidas probatorias admitidas por el inciso 2º del artículo 260, C.P.N., estudiadas más arriba. Aparentemente, entre ambos regímenes habría una diferencia significativa, pues mientras en el texto del C.P.N. pueden replantearse medidas respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, en *Santa Fe* parecería exigirse que el interesado no sea declarado negligente. Así, la jurisprudencia de esta provincia insiste en que no corresponde la apertura a prueba en segunda instancia si las probanzas que quieren traerse en la alzada no se produjeron en primera instancia por negligencia de la propia parte (41). En realidad, no existe diferencia alguna: en el régimen del C.P.N., si la cámara advierte que la negligencia fue bien declarada por el juez de primer grado, no autorizará la apertura a prueba en la alzada. Por lo tanto, uno y otro sistema coinciden en admitir el replanteo —magüer la forma en que lo expresan— siempre que la falta de producción en primera instancia obedezca a motivos no imputables al solicitante. La tercera y última hipótesis de la ley santafesina, autoriza la recepción de prueba cuando se hubiesen invocado hechos de difícil justificación, tema que merece mayores precisiones: debe tratarse de hechos cuya demostración en primera instancia se haya visto dificultada por su propia naturaleza (pruebas físicas, químicas, biológicas, etc., de compleja verificación), o por obstáculos emanados de las mismas reparticiones u oficinas encargadas de producir la prueba (ex-

(41) Cám. Paz. Letrada Santa Fe; J., 34-203.

travío de libro o documentos que acrediten el estado civil de las personas, etc.) o mediaren circunstancias análogas, siempre que la demostración de los hechos no se hubiera tornado difícil por la propia negligencia del interesado (⁴²).

El código de *Córdoba* dispone que las partes podrán pedir que se reciba a prueba la causa en los siguientes casos: 1º) Cuando se alegue algún hecho nuevo o conducente al pleito, ignorado antes, o posterior al término de prueba en la primera instancia; y 2º) Cuando algunos hechos, sin embargo de ser pertinentes, no hubieren sido admitidos a prueba en la primera instancia; o por motivos no imputables al solicitante, no se hubiera practicado la prueba por él ofrecida (artículo 1140). Respecto del primer inciso, que coincide exactamente con la previsión de la ley santafesina, volveremos al estudiar el hecho nuevo en el C.P.N. El inciso 2º contempla dos posibilidades: a) Que aun siendo pertinente la prueba ofrecida ante el primer juez, éste no la haya admitido; b) Que la prueba admitida no se haya practicado por motivos no imputables al interesado. Conciernen a estas reglas los mismos comentarios emitidos *supra* al abordar el código de *Santa Fe*.

Los códigos de *Salta* y *Tucumán* (artículos 257 y 782, respectivamente) instituyen un régimen similar al de *Córdoba*.

En general, tanto en los ordenamientos locales como en el nacional, la jurisprudencia ha elaborado pautas casi uniformes para la admisibilidad de la prueba, coincidiéndose en que no cabe la apertura de la segunda instancia si no se ha ofrecido prueba en la primera, o si la prueba ofrecida en la alzada es extraña a los hechos

(⁴²) Cám. CG Santa Fe, sala I; J., 25-218.

invocados por las partes en la demanda y contestación, o si fue correctamente denegada por el juez de primer grado.

Debe, asimismo, desestimársela, si el solicitante pidió en primera instancia que la cuestión se declare de puro derecho ⁽⁴³⁾, o no contestó la demanda y permitió se lo declare rebelde, puesto que en tal caso se hallaría en mejor situación que el litigante que se aviene a discutir, amplia y cabalmente los hechos y el derecho ⁽⁴⁴⁾.

6.1.1. Análisis de las hipótesis legales.

a) El artículo 365, C.P.N., dispone que cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrá alegarlo hasta cinco días después de notificada la providencia de apertura a prueba. Esta es la *oportunidad* a que se refiere el artículo 260.

Transcurrido el plazo de cinco días, pueden ocurrir hechos que, naturalmente, no podrán ya invocarse como hecho nuevo en primera instancia. Por lo tanto, las partes interesadas en alegarlos deberán aguardar a que el expediente llegue a la alzada por apelación libremente concedida sobre lo principal, para solicitar la apertura a prueba de la segunda instancia y alegar allí el hecho nuevo acaecido *a posteriori* de la oportunidad señalada por el artículo 365.

El artículo 260, inciso 5º, apartado a, se refiere a un hecho nuevo *posterior*, a diferencia de lo prescripto para la primera instancia por el artículo 365. De acuer-

⁽⁴³⁾ Conf.: COSTA, *ob. cit.*, p. 176.

⁽⁴⁴⁾ CNespecial Civil y Com., sala I: Rep. *La Ley*, XXXV, 1366, sum. 47. Conf.: MORILLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, *ob. cit.*, III, p. 435.

do a esta última norma, la alegación es admitida no sólo cuando el hecho ocurriese con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción, sino también cuando llegase a *conocimiento* de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, aunque fuese *anterior* a la contestación de demanda o reconvencción. ¿Es válida también para la segunda instancia esta solución? Pensamos que no, porque el texto legal es bien claro al mencionar, sin aditamentos, el hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365, y cuando la ley ha querido referirse a hechos anteriores ignorados, como sucede en el inciso 3º del artículo 260, lo dice expresamente. Cualquier interpretación extensiva de la norma, sería hostil a la restricción con que se admite la prueba en la segunda instancia (⁴⁵).

La solución es distinta, como lo hemos visto, en los códigos de *Santa Fe* (artículo 369, inciso 1º) y *Córdoba* (artículo 1140, inciso 1º) en los que el hecho nuevo puede haber ocurrido, pero permanecer ignorado (⁴⁶). Esta ignorancia debe ser inimputable al oferente (⁴⁷) y alegarse bajo juramento al momento de proponerlo.

El artículo 366, C.P.N., última parte, dispone que la resolución (del primer juez) que rechaza un hecho nuevo será apelable en efecto diferido. En consecuencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 260, inciso 5º, apartado a, segunda parte, el interesado en la alegación

(⁴⁵) *Contra*: PALACIO: "La admisibilidad del hecho nuevo en segunda instancia se encuentra condicionada al requisito de que se haya producido o llegado a *conocimiento* (la cursiva es nuestra) de las partes con posterioridad a la oportunidad fijada por el art. 365 con relación al procedimiento de primer grado..." (*Ob. cit.*, V, p. 286).

(⁴⁶) Sin embargo, la CCCSF, S. 1ª, declaró que por hecho nuevo ha de entenderse, a los fines de la concesión del período probatorio en segunda instancia, el que nació con posterioridad al estadio de prueba de primer grado (J., 25-205).

(⁴⁷) Sup. Trib. Santa Fe, sala 2ª CC; J., 15-239.

tiene una nueva oportunidad de invocarlo ante la cámara, pidiendo la apertura a prueba de la segunda instancia a fin de que el superior examine su procedencia y se pronuncie al respecto. Lógicamente, debe mediar un recurso abierto —en efecto diferido— para conservar el derecho de requerir la apertura a prueba en la hipótesis que estudiamos (⁴⁸).

Los dos casos previstos por el apartado a del inciso 5º, artículo 260, C.P.N., que hemos considerado, requieren aun otras circunstancias para admitir el hecho nuevo con virtualidad de abrir a prueba la alzada:

Que tenga relación con la cuestión que se ventila, es decir, debe referirse a las pretensiones invocadas en los escritos constitutivos del proceso (⁴⁹).

Debe ser susceptible de influir en la decisión, o en otros términos, ser útil como factor de solución (⁵⁰).

No tiene que ser reconocido por la contraria, ya que en tal caso la apertura a prueba sería superflua (⁵¹).

Sólo puede invocarse por quien recurrió de la sentencia de primera instancia (⁵²).

(⁴⁸) *Conf.*: MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERUZONCE: Si contra el decreto que rechazó la alegación del hecho nuevo no se interpuso recurso de apelación, el replanteo que se formula en segunda instancia no puede ser acogido favorablemente, ya que ello... importaría tanto como ignorar el efecto preclusivo de una decisión firme... (*Ob. cit.*, III, p. 434).

(⁴⁹) CNCiv., sala E; La Ley, 1980-C, p. 217, Nº 78.513.

(⁵⁰) CNCiv., sala E; La Ley, 141-658, Nº 25.402; etc.

(⁵¹) C. 2ª, sala I, La Plata; cit. por MORELLO, *loc. cit.*

(⁵²) *Conf.*: MORELLO, *ob. cit.*, III; p. 442. *Contra*: FASSI: Abierta la instancia por una de las partes, entendemos que las dos podrán invocar y probar hechos nuevos, inclusive la que no apeló, si le sirve para robustecer la confirmación de la sentencia. Sin embargo, es otra la doctrina triunfante (*Ob. cit.*, I, p. 714).

Cabe señalar que el auto donde se admite o deniega la admisión de hecho nuevo en la alzada, es, en principio, insusceptible de recurso extraordinario ⁽⁵³⁾.

b) La segunda hipótesis de apertura a prueba (artículo 260, inciso 5º, b, C.P.N.), surge cuando se hubiere formulado el pedido a que se refiere el inciso 2º del mismo artículo, o sea, si en la alzada se replanteasen las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia.

Corresponde reiterar lo sostenido *supra* (§ 3.1.) de que la negligencia debe ser injustamente declarada por el juez de primer grado, ya que de lo contrario se autorizaría un tratamiento idéntico al litigante que fue diligente y al que no lo fue, y ello resultaría hiriente tanto al principio de la igualdad procesal como al de la excepcionalidad de la apertura a prueba en la alzada.

(⁵³) *Conf.*: FASSI, *ob. cit.*, I, p. 714.

7. TRAMITE DE PRUEBA

7.1. Pedido de apertura. Oportunidad. Sustanciación.

El pedido de apertura a prueba debe formularse dentro del quinto día de notificada la providencia que ordena poner el expediente en la oficina, debiendo, en el caso del apartado a, inciso 5º, artículo 260, C.P.N. —alegación de hecho nuevo— correrse traslado a la parte contraria, quien deberá contestarlo dentro de los cinco días (art. 261). El traslado se notifica personalmente o por cédula y no mediando oposición, o resuelta la que se hubiere deducido, o en el caso del apartado b, el tribunal dictará el decreto abriendo a prueba la instancia.

El código de *Santa Fe* prevé expresamente el medio de impugnar el decreto de apertura a prueba: “Contra el decreto de la presidencia concediendo o negando la apertura a prueba —dispone el artículo 370— procederá el recurso de reposición para ante el tribunal”.

En *Córdoba*, el pedido de apertura a prueba debe formularse en los escritos de expresión de agravios o de contestación, determinándose, *bajo pena de inadmisibilidad* (sanción introducida por la reforma de 1981), los hechos que se intente probar y la clase de prueba que haya de producirse (art. 1141), pudiendo negarla el superior cuando los hechos sean notoriamente impertinentes, o la clase de prueba no sea admisible; pero una vez concedida la prueba, ésta se limitará a los hechos que

hayan motivado la apertura. La denegatoria de la prueba no obstará el despacho de diligencias probatorias tendientes a la incorporación de documentos (art. 1142).

En uno y otro ordenamiento, pesa sobre el tribunal la prohibición de pronunciarse —antes de la sentencia— sobre si existe o no principio de prueba por escrito (*Santa Fe*, art. 370; *Córdoba*, art. 1144). El sentido de la norma es claro, pues tiende a evitar prejuzgamiento o valoración anticipada de la prueba.

7.2. Término para el ofrecimiento y la producción.

El artículo 262, C.P.N., dispone que “las pruebas que deban producirse ante la cámara se registrarán, en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia”. En virtud de tal regla, el auto de apertura a prueba debe notificarse por cédula (art. 115, inc. 4º, C.P.N.), comenzando a correr el término desde el día siguiente al de la notificación ⁽⁵⁴⁾.

Debe, sin embargo, hacerse una distinción entre el proceso ordinario y el sumario:

En el proceso ordinario, el plazo de prueba será fijado por el tribunal y no excederá de cuarenta días. Dicho plazo es común, comenzando a correr luego de transcurrido el previsto por el artículo 361 sin que se hubiere formulado oposición o una vez resuelta ésta, en su caso. Las pruebas deberán ofrecerse dentro de los primeros diez días (art. 367), pero la parte que hubiese pedido la apertura —dice la jurisprudencia— deberá indicar en el mismo acto qué hechos quiere probar y de qué medios pretende valerse.

En el proceso sumario el tribunal, en una misma providencia, designará perito en los términos del ar-

(54) Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 288.

título 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 (artículo 489). La prueba se ofrecerá al momento de alegar el hecho nuevo.

En *Santa Fe*, el término ordinario será la mitad del de primera instancia (art. 369), o sea, 20 días, debiendo ofrecerse la prueba dentro de los cinco primeros. Lo mismo en *Tucumán* (art. 783). En *Córdoba*, de cuarenta días, pudiendo el tribunal fijar uno menor (artículo 1145 en función del 380).

7.3. Término extraordinario.

Al modificar el código de 1967, la ley 22.434 borró todo vestigio de término extraordinario de prueba. Recordemos que el antiguo código de la Capital, lo admitía para diligencias a producirse fuera de la misma. La ley 17.454 dispuso un plazo no mayor de 90 o 180 días, según se tratara o no de un país limítrofe, "cuando la prueba deba producirse fuera de la República". Hoy, tal ampliación ha desaparecido.

Dada la trascendencia de la reforma, conviene transcribir todo el articulado que le atañe:

Art. 369. - *Prueba a producir en el extranjero.* La prueba que deba producirse fuera de la República deberá ser ofrecida dentro del plazo o en la oportunidad pertinente según el tipo de proceso de que se trate. En el escrito en que se pide deberán indicarse las pruebas que han de ser diligenciadas, expresando a qué hechos controvertidos se vinculan y los demás elementos de juicio que permitan establecer si son esenciales o no.

Art. 370. - *Especificaciones*. Si se tratare de prueba testimonial, deberán expresarse los nombres, profesión y domicilio de los testigos y acompañarse los interrogatorios. Si se requiere testimonio de documentos se mencionarán los archivos o registros donde se encuentren.

Art. 371. - *Inadmisibilidad*. No se admitirá la prueba si en el escrito de ofrecimiento no se cumplieren los requisitos establecidos en los dos artículos anteriores.

Art. 372. - *Facultad de la contraparte. Deber del juez*. La parte contraria y el juez tendrán, respectivamente, la facultad y el deber atribuidos por el artículo 454 ⁽⁵⁵⁾.

Art. 373. - *Prescindencia de prueba no esencial*. Si producidas todas las demás pruebas quedare pendiente en todo o en parte únicamente la que ha debido producirse fuera de la República, y de la ya acumulada resultare que no es esencial, se pronunciará sentencia prescindiendo de ella. Podrá ser considerada en segunda instancia si fuese agregada cuando la causa se encontrare en la alzada, salvo si hubiere mediado declaración de caducidad por negligencia.

Art. 374. - *Costas*. Cuando sólo una de las partes hubiere ofrecido prueba a producir fuera de la República y no la ejecutare oportunamente, serán a su cargo las costas originadas por ese pedido, incluidos los gastos en que haya incurrido la otra para hacerse representar donde debieran practicarse las diligencias.

El análisis de la reforma de que dan cuenta los preceptos transcriptos será materia de los tratados generales, que le dedicarán sin duda la extensión y profundidad que merecen. En lo que es propio de nuestro tema, debe rescatarse el último párrafo del artículo 373, que vendría a constituir un nuevo inciso del artículo 260, con esta importante salvedad: mediando declaración de negligencia —no importa que a criterio del interesado fuere injusta— la agregación es inadmisibile.

(55) Depósito y examen de los interrogatorios.

En el código de *Santa Fe* se halla expresamente previsto el término extraordinario (art. 369, última parte). Dispone que no podrá exceder de cuarenta días, debiendo ofrecerse dentro de los cinco primeros, sin distinguir entre prueba a realizarse dentro o fuera del país.

En *Córdoba* el otorgamiento del plazo extraordinario se halla implícito en la prescripción genérica del artículo 1145, variando su duración para el caso de que la prueba deba rendirse fuera de la provincia, pero dentro de la República (sesenta días) o si hubiere de producir en el extranjero (cien días) sin distinguir entre países limítrofes o no.

7.4. Recepción de la prueba.

En principio, la recepción de prueba en la alzada se practica conforme a las reglas establecidas para la primera instancia. Tanto el C.P.N. como los ordenamientos locales tienen disposiciones similares, dirigidas a evitar reiteraciones inútiles. Recordemos, en efecto, que el artículo 262, primera parte, C.P.N., prescribe que las pruebas que deban producirse ante la cámara se regirán, en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia. *Santa Fe* (artículo 371) y *Córdoba* (arts. 1145 y 1146) incluyen un añadido: el superior —dicen— mandará agregar a los autos las pruebas ofrecidas en primera instancia y que se recibieren diligenciadas después de la sentencia (siempre, claro está, que no hubiere mediado declaración de negligencia ya firme) ⁽⁵⁶⁾.

Como consecuencia de la regla citada, el tribunal de grado tiene las mismas facultades que el inferior para admitir las pruebas que no fuesen manifiestamen-

⁽⁵⁶⁾ Conf.: PODETTI, *Tratado de los recursos*, p. 187.

te improcedentes o superfluas o meramente dilatorias, y para rechazarlas en caso contrario (art. 364), así como para clausurar el término probatorio antes de su vencimiento, cuando todas las pruebas hubiesen quedado producidas o las partes renunciaren a las pendientes (art. 363). Asimismo, rigen en segunda instancia las previsiones que las respectivas leyes dedican a la carga de la prueba, negligencia, valoración, etc., siempre que no fueren incompatibles con otras normas expresamente referidas al procedimiento de alzada.

7.4.1. Actos de prueba.

El artículo 263, C.P.N., dispone que los miembros del tribunal asistirán a todos los actos de prueba en los supuestos que la ley establece o cuando así lo hubiese solicitado oportunamente alguna de las partes en los términos del artículo 34, inciso 1º. Este último precepto, a su vez, obliga a los jueces a asistir, bajo pena de nulidad, a las audiencias de prueba en los supuestos en que la ley lo establece o cuando cualquiera de las partes lo pidiere con anticipación no menor de dos días a su celebración y realizar personalmente las demás diligencias que el código procesal u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en que la delegación estuviere autorizada. Ambas normas se dirigen a obtener el cumplimiento del principio de inmediación dentro de los límites impuestos por la realidad (insuficiencia de tribunales con el consiguiente retardo de tareas, interés de los litigantes en concluir rápidamente las audiencias sin fastidiar a los magistrados, etc.).

Coordinando ambos artículos entre sí —y relacionándolos a su vez con los artículos 381 y 382, C.P.N.— tenemos el siguiente esquema en cuanto a la realización de los actos de prueba:

a) Actuaciones que deban practicarse en la sede del tribunal o fuera de ella, pero dentro del radio urbano de su asiento:

Los jueces deben recibirlas personalmente y en caso de inasistencia, cabe la declaración de nulidad ⁽⁵⁷⁾.

b) Actuaciones que deban practicarse fuera del radio del tribunal, pero dentro de la circunscripción judicial:

Los jueces podrán trasladarse para recibirlas o encomendar la diligencia a los de sus respectivas localidades ⁽⁵⁸⁾.

En cuanto a la forma de realizarse el acto, la última parte del artículo 263, C.P.N., previene que llevará la palabra el presidente, pudiendo los demás jueces, con su autorización, preguntar lo que estimaren oportuno.

7.5. Alegatos.

La última parte del artículo 262, C.P.N., permite a las partes alegar por escrito sobre el mérito de la prueba rendida, dentro del sexto día a contar de la notificación —por nota— del informe del actuario sobre las pruebas producidas. La ley prohíbe el retiro del expediente, prohibición que nos parece injustificada para los casos en que las diligencias agregadas fueran nu-

⁽⁵⁷⁾ La nulidad sólo procederá a pedido de parte, promoviéndose el respectivo incidente dentro de los cinco días subsiguientes a la realización del acto; en caso contrario, quedará subsanada (art. 170, CPN),

⁽⁵⁸⁾ Si se tratare de un reconocimiento judicial dentro de la circunscripción, deben asistir al acto los miembros del tribunal que se designen al efecto. *Conf.: PALACIO, ob. cit.*, V, p. 290. Cód. Tucumán, artículo 785: Cuando alguna diligencia de prueba hubiere de practicarse fuera del asiento del Tribunal, si éste no considerase necesario asistir a ella en cuerpo, podrá comisionar al efecto a uno de sus miembros.

merosas y los hechos a acreditarse complicados. Creemos que debió dejarse librada a la discreción del tribunal, la necesidad de retirar o no las actuaciones.

El término de seis días es común para todas las partes (⁵⁹).

En los procesos sumarios no procede la presentación de alegatos.

El código de *Santa Fe* prevé la entrega del expediente a los litigantes, pero allí el término corre separadamente para cada uno de ellos: agregadas las pruebas —dice el artículo 372— se mandará pasar el expediente a cada una de las partes por el término de seis días para que informen sobre su mérito. Es, a nuestro entender, la solución correcta.

7.5.1. Informe in voce.

El artículo 264, C.P.N., expresa: Si se pretendiere producir prueba en segunda instancia, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo 259, las partes manifestarán sin van a informar *in voce*. Si no hicieren esa manifestación o no informaren, se resolverá sin dichos informes.

Pensamos que el precepto introduce una duplicación innecesaria del alegato, máxime si, como dice Cuadrao, es de práctica sustituir el informe oral por un memorial escrito (⁶⁰). El código de *Santa Fe* contiene una prescripción similar: dentro de tres días de notificado el decreto (del llamamiento de autos para sentencia), podrán las partes, a su solicitud, informar *in voce*, en cuyo caso se señalará audiencia para que lo lleven a cabo cinco días después de terminado el estudio por los

(⁵⁹) Conf.: FASSI, *ob. cit.*, p. 717.

(⁶⁰) *Ob. cit.*, p. 310.

vocales (art. 372). Fácil es advertir que respecto del régimen nacional, sólo cambia la oportunidad de peticionar la audiencia, pero incurre en la misma inútil repetición de un acto procesal que no es fundamental para el derecho de defensa.

El sistema de *Córdoba* es, a nuestro modo de ver, más coherente con el principio de economía procesal, especialmente después de la reforma de 1981 que suprimió la “audiencia para discutir”: Si se hubiera producido prueba en segunda instancia —dispone el artículo 1147— los autos se pondrán a la oficina por tres días dentro de los cuales podrán las partes presentar un informe sobre el mérito de la misma. Se obvia así un dispendio innecesario de tiempo y actividad.

Fassi, comentando el texto nacional, sostiene que “no resulta clara la ocasión y justificación del informe *in voce*... Además, según el artículo 262, producida la prueba, se le acuerda al litigante el derecho de alegar por escrito. Como no consideramos razonable el informe *in voce* antes de la agregación de la prueba, habría doble alegación, una escrita y otra verbal, sin que la opción por el informe borre la oportunidad de alegar”⁽⁶¹⁾. El reparo, al que adherimos, debe extender a los regímenes locales que permiten la doble alegación. Jorge Walter Peyrano piensa que el informe *in voce* “constituye una repetición de actos procesales de la misma índole (de alegación) que no aporta efecto positivo alguno”⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ *Ob. cit.*, p. 718.

⁽⁶²⁾ *El informe “in voce” en la segunda instancia civil y comercial*, J. A., 1980-II, 752. El autor atribuye la supervivencia del instituto en códigos confesadamente renovadores, a “la mala conciencia de los legisladores que a pesar de estar persuadidos de las ventajas de la oralidad, deben —sin embargo— rendirse ante la evidencia de que por ahora el procedimiento escrito resulta irremplazable”.

8. LLAMAMIENTO DE AUTOS

La etapa instructoria de la segunda instancia concluye con el llamamiento de autos. La primera parte del artículo 268, C.P.N., establece que con la expresión de agravios y su contestación o vencido el plazo para la presentación de ésta y, en su caso, sustanciadas y resueltas las cuestiones a que se refieren los artículos 260 y siguientes, se llamará autos, y consentida esta providencia, el expediente pasará a acuerdo sin más trámite.

La resolución se notifica por nota.

Queda así concluida la instancia, sin que proceda formular nuevas articulaciones, pues cierra la causa a todo nuevo debate, formal o de fondo (⁶³). La cámara tiene, desde luego, atribuciones para ordenar las diligencias necesarias a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2º, C.P.N.), sin que las medidas dictadas para mejor proveer puedan cubrir la negligencia en que éstas hubieren incurrido.

(⁶³) CApel. Rosario, sala 1ª CC; J., 15-7.