

## Sanciones Procesales Temeridad Y Malicia Falsedad De Firma Violacion Al Principio De Buena Fe

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Mar del Plata, a los 4 de

Diciembre de 2014, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescrito por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1º) NÉLIDA ISABEL ZAMPINI y 2º) RICARDO DOMINGO MONTERISI, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos ?S., H. P Y OT C/ GALERÍA BROADWAY SA Y OT. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (SIN RESP. ESTADO)?.- Instruidos los miembros del Tribunal, resolvieron plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 1003/1009? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NÉLIDA I. ZAMPINI DIJO: I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera instancia, resolviendo: a) desestimar el planteo de nulidad intentado por el apoderado de la parte demandada ?Galerías Broadway S.A.? de fs. 423/424; b) desestimar la sanción de temeridad y malicia solicitada por los incidentados; c) imponer las costas a la incidentista vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. Para así decidir, el a quo consideró que en virtud de lo resuelto en el expediente penal, en tanto se absolvió a los imputados, se encuentra limitado a la aplicación del art. 1103 del Cód. Civil. A ello agregó que no habiéndose tenido por acreditado en sede penal la materialidad del hecho alegado que constituye el basamento del pedido de nulidad formulado por el incidentista, ni adicionado otra prueba, resulta inevitable el rechazo del mismo. Respecto del planteo de ?inexistencia? del escrito de fs. 422 por ausencia de cargo, rechazó el agravio por entender dicho argumento resultó extemporáneo, habiendo quedado convalidado el supuesto vicio o nulidad con las presentaciones judiciales posteriores. II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 1012 por el Dr. Alberto Cecilio Cialé, letrado apoderado por la parte incidentada, fundando su recurso a fs. 1019/1028 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 1068/1078. Por su parte, apela la resolución el Dr. H. H. S., en su carácter de apoderado de la parte incidentista y con el patrocinio letrado del Dr. Diego Javier Di Benedetto, a fs. 1014, fundando su recurso a fs. 1041/1065 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 1096/1105. III) La referida sentencia es apelada por la incidentista ante el rechazo del planteo de nulidad articulado por su parte. Sostiene el recurrente que el primer juzgador, interpreta erróneamente el alcance de lo normado en el art. 1103 del Código Civil, en tanto le otorga a la sentencia penal absolutoria por el beneficio de la duda un efecto más amplio que el otorgado por el legislador en la referida norma. Explica que la sentencia penal absolutoria basada en el principio in dubio pro reo, es una decisión que no se pronuncia sobre el hecho principal, razón por la cual la sentencia civil no se circunscribe al efecto vinculante del mencionado artículo. En segundo lugar, entiende desacertado el razonamiento expuesto en la sentencia toda vez que consideró de manera fraccionada el pronunciamiento en sede penal según el cual interpreta que no se tuvo por acreditada la existencia de los hechos alegados. A su vez, alega que no se valoró todos los elementos de prueba que condujeron a tener por acreditado la materialidad de los hechos en la sentencia penal atento a que el primer juzgador sólo ponderó la absolución de los imputados. Finalmente, se agravia en cuanto se declara extemporáneo el planteo interpuesto respecto a la ?ausencia? de cargo en el escrito de fs. 422 en tanto no se reconoce -a su criterio- la verdadera ineficacia que resulta derivada de la anormal recepción e incorporación de dicha presentación al expediente. Cita jurisprudencia. También apela la incidentada que se agravia en cuanto el Sr. Juez de primera instancia resolvió desestimar la sanción que por temeridad y malicia, que se encuentra consagrada en el art. 45 del C.P.C. En primer lugar, señala que el objeto del incidente de nulidad articulado por la demandada sería la hipotética falsificación de sellos y firma en el escrito de fs. 422, que resulta ser diferente a lo denunciado en sede penal, razón por la cual el resultado de la causa penal no podría modificar la relación procesal en sede civil. Sostiene que se equivoca el sentenciante en cuanto a la no aplicación de la sanción que prevé el art 45 del CPC toda vez que no se ha logrado acreditar la falsedad de sello y firma denunciado por la contraria. Indica que las reiteradas actitudes obstruccionistas y dilatorias asumidas por la demandada, incluso la apelación deducida por esa parte a fs. 1014, son suficientes para imponer la mencionada multa. Cita jurisprudencia. IV) Antes de ingresar al tratamiento de los agravios planteados, analizaré los ANTECEDENTES DE LA CAUSA A fs. 423 se presenta el Dr. H. H. S., en su carácter de letrado apoderado de la demandada ?Galerías Broadway S.A.?, y plantea la nulidad de la actuación obrante a fs. 422. Argumenta que ??jamás confeccionó ni suscribió el escrito obrante a fs. 422, no siendo por ende su autor material ni ideológico?? que esta afirmación la realiza en su carácter de apoderado de la accionada ?Galería Broadway S.A.? como en su carácter profesional. Funda su petición en el art. 169 del C.P.C. A fs. 426 se presentan los Sres. H. P. S. y M. J. S. con el patrocinio letrado del Dr. Alberto Cecilio Cialé, manifestando que aceptan la propuesta de pago de dólares ? A fs. 455

se presentan los Dres. Alberto Cecilio Cialé y Ana María Gutiérrez, en su carácter de letrados apoderados de la parte actora, contestan el traslado de la nulidad deducida y manifiestan que ??la demandada y su letrado apoderado fundan dicha petición de nulidad negando la firma y sello del Dr. H. H. S. en el escrito de fecha de 2 de noviembre de 1995. Se crea así esta extraña situación, resultando imprescindible la prueba pericial caligráfica, por lo cual nos adherimos a lo ya resuelto por VS. en el auto de fecha 10 de noviembre que ordena la designación de un perito calígrafo de la lista oficial??. Agregan que ??respecto a relaciones entre los codemandados entre sí o con las aseguradoras; como así también todo lo relacionado con el trámite y control de las actuaciones, son cuestiones totalmente ajenas a nuestra parte y deberán ser resueltas por la demandada y sus letrados. Más aún si el escrito de fs. 422 fue presentado con fecha 2 de noviembre de 1995 (jueves) y VS. provee dicho escrito con fecha de 3 de noviembre de 1995 (viernes) -día de nota- resulta totalmente improcedente lo manifestado (?) ha tenido conocimiento de la existencia del escrito de fs. 422 el día 9/11/95?? Propone puntos de pericia y, demostrada la autenticidad de la firma del letrado apoderado de la contraparte, solicita que se rechace la nulidad deducida y se adecúe el monto especificado en el escrito de fs. 422 a la fecha del efectivo y total pago más los intereses, como también se aplique el art. 45 del C.P.C., multa esta que se deberá aplicar sobre el monto previamente adecuado.

A fs. 1003/1009 dicta sentencia el Sr. Juez de primera instancia en los términos expuestos en el acápite I. A fs. 1114/1119 dicta sentencia la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de este departamento (con otra integración) confirmando la resolución de primera instancia. A fs. 1125 se presenta el Dr. H. H. S., por la parte demandada, e interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. A fs. 1185/1195 dicta sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 7 de mayo de 2014, haciendo lugar al recurso extraordinario interpuesto, revocando la sentencia impugnada y, en consecuencia, remitiendo los autos al Tribunal de origen para que -con nueva integración- se aborde el tratamiento de la nulidad planteada por el letrado apoderado de la demandada ?Galerías Broadway S.A.? a fs. 423/424. Las costas se imponen a la incidentada vencida (arts. 68, 69 y 289 del C.P.C.). V) Recurso del apelante de fs. 1014 -incidentista- a) AGRAVIO ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 1103 DEL CÓDIGO CIVIL Y b) AGRAVIO ABSURDA Y FRAGMENTACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL. Trataré los agravios mencionados conjuntamente toda vez que la S.C.B.A. se ha expedido sobre la aplicación del art. 1103 del Código Civil. Así la Dra. Kogan expresa ?? que sólo en caso de que la absolución o el sobreseimiento criminal estuvieran basados ya en la inexistencia del hecho delictuoso, y en la falta de autoría del acusado, puede ser invocado el pronunciamiento en sede civil para evitar una condena que aparecería como escandalosa (conf. Ac. 60.667, sent. del 11-VI-1998; Ac. 76.438, sent. del 20-IX-2000; Ac. 76.148, sent. del 16-IX-2003; C. 100.073, sent. del 29-XII-2008; C. 101.648, sent. del 17-VI-2009; C. 98.107, sent. del 14-IX-2011; entre otras)? agregando que ??se ha declarado que cuando la absolución recaída en la instancia represiva se sustenta en el beneficio de la duda, no corresponde asignarle los efectos de la cosa juzgada provenientes del art. 1103 de la ley de fondo (conf. C.78.525, sent. del 4-VI-2008; C. 87.809, sent. del 10-IX-2008; C. 101.648, sent. del 17-VI-2009; entre otras)??. A su turno, el Dr. Hitters dijo que de ??la lectura de los pasajes que destaca el recurso en tratamiento ponen en evidencia que los fundamentos que nutren aquel planteo de nulidad no se ciñen al desconocimiento de la firma y sello, sino que con el afán de agotar la mayor cantidad de hipótesis posibles, se extienden al desconocimiento de la materialidad misma de la declaración plasmada en el cuerpo de la escritura??. Al mismo tiempo, puntualizó que ??como lo pone de resalto el impugnante, la circunstancia de que se hubiera demostrado la veracidad de la firma y sello impuestos en el escrito en cuestión, no priva de argumentos al planteo nulidicente, en tanto tal acreditación no perjudica los restantes fundamentos??. El Tribunal Superior Provincial nos ha señalado el camino a seguir concluyéndose que la sentencia penal con respecto al hecho N° 2 (cuestión planteada en la nulidad articulada), luego del análisis de la prueba producida, el Juez de la Cámara Penal Fortunato resuelve que ??no se ha demostrado la acusación fiscal que atribuía la autoría responsable de los encartados C. y S. en el uso de documento público falsificado y estafa procesal en grado de tentativa, en concurso ideal (?) A todo evento, con las evidencias puestas de manifiesto y de los equívocos indicios existentes en la causa, surge en el ánimo del suscripto una razonable duda respecto de la realización del imputado y la autoría responsable de los encartados. En consecuencia y por imperio del art. 431 del C.P.P., deberá resolverse la cuestión en lo más favorable a los procesados, dictándose su absolución (arts. 227, 269 del C.P.P.)??. De lo expresado se concluye que la absolución del imputado fundada en una razonable duda (art. 1103 del Código Civil), no hace ?cosa juzgada? sobre las actuaciones en materia civil. En torno a esta cuestión, explica el Dr. López Mesa y referido a un accidente de tránsito, que la sentencia absolutoria recaída en sede penal no hace cosa juzgada en sede civil si se resolvió que existían dudas respecto de si el accidente no hubiera ocurrido igualmente aunque el imputado hubiese observado una conducta ajustada a derecho como consecuencia de la maniobra observada por la víctima (Conf. Marcelo J. López Mesa; ?Código Civil y Leyes Complementarias, Anotados con jurisprudencia?, T. II, Edit. LexisNexis, 2008, pág. 569 y ss.) En algunas situaciones la sentencia absolutoria penal no produce los efectos en sede civil que prevé el art. 1103 del código civil. Algunas de ellas se dan cuando hay: a) absolución por ausencia de culpabilidad, b) por prescripción de la acción, c) por existencia de excusas absolutorias, d) basado en el principio in dubio pro reo o, lo que es igual, la insuficiencia

probatoria. En tales condiciones la sentencia recaída en sede penal no hace cosa juzgada en el proceso civil (Conf. Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecasas, Miguel A.: ?Código Civil Comentado-Responsabilidad Civil?, 1° Edición, Edit. Rubinzal-Culzon, Cdad. de Sta. Fe, 2003, pág. 264, Tribunal Colegiado de Resp. contractual N°1, Rosario 28/8/1999, en autos ?Primavera de Fernandez c. Pelegri y otros., publicado en Zeus 53/J/60 citado por Alberto J. Bueres, Elena I. Highton pág. 331 y ss.). No hay prejudicialidad toda vez que se ha dictado una sentencia absolutoria en sede penal dictada por el beneficio de la duda. En conclusión ello no limita al Juez con competencia civil y comercial a efectuar un nuevo análisis de la prueba producida en tanto que dicho pronunciamiento no puede concedérsele autoridad de cosa juzgada. Es que el principio del art. 1103 del Cód. Civil, se hace extensible sólo cuando en sede penal se hubiera tratado la producción del hecho con tal amplitud que no dejare margen alguno susceptible de dar cabida a un nuevo análisis en sede civil, y así podría invocarse un pronunciamiento absolutorio para impedir una condena de esta última naturaleza que evidentemente aparecería como escandalosa. En cuanto al agravio de absurda y fragmentación de la sentencia penal ha caído en abstracto por los fundamentos dados ut-supra. Sentado ello, y despejado de este modo la cuestión atinente a la aplicación del art. 1103 del Código Civil (en el sentido en el caso del dictado de una sentencia penal por el beneficio de la duda), corresponde tratar el planteo de nulidad articulado por la parte incidentista a fs. 423.

**c) AGRAVIO FALTA DE VALORACIÓN DE TODA LA PRUEBA PRODUCIDA** A los fines de tratar la nulidad articulada diré que se analizará la misma teniendo en cuenta como ha sido trabada la cuestión. Es decir, en cuanto al Dr. H. H. S. ??jamás confeccionó ni suscribió el escrito de fs. 422, no siendo por ende el autor material ni ideológico, manifestación que lo hace en su carácter de apoderado de la codemandada ?Galerías Broadway S.A., como en su carácter profesional?? (v. fs. 423) Sentado lo anterior se fundamenta la nulidad en el principio de trascendencia previsto en el art. 169 del C.P.C. Siguiendo a Morello se dice que ??El principio de trascendencia requiere que quien invoca la nulidad alegue y demuestre (carga específica) que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción (pas de nullité sans grief). No es suficiente la invocación genérica de haberse quebrantado las formas del juicio; debe existir y demostrarse agravio concreto y de entidad. No hay nulidad en el solo interés de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que son tan sólo los instrumentos de que se vale el legislador para asegurar la defensa en juicio de las personas y los derechos?? (Morello, Augusto Mario; ?Códigos Procesales en los Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación?, T. II-C; Librería Editora Platense S.R.L., Cdad. de La Plata, pág. 317). Excluye la sanción cuando el vicio alegado emana del propio nulidicente (art. 171 del CPC) en tanto constituye una violación flagrante a los principios de lealtad y probidad (Conf. Mario Masciotra, ?Poderes-deberes del juez en el proceso civil?, Edit. Astrea, Cdad. de Bs. As., 2014, pág. 156). En relación a la prueba realizada cabe señalar que el sistema de valoración del material probatorio imperante en nuestro ordenamiento jurídico es el de la sana crítica (argto. art. 384 del C.P.C.). El artículo mencionado otorga a los Magistrados la facultad de seleccionar, con base en la experiencia y con un adecuado criterio lógico, las pruebas producidas sobre las cuales fundará la sentencia, toda vez que como tiene sentado el Máximo Tribunal Provincial ??de conformidad con lo establecido por el art. 384 del C.P.C., los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fueran esenciales y decisivas para fallar la causa, siendo soberanos en la selección de las mismas, pudiendo inclusive preferir unas y descartar otras?? (SCBA Ac. 59243 del 12/8/1997, 64885 del 14/7/1998). Explica Kielmanovich que ??el sistema de la sana crítica reserva al arbitrio judicial la concreta determinación de la eficacia de la prueba según las reglas lógicas y máximas de la experiencia, esto es normas lógico experimentales?? (Jorge L. Kielmanovich, ?Teoría de la prueba y de los medios probatorios?, Ed. Rubinzal Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 2001, pág. 138 y sgtes.).

Teniendo en cuenta tales pautas, analizaré la prueba producida en el caso de autos -realizada en su totalidad en sede penal- a los fines de determinar si corresponde hacer lugar a la nulidad del escrito de fs. 422 dejando a salvo que en autos se ha efectuado un cuerpo de escritura a fs. 515/518 (de estas actuaciones). De la pericia caligráfica obrante a fs. 283/287 de la causa penal N° 40979/8, realizada por los peritos oficiales Furio Copetti y Viviana Ethel Marum, tomaré el dictamen efectuado por los mismos, surge que resultan concordantes los elementos estructurales y de impulso gráfico entre las firmas cuestionadas -escrito de fs. 422- y las ofrecidas como indubitadas. En cuanto al sello, se ha comprobado una total coincidencia entre los tenidos como base y en los cuestionados, concluyendo que estos últimos resultan auténticos. Respecto de los puntos periciales propuestos por el denunciante -incidentista- el conjunto de peritos informan que del estudio físico practicado resulta que la tinta de las firmas del Dr. S. en el escrito ?Contesta Demanda? y en los documentos dubitados existen semejanzas de tonalidad y de calibre, que indicarían que se trata de similar tinta y elemento escrito. (v. fs. 283/vta y 284 Expte. penal N° 40979/8) A su vez, la totalidad de los peritos coinciden en que la perforación del ángulo superior izquierdo que presentan los escritos de fs. 422, su ?copia?, así como el escrito de contestación de demanda de fs. 489/300 (expte. Civil) no han sido producidas como consecuencia de su ?costura? al expediente, habida cuenta que las perforaciones propias de tal hecho se hallan ubicadas en otros sectores. Los peritos en conjunto agregan que comparando el papel utilizado en los escritos cuestionados, con el papel del escrito de contestación de demanda, se ha determinado

que efectivamente son concordantes en cuanto a medidas, gramaje, marca de agua (?Capitán Bermúdez?), como propio de lo que podría ser una misma resma. Con relación a la impresora y tinta del texto utilizada en el escrito de fs. 422 y su copia, los peritos son coincidentes en que existe un elemento que diferencia a la impresora con que se imprimieron los escritos cuestionados con todas y cada una de las presentaciones del Dr. S. obrantes en la causa civil y penal, respectivamente (v. fs. 285/vta Expte. penal N° 40979/8) Respecto al estilo mecanográfico y literario de los escritos de fs. 422 y su copia, disiente el perito propuesto por la parte incidentista, el Sr. Fernando López Peña, explicando que los mismos no guardan relación con el que ofrecen las demás presentaciones efectuadas por Dr. S.. En particular, detalla la no utilización de la frase ?HABILITACIÓN DÍAS Y HORAS 153 CPC? en ninguna de sus demás presentaciones, el no respetar el margen izquierdo de los renglones con los que finalizan sus escritos ?Proveer de conformidad - SERA JUSTICIA?, mientras que en los dos dubitados si se respeta ese margen pues ambos renglones se inician en una misma vertical, la ubicación de las firmas y sellos de los dos documentos cuestionados con las demás firmas y sellos en autos del Sr. S. no muestran similitud por cuanto las cuestionadas se ubican en el extremo inferior derecho (v. fs. 288/290 Expte. penal N° 40979/8). Con relación al ?estilo literario? explica que no se puede abrir juicio pericial en tanto el texto del escrito cuestionado -escrito de fs. 422- no permite conocer sino unos pocos elementos que no alcanzan a definir una personalidad gráfica (v. dictamen pericial fs. 290 Expte. Penal N° 40979/8) Por su parte, el perito propuesto por la parte incidentada, Sr. Jorge Antonio Moreno discrepa en su opinión en cuanto que las firmas y sellos preguntados respetan el texto escrito, refuerza su opinión la existencia de escritos de la causa civil que ostentan una posición de firma y sello muy similares a los cuestionados (fs. 313, 424/vta, 435, 474/vta, 500, 527, 529), tomando como referencia márgenes y lógicamente, extensión del texto. Agrega que si bien es cierto que no existe presentación del Dr. S. con el encabezado ?HABILITACIÓN DÍAS Y HORAS 153 CPC?, ello es una prerrogativa o facultad conferida por el código de procedimientos a los presentantes, no constituyendo -a su criterio- elemento que forme parte de un ?estilo? propiamente dicho. Desde mi punto de vista, como ya adelante, tomaré lo dictaminado por los peritos oficiales sobre el mencionado punto (art. 474 del C.P.C.). Respecto a los puntos de pericia propuestos por la parte incidentada -actor en causa civil- los peritos coinciden que resulta imposible determinar la antigüedad de todos y cada uno de los orificios que pudieran ser observables en el escrito de fs. 422, su copia y documental de fs. 286/288 (ver. fs. 287 Expte. penal N° 40979/8). A fs. 326 de la causa ?S., Horacio s/ Denuncia? Expte N° 40979/8 (Expte. Penal) se dispone la realización de una pericia química a cargo de la Dra. Irma Valentina Garrote, perito bioquímica del laboratorio de toxicología y Qca. Legal de Asesoría Pericial La Plata. Allí se determinó que las tintas de las firmas de las fs. 286, 288/1, 288/2, 288/3, 288/4 y las que obran en el escrito de ?contestación de demanda, Ofrezco prueba??, de fs. 289-300, presentan un comportamiento cromatográfico similar al de las tintas utilizadas en la grafía de las firmas de los documentos de fs. 422 y su supuesta copia. Respecto de las tintas de los sellos de las fs. 286, 288/1, 288/2, 288/3, 288/4 y los que obran en el escrito de ?Contestación de demanda: ofrezco prueba??, de fs. 289-300, presentan un comportamiento cromatográfico similar el de las tintas de sellos usadas en los documentos de fs. 422 y su supuesta copia (v. dictamen pericial de fs. 327/350; art. 474 del C.P.C.). Con respecto a la prueba testimonial, a fs. 600/603 obra declaración prestada en sede penal por el Dr. Salvador Juan Del Río, oficial mayor del Juzgado Civil y Comercial N° 2 Dptal., en que consta que no recuerda haber visto el expediente ?pero que el despacho que está al dorso del escrito de fs. 422 aparentemente corresponde al Juez?. Más adelante agrega el dicente que no despachó el escrito aludido, lo que surge del propio documento, toda vez que su proveído tiene dos características peculiares las iniciales ?D.R.? y comienzan con la palabra ?Mar del plata? sin las barritas que se individualizan en el instrumento, no puede precisar quien hizo ese despacho. Que puntualmente no recuerda que ningún compañero de trabajo le haya hecho comentario en relación hacia el escrito con la copia observara roturas, faltantes, marcas de abrochaduras o ganchos al tiempo de ser despachado. La testigo Sra. Susana Isabel Portinari, oficial primero del juzgado en lo civil y comercial N° 2, declaró a fs. 606/608 del Expte. penal N° 40979/8-en referencia al escrito de fs. 422- ?que no recuerda haberlo visto pero que la foliatura que presenta el mismo le corresponde a la dicente?; con respecto a la copia ?que no presenta signos de haber estado agregada al expediente y además al tener esta fecha 2-11 la copia era que había sido guardada con las copias de los demás escritos en el cartapacio de Mesa de Entradas?. Agrega que ?si había hojas en blanco solas no se agregaban, que si había hojas en blanco suscriptas por algún profesional como soporte de documentación, por lo general se foliaba la documentación, la hoja que era soporte de la documentación se agregaba, que la hoja no se inutilizaba, porque supuestamente la documentación va prendida o pegada a la hoja (?) recuerda que no se modificaba?. A fs. 620/629 de la causa penal N° 40979/8 la testigo Sra. María del Carmen Aquino, oficial segundo en el juzgado civil y comercial N°2 Dptal., declaró: ?se folia cada documentación en forma individual, si son fotos cada foto en forma individual o tickets, aunque sea algo pequeño todo lleva su número?, agrega que ?cada documento tenía su número, no la hoja en sí, el número lo llevaba el documento y después del otro lado se cruzaba la hoja soporte? (?) ?que la deponente interpreta hoja en blanco aquella que no tiene nada, para la deponente una hoja soporte no es una hoja en blanco, es la que tiene la documentación enganchada?. A fs. 630/635 de la Expte. penal N° 40979/8 declaró la testigo Sra. Nancy Beatriz Laguna,

oficial quinto en el juzgado civil y comercial N° 2 Dptal., que exhibido el escrito de fs. 422 explicó que la letra en el cargo podría pertenecer a Cecilia y si no es de Cecilia es de Cristina porque ambas tienen la letra redonda? y que no está firmado por Susana Portinari pero tiene como un visado de la persona que hizo el cargo pero la deponente no identifica la persona que hizo ese visado?.

La testigo Sra. María Cristina Rodríguez Marcone, auxiliar segundo -encargada de mesa de entradas- del Juzgado Civil y Comercial N° 2 Dptal., a fs. 636/646 Expte. penal N° 40979/8 afirmó que el cargo del escrito de fs. 422 lo realizó la deponente como también el número 2-11 obrante en el ángulo superior derecho de la copia de traslado, pero que no recuerda haber recibido dicho escrito, que cualquiera pudo haberlo hasta tirado en la mesa de entradas?, siendo una práctica muy usual. A su turno, la testigo Sra. Analía Bintana, auxiliar cuarto del juzgado Civil y Comercial N° 2 Dptal., a fs. 657/662 Expte. penal N° 40979/8 afirmó que las dos hojas que se le exhiben -escrito de fs. 422- no pueden haber sido glosadas al expediente en blanco, porque el escrito de copia no tiene signos de haber sido glosada al expediente y aparte una tiene un cargo que no se lo pueden haber puesto con la hoja en blanco, las dos tienen la letra de Cristina, una rellena el sello y la copia tiene los números 2-11' arriba que indica el día en que fue recibida?. Los testigos del Juzgado Civil N° 2, describen cual es la mecánica que siguen en el juzgado ante la presentación de un escrito, dejando en claro que no se agregaban hojas en blanco y que si se utilizan es como soporte de cada documental y se realiza la foliatura sobre documentos, fotos, etc. (art. 456 del C.P.C.). Habiéndose acreditado que la firma y sello en el escrito de fs. 422 corresponden al Dr. H. H. S., que respecto al estilo mecanográfico y literario no hay elementos suficientes para definir la personalidad gráfica, concluyo que debe rechazarse el planteo de nulidad articulado por la parte incidentista (art. 163 inc. 5, 169, 172, 375, 384, 456, 462, 474 y ccdtes. del C.P.C.) d) AGRAVIO INEXISTENCIA DEL ESCRITO DE FS. 422. Ingresando en el estudio del último agravio de la parte incidentista traído a consideración de este Tribunal, advierto que el mismo no debe prosperar. Establece el art. 272 del C.P.C. que El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia? (textual). Resulta así que aquellas cuestiones que no fueron planteadas al Juez de grado no pueden ser materia de apelación, atento que ésta presupone la consideración previa por el juzgador de los hechos que se someten a revisión (argto. jurisprud. esta Sala, causas N° 3625/07 RSD 14/10 del 9/2/2010, 145120 RSD 135/11 del 10/8/2011). En tal sentido, ha expresado Hitters que: excede los límites del recurso de apelación el tratamiento de temas introducidos como alternativa recién en segunda instancia, toda vez que la alzada no puede fallar sobre cuestiones no planteadas en el primer grado (?) la alzada por ser un área de revisión carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que la función prístina del ad quem no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior?(Juan Carlos Hitters, Técnica de los recursos ordinarios?, Edit. Librería Editora Platense, Cdad. de La Plata, 2004, pág. 420/424). La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, al respecto, señalando que configura una extensión indebida de los límites de la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia la incorporación al litigio de una defensa no alegada y en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su admisibilidad y procedencia (Fallos?: 276:216; 310:1753; 311:569) o la admisión de planteos que no fueron oportunamente introducidos por las partes? (Fallos?: 298:642; 306:447, 843). Por su parte, el Supremo Tribunal Provincial ha señalado que Las atribuciones de los tribunales de apelación se encuentran doblemente acotadas. De un lado, por la estructura de la relación procesal - básicamente explicitada por el contenido de las pretensiones deducidas en la demanda y su contestación- y, del otro, por los agravios desplegados en los recursos que deben resolver? (SCBA, C. 108.160 Sent. del 27/6/2012) En suma, el tribunal de Alzada quebranta los principios de congruencia y preclusión procesal cuando su fallo recae sobre cuestiones o defensas que no fueron sometidas al juez de primera instancia (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y ccdtes. del C.P.C.; conf. doctrina y jurisprud. citada). Sentados estos principios, corresponde determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación al caso particular. De los propios términos en que ha quedado trabado el incidente de nulidad se desprende que la parte demandada ha planteado la nulidad de la actuación obrante a fs. 422. En efecto, el Dr. H. H. S., como representante de la parte demandada y a título personal -al promover el incidente- se limitó a negar la confección y la suscripción del escrito obrante a fs. 422, alegando que no resulta ser su autor material ni ideológico (v. escrito de promoción de incidente de nulidad obrante a fs. 423/424). Ahora bien, a fs. 718 el incidentista denunció la irregularidad respecto del cargo del cuestionado escrito de fs. 422, señaló la falta de firma del secretario, oficial primero o de algún otro funcionario que la ley llama a dar fe de la fecha y hora de la presentación en secretaria (art. 124 del C.P.C.). Sentado ello, y teniendo en consideración los lineamientos desarrollados precedentemente, entiendo que el agravio formulado por el recurrente, en tanto incorpora una defensa que no fue oportunamente sometida a la decisión del magistrado de la instancia de origen, queda al margen de la función revisora de esta Alzada (argto. jurisprud. esta Sala, causas N° 146863, RSD 324/10 del 29/12/2010; 145781, RSD 247/2012 del 4/12/2012). Ello así, pues si se admitiera que en la Alzada pudieran introducirse defensas no esgrimidas en la instancia anterior o fundadas en hechos no planteados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la relación procesal, alterando la función revisora de la Cámara, la que no constituye un segundo tribunal al que puedan llevarse nuevos o tardíos argumentos (argto. arts. 266 y 272 cit., esta Alzada, causas 113978, RSI-1029/00 del

12/10/2000; 116744, RSI-516/01 del 6/6/2001). Es decir que los jueces deben resolver las cuestiones que le han sido sometidas a su decisión con arreglo a la traba de la relación procesal, sin omisiones ni demasías decisorias bajo pena de lesionar el principio de congruencia de rango constitucional. De esta manera, la incidentista debió plantear en tiempo y forma la nulidad por el vicio en el procedimiento (art. 169, 170 y 172 del C.P.C.), y no -simplemente- limitarse a señalar tal circunstancia consintiendo dicho vicio, razón por la cual tal argumento deviene inatendible en esta instancia (argto. art. 272 del C.P.C.) Así las cosas, en virtud de todo lo expuesto y resultando extemporáneo el planteo efectuado por el apelante no cabe más que rechazar el agravio bajo análisis (arts. 266, 272 y ccdtes del C.P.C.) VI) Recurso del apelante de fs. 1012 -incidentada- En la contestación de planteo nuliditativo solicita la parte actora que se imponga la sanción por temeridad y malicia prevista en el art. 45 del C.P.C. tanto a la parte demandada como a su letrado apoderado (v. fs. 455 bis/vta.). Al efecto de ingresar en el tratamiento de la cuestión cabe resaltar que ha de sancionarse al litigante que haya incurrido en una violación concreta al genérico deber de buena fe o moralidad mediante la deducción de pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamentación no pueden ignorarse de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad, que es el caso de la temeridad, o bien a través de la conducta observada en el proceso con una finalidad exclusivamente distorsionada de aquél, tendiendo a la obstrucción del mismo, persiguiendo su dilación, que es lo referente a la malicia (argto. jurisprud. esta Cámara, Sala II, causa N° 99981 RSD 263/10 del 14/9/2010). Aunque resulte obvio afirmarlo la temeridad no se identifica con la malicia, razón por la cual cabe analizar la conducta de la demandada bajo el prisma de ambos conceptos, partiendo de la consideración de los hechos que sustentan el pedido de la sanción del art. 45 del C.P.C. Comenzando por la malicia debe recordarse que este Tribunal ha establecido que ?? la malicia -art. 45 del ritual- queda configurada cuando durante el desarrollo del trámite cualquiera de las partes obstaculiza, retarda, provoca articulaciones manifiestamente improcedentes, mañosas, con el sólo propósito de dilatar la tramitación del proceso?? (esta Cámara, Sala I, causa N° 83445, RSI 387/92 del 15/5/1992; Sala II, causa N° 128903, RSD 292/04 del 20/5/2004). A tenor de lo antes expuesto, adelanto que lo hechos denunciados son configurativos de una actuación maliciosa, en tanto se advierte la existencia de un accionar dilatorio en el trámite del proceso. En efecto, la parte demandada promovió el incidente nuliditativo argumentando falsificación de firmas y sellos como así su materialidad en el escrito de fs. 422. Para acreditar tal extremo solicitó prueba pericial caligráfica, la cual la parte incidentada se adhirió. Desde entonces, el proceder de la parte incidentista ha generado una gran demora en el proceso, como surge del escrito de fs. 592 (en la presente causa) que presenta la parte incidentada agregando copia de la prueba pericial caligráfica realizada en sede penal, se demuestra que la realización de la misma demoró más de tres años (realizada 21/5/1999, v. fs. 587 presente causa). Del mismo modo, surge de la compulsa de las actuaciones de la presente causa las actitudes dilatorias de la parte incidentista, como son la oposición al acto por el cual se cita a las partes y al perito a realizar la prueba pericial caligráfica (v. fs. 556/557); la demora en la individualización de los documentos pertinentes para realizar la prueba pericial caligráfica (v. fs. 596); modificación y ampliación de la denuncia penal (v. fs. 618); denuncia la existencia de otro expediente que -a su criterio- resulta ser un hecho nuevo con cual pretende encuadrar la conducta del actor como temeraria y maliciosa (v. fs. 662/668); denuncia la falta de firma del cargo del escrito denunciado de fs. 422 (v. fs. 718). Ahora bien, de acuerdo a la resolución a fs. 702, ante tamaño y complejo conflicto de intereses, el juez de grado resuelve detener el proceso argumentado que se ha configurado ??una clara situación de 'presentencialidad' (art. 1101 del Cód. civil)?? (textual). Además, resolvió rechazar las medidas cautelares solicitada por la parte actora. Por otra parte, del análisis del expediente penal (S., Horacio Humberto s/denuncia Expte. N° 40979/8) surge que el incidentista impugnó la primer pericia caligráfica realizada que obra a fs. 72//73 (v. fs. 128/133 Expte. penal N°40979/8); que luego de tres años de la primer denuncia (v. fs. 3/5) modifica radicalmente el eje de investigación e introduce la hipótesis la sustracción y adulteración de instrumento público (v. fs. 169/207 Expte. penal N°40979/8). En razón de los dicho, considero que el proceder de la parte incidentista tiene la entidad suficiente para que pueda entenderse que se encuentre configurado un accionar malicioso. En lo que respecta a la temeridad, debe entenderse por 'temeraria' la conducta, del actor o del demandado, que saben a ciencia cierta que no tienen razón valedera, que no están asistidos por la razón, no obstante lo cual, abusando de la jurisdicción componen un proceso del cual se ha de generar un daño a la otra parte (argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 120111, RSI 1367/02 del 13/11/2002) En el caso de autos, entiendo que existen elementos objetivos que demuestran un proceder calificable del modo mencionado, pues la circunstancia de denunciar la falsificación de firma y sello que luego las pericias caligráfica y química dictaminaran como pertenecientes al incidentista (v. dictamen pericial de fs. 283/287 y 326 Expte. penal N°40979/8) así como la modificación del objeto denunciado (v. fs. 128/133 Expte. penal N°40979/8), autorizan a concluir que la incidentista ha litigado sabiendo que carecía de razón valedera. A ello cabe agregar el tiempo transcurrido desde que planteo la nulidad articulada - noviembre de 1995- alrededor de 19 años que ha producido la dilatación del proceso. A modo de síntesis, cabe recordar que el art. 45 del C.P.C. faculta a los jueces a imponer una multa a la parte vencida total o parcialmente o a su letrado o a ambos conjuntamente cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por los mismos. El carácter sancionatorio

de la norma obedece a un propósito moralizador de la conducta procesal de quienes litigan a sabiendas de la propia sinrazón o contrarían los fines del proceso, dilatando innecesariamente sus plazos u obstaculizando las decisiones. Si bien esta facultad judicial debe ser ejercida con suma prudencia y carácter restrictivo, entiendo que las delicadas implicancias que este caso posee autorizan la aplicación del mencionado instituto (argto. jurisp. SCBA, C 106293 del 22/10/2014). En definitiva, por los argumentos expuestos precedentemente y teniendo en cuenta el monto de la demanda que es de un total de pesos ? considero hacer lugar a la sanción de temeridad y malicia solicitada a fs. 455 bis/vta. e imponer la multa en pesos ? a ?Galería Broadway S.A.? y a su apoderado el Dr. H. H. S., de manera conjunta (art. 45 C.P.C.).

**ASÍ LO VOTO. A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RICARDO DOMINGO MONTERISI DIJO:**

I.- Adhiero al voto de mi distinguida colega que lleva la voz en el Acuerdo. II.- Solo deseo agregar, en refuerzo a su postura, algunos aspectos relativos al abuso del proceso y a la facultad sancionatoria que ha investido el ritual a los judicantes, cuando se acredita aquella desnaturalización del litigio por parte de los usuarios del servicio de justicia, tal como ha acontecido en autos por el accionar de la incidentista. III.- Podemos considerar al proceso como la herramienta, el medio, o el instrumento a través del cual se vale el Estado para cumplir la función jurisdiccional que se le ha asignado y que tienen los habitantes para alcanzar el derecho a la tutela (Monterisi, Ricardo D. & Rosales Cuello, Ramiro, ?La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso: su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos?, Jurisprudencia Argentina, 2005-I-474). Y esta preciosa garantía con base convencional y constitucional (arts. 8 y 25 CADH, 18 CN y 15 CPBA), nunca debería convertirse en una lid de argucias de los litigantes. El Tribunal debe, en lo posible, desentrañar la verdad procesal en procura de una decisión jurisdiccional legal, y poner sobre el tapete todas aquellas conductas de las partes -reñidas con la buena fe procesal- direccionadas a tratar de distorsionar la correcta marcha del litigio, tal como detalla la jueza preopinante. La seriedad y respeto hacia la Justicia así lo exigen. IV.- Ha quedado en evidencia que la incidentista ha hecho un evidente uso antifuncional y marcadamente abusivo del proceso, que pretendió en sustancia -a través de conductas impropias- neutralizar la pretensión principal instaurada en su contra. Si bien por lo general el mal uso del proceso se comete en el abuso de las posturas y posiciones defensivas -QUINTAR de MASSARA, Delia ?El Abuso del Derecho en el Proceso Civil?, XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 13/16 junio de 2001, vol. I, ed. Universidad Católica de Cuyo, p.53 y sig.-, ello no siempre es así, y se dan casos en que, como el presente, se hace un ejercicio abusivo del derecho a reclamar la tutela jurisdiccional, esto es existe un abuso en el ejercicio del derecho de acción (PEYRANO, Jorge W. ?Abuso de los Derechos Procesales?, en ABUSO PROCESAL, Rubinzal Culzoni, p. 78, Bs.As., junio 2001). La modificación al art. 1071 del Código Civil, según la reforma de la ley 17.711, receptando y sancionando de lege lata el abuso del derecho, como aquel ejercido en forma contraria a los fines que la norma legal tuvo en mira al reconocerlos y también al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, vino a dar hoy definitiva consagración legislativa, desde esa norma de fondo, al ejercicio antifuncional de los derechos.-

La reforma procesal capitalina de 1967 (Ley 17.454), luego adoptada por la Provincia de Bs.As. (ley 7425 con vigencia a partir de 1969), sancionó en forma expresa la inconducta procesal y ello constituyó uno de los cambios esenciales del nuevo digesto procesal.- En tal sentido, se señaló en la exposición de motivos que tres han sido los propósitos orientadores del estatuto proyectado: 1) dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenamiento de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librados a la habilidad ocasional de los litigantes; 2) reprimir con mayor severidad y eficacia los casos de inconducta procesal ; y 3) suprimir formalidades innecesarias y agilizar los trámites procesales.- Esta reforma procesal, encara de lege lata, la cuestión de la inconducta procesal que según los fundamentos preocupó sobremanera, mediante la figura de las sanciones por temeridad y malicia previstas en el art. 45 del C.P.C. bonaerense, previa declaración de esa conducta asumida en el pleito por quien lo pierda total o parcialmente, sanción que puede abarcar tanto a la parte como a su letrado, o a ambos conjuntamente.- También juegan en el tema de la conducta procesal, las previsiones de los arts. 34 inc. 5 ap. c y d, del citado cuerpo formal, en tanto pretenden mantener la igualdad de las partes en el proceso, y a la vez prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe. Asimismo el inc.6 del citado canon, en cuanto a la facultad de declarar en oportunidad de dictar las sentencias definitivas la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes, y el art. 163 inc. 8, al ocuparse de los recaudos que ha de contener la sentencia definitiva de primera instancia, que en coincidencia con el art. 34, establece que la sentencia deberá contener el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios y en su caso, la declaración de temeridad y malicia en los términos del art. 34 inc. 5.- Ese régimen procesal contiene, como señala CONDORELLI, en la primera obra específica en el tema, diversas normas que regulan -con criterio preventivo algunas veces y represivo otras- la conducta que ha de desplegarse en el proceso o con el proceso (?El abuso y mala fe dentro del proceso??, p.100 y ss., Abeledo Perrot, Bs.As. 1986).- Para que no sea utilizado como caldo de cultivo para situaciones arteras, capciosas o como un medio para bastardear la finalidad económico social de la tutela de los intereses legítimos o jurídicamente protegibles, el legislador trata de contornear el derecho de

acción, a la pretensión a través del acto inicial que es la demanda, que es la primera petición que formula el actor ante el juez contra persona cierta para que declare el derecho que cree tener con relación a esa persona, mediante una serie de recaudos o requisitos para que no se abuse o prostituya ese sagrado derecho de acudir a los tribunales.- Pues bien en el caso del abuso del proceso, la acción es mal utilizada por el litigante mediante un uso improcedente de la pretensión, desnaturalizando así aquel contenido potencial de la acción.- El actor o demandado -en su caso- saben a ciencia cierta que no tienen razón valedera, que no están asistidos de razón. No obstante, abusando de la jurisdicción, componen como improbus litigator un proceso del que se ha de generar daño a la otra parte.- Lo cierto es que, como señala CONDORELLI, el abogado juega en la temática un rol protagónico, como quiera que es a través o no de un juicio, su forma de plantearlo, desarrollo del proceso, tratativas extrajudiciales empleos de medios legales (ob. cit p. 173 y sig.) de allí que el art. 45 del C.P.C. lo asocia en cuanto a su responsabilidad por esta conducta procesal reprochable, en las mismas condiciones que a la parte a la que representa o patrocina. Juegan también a su respecto, el incremento de la necesidad de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, atento la previsibilidad de las consecuencias posibles de ese accionar, que un profesional del derecho no puede desconocer -art. 902 del C. Civil.- Es por todo ello, que de conformidad a lo establecido por el art. 45 del C.P.C. y en función a las muy especiales características, antecedentes directos y alternativas de esta causa, corresponde la aplicación de la sanción que propone mi colega. **ASÍ LO VOTO A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZ DOCTORA NÉLIDA ISABEL ZAMPINI DIJO:** Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 1014 por la parte incidentista; II) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1012 por la parte incidentada, modificándose en tal sentido la sentencia recurrida, ordenando a que la parte demandada y a su letrado apoderado Dr. H. S.de manera conjunta, abonen al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en concepto de multa por temeridad y malicia la suma de pesos ?; III) Imponer las costas a la incidentista vencida (art. 68 del C.P.C.); IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **ASÍ LO VOTO EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RICARDO DOMINGO MONTERISI VOTO EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.** Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: **SENTENCIA** Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo: I) **SE RECHAZA** el recurso de apelación interpuesto a fs. 1014 por la parte incidentista; II) **SE HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 1012 por la parte incidentada, modificándose en tal sentido la sentencia recurrida, ordenando a que la parte demandada y a su letrado apoderado Dr. H. S.de manera conjunta, abonen al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en concepto de multa por temeridad y malicia la suma de pesos ?; III) **SE IMPONEN** las costas a la incidentista vencida (art. 68 del C.P.C.); IV) **SE DIFIERE** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). **DEVUÉLVASE.** **RICARDO DOMINGO MONTERISI NÉLIDA ISABEL ZAMPINI JOSÉ GUTIÉRREZ - Secretario-**

Correlaciones Jara, Carlos Fabián c/Vainstein, Luis A. s/daños y perjuicios s/apelación - Cám. Civ. Com. y Min. Cipolletti -

13/03/2007

Cita digital: