

Públicos, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del art. 151, el auto de apertura a prueba en los procesos de divorcio debe ser notificado, además de las partes, también a dichos funcionarios personalmente y en su despacho (art. 135 in fine), y a partir de la última de las notificaciones recién comienzan a correr los plazos para el ofrecimiento

(8) Conf.: C.N.Civ., sala E, causa N° 146.347, citada "supra" y misma sala, causa N° 146.114, Di C. de G.

y producción de las pruebas (8).

Como colofón, diremos que sería sumamente conveniente que la jurisprudencia llegue —en un tema tan importante como es el que motiva este breve comentario— a tener suficiente uniformidad, con lo cual se habrá hecho un servicio a la justicia y a sus destinatarios directos: las partes en el proceso.

v. G., del 19/8/69.

El gestor procesal

Por CESAR D. YAÑEZ ALVAREZ

SUMARIO:

- I. — ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
- II. — REGIMEN DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS DEROGADO.
- III. — FUENTES DEL ARTICULO 48 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS VIGENTE.
- IV. — REGULACION LEGAL.
- V. — SUPUESTOS QUE CONTEMPLA LA NORMA.
- VI. — RATIFICACION DEL MANDATO O GESTION.
- VII. — INTERPRETACION.
- VIII. — FORMA DE JUSTIFICACION.
- IX. — COMPUTO DEL PLAZO.
- X. — NULIDAD.
- XI. — COSTAS.

I. — ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La ley 21, título V de la Partida III, disponía que quien se presentaba a demandar con poder suficiente, pero que ofrecía dudas, asegurase con fianzas o prendas que su mandante habría por firme lo que hiciese en el pleito. Señala Caravantes (1) "que en esto se fundaba la práctica de admitir a un procurador en juicio aunque se presentara sin poder, o un poder dudoso con la protesta de presentarlo o suplir su defecto, lo que se le apremiaba a efectuar a la mayor brevedad posible".

Esta institución —de cuya utilidad no puede dudarse— ya era conocida en el derecho romano con el nombre de "*cautio de rato et grato*", y permitía ejecutar algunas diligencias ur-

gentes en nombre de terceros, v. gr.: iniciación de acciones posesorias, interrupción de una prescripción, contestar una demanda; o, como se refiere Vélez Sársfield en la nota al art. 920, C.C., si se trata de sostener un proceso por una persona ausente, los hijos de ésta y sus ascendientes pueden obrar en calidad de procuradores presuntos, como también el marido por la mujer.

A estos casos también se refiere Caravantes al citar otras leyes de partidas (2 y 10, tít. 5, Part. 3; 11, tít. 17, Part. 4 y 11, tít. 1, Lib. 10, Nov. Recop.), señalando que no obstante que en la ley de Enjuiciamiento Civil (se refiere a la de 1855) se dispone que "el poder se acompañará precisamente en el primer escrito, sin que se permita en ningún caso la protesta de presentarlo" (art. 13, ap. 2), el artículo citado no debe entenderse como derogatorio de estas excepciones, ya que el pariente podrá salir a la defensa del pleito del pariente que está ausente, por medio de procurador y dando la caución "de rato" (2).

Sin embargo, llama la atención que en su hora no fuera mantenido el instituto de tan honda raigambre hispánica en dicha ley de Enjuiciamiento ni en la de 1881 vigente (ver art. 3).

En nuestro país, varios códigos de provincia la admiten expresamente para casos especiales taxativamente enumerados —con diferencia de detalle—, v. gr.: para interrumpir la prescripción o impedir la pérdida de un derecho, en favor de ciertos parientes consanguíneos y afines que se encuentran en ese momento fuera de la República (Conf.: Córdoba, art. 29; Entre Ríos, arts. 28 y 29; San Luis, art. 54; Santa Fe, art. 43; Santiago del Estero, arts. 30 y 31; Mendoza, art. 29, incs. II y IV).

(1) Caravantes, "Procedimientos judiciales", t. 1, p. 378, N° 70.

(2) Id., op. cit., t. 1, p. 379.

También ha sido incluida la institución en diversos proyectos: Nazar Anchorena (art. 31); Podetti (art. 27, ap. 1 y 3); Fernández (art. 34, incs. 5 y 6) y finalmente por el Anteproyecto para la Provincia de Buenos Aires de 1966 (redactado por Palacio, Mercader, Morello y Sentís Melendo, art. 28).

II. — REGIMEN DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS DEROGADO

Durante la vigencia del anterior Código de Procedimientos, en forma uniforme se entendió que la "cautio de rato et grato" no era aplicable, en virtud de las expresas disposiciones de los arts. 13 y 14 de dicho Código, que exigían en todos los casos la debida justificación del poder invocado (3), o sea, que se consideraba derogado el principio establecido por las referidas Leyes de Partida.

III. — FUENTES DEL ARTICULO 48 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS VIGENTE

Puede considerarse como fuente inmediata del art. 48 del actual C. Pr. (ley 17.454, ver A.L.J.A., 1967-A, p. 533) el art. 200 ley 5177 (ver A.L.J.A. [1853-1958], t. 2, p. 42) de la provincia de Buenos Aires, según lo expresa Palacio (4). Dicha norma establecía: "en los casos urgentes podrá admitirse la comparecencia en juicio del abogado o procurador sin los documentos que acrediten la personalidad, pero si no fuesen presentados dentro del plazo perentorio de 10 días, quedará anulado todo lo actuado por el gestor y éste pagará las costas causadas". Este plazo fue ampliado posteriormente por el decreto-ley 3610/55 (ver J. A., 1956-I, sec. leg., p. 104). En el anteproyecto para la Provincia de 1966 citado "supra", se reprodujo la disposición, pero reduciendo el plazo a 30 días (art. 28). Cabe señalar, que por haber adoptado dicho Estado el Código Procesal de la Nación por ley provincial 7425 (ver A.L.J.A., 1968-B, p. 1446) actualmente rige el art. 48, que es idéntico al de igual número de la ley 17.454.

IV. — REGULACION LEGAL

Dispone el art. 48, C. Pr.: "en casos urgentes podrá admitirse la comparecencia en juicio sin

los instrumentos que acrediten la personalidad, pero si no fueren presentados o no se ratificase la gestión dentro del plazo de 60 días, será nulo todo lo actuado por el gestor y éste pagará las costas causadas, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños ocasionados".

Cabe destacar que en la interpretación que se haga de esta norma no deberá pasarse por alto, en lo pertinente, la nutrida jurisprudencia elaborada por los tribunales de la provincia de Buenos Aires en torno al art. 200, ley 5177, reconocida como su fuente inmediata.

V. — SUPUESTOS QUE CONTEMPLA LA NORMA

Dada la amplitud en que está concebido el art. 48, C. Pr., estimamos que comprende varias hipótesis, que pueden agruparse en las siguientes:

a) Poder insuficiente o defectuoso; b) existe el poder, pero no ha podido ser presentado; c) falta de poder. Consideramos a continuación los casos indicados.

a) *Poder insuficiente o defectuoso.* La hipótesis jugaría, v. gr.: cuando se trata de un poder general que no comprenda la facultad de estar en juicio; de un poder especial para un pleito determinado que se quiere hacer valer en otro; o que contenga defectos formales; o medie exceso con relación a los límites en que está concebido (5); lo mismo, con relación a quien no justificara la excepción del art. 15, ley 10.996 (ver A.L.J.A. [1853-1958], t. 1, p. 221) (6).

b) *Existe poder, pero no ha podido ser presentado.* Esta es una de las situaciones más comunes. Se trataría, v. gr.: de un abogado o procurador a quien se le ha otorgado mandato, pero que por razones de falta de tiempo no puede acompañarlo en su presentación a juicio; o debido a que no le haya entregado el escribano el testimonio; o que la demora se deba a trámites de legalización de poderes extendidos fuera de jurisdicción; o por cualquier otra cuestión de índole burocrática.

En este orden de ideas, recientemente se ha resuelto que si se acompañó el poder con posterioridad, pero dentro del término del art. 48, C. Pr., debe darse curso al recurso de apelación interpuesto (7).

c) *Falta de poder.* Estimamos que con una norma tan lata como lo es la del art. 48, no

(3) Conf.: Alsina, "Tratado...", 2ª ed., t. 1, p. 523, N° 23; Calvento, "El Código de Procedimientos...", p. 21; D'Alessio-Yáñez Alvarez, "Código...", t. 1, p. 151; De la Colina, "Derecho y legislación procesal", t. 1, p. 315; Fernández, "Código...", ed. 1955, t. 1, p. 100.

(4) Palacio, "Manual...", 2ª ed., t. 1, p. 251, d).

(5) Conf.: bajo el régimen anterior: Corte Sup., 4/8/61, "Fallos", 250, 393, ó "J. A.", 1961-VI, p.

230; C. N. Civ., sala A, 13/10/58, "L. L.", t. 92, Índice, p. 87, 288-S; id., sala D, 28/6/60, "J. A.", 1962-V, ps. 3 y 4 (Nros. 12 a 19) (administrador de un consorcio de copropietarios).

(6) C. N. Civ., sala B, 15/9/59, "L. L.", t. 97, Índice, p. 93, 3384-S; id., sala E, 27/9/60, "L. L.", t. 103, p. 775, 6888-S.

(7) C. N. Trab., sala 1ª, 26/6/68, "L. L.", t. 133, p. 1002, 19.514-S.

parece dudoso que también queda cubierto el caso de que el poder no sea de fecha anterior a la presentación, bastando a tal efecto acompañar el instrumento o la ratificación de la gestión dentro del plazo de 60 días (8). Sin embargo, también se ha resuelto lo contrario, sosteniendo que la justificación posterior de la personería no purga la carencia de toda representación al momento de contestar la demanda (9).

VI. — RATIFICACION DEL MANDATO O GESTION

Dispone el art. 1936 C. C., "la ratificación equivale al mandato y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación". Esta norma es aplicable en forma supletoria "a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos" (art. 1870, inc. 6).

A su vez, el art. 2304, expresa: "cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale a un mandato y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió".

Si se tiene en cuenta la amplitud de estos textos, ello demuestra que la interpretación dada al art. 48 en el sentido de abarcar también al caso de ausencia de poder es la correcta (supra, V, c).

A falta de norma expresa como la del artículo en estudio, bajo la vigencia del anterior ordenamiento se había resuelto que la ratificación subsana todas las deficiencias del poder, convalidando retroactivamente los actos realizados (10); y produce sus efectos aun cuando tenga lugar luego de opuesta la excepción de falta de personería, pero la parte que dio motivo a ella debe soportar las costas del incidente respectivo (11).

Ahora bien, estimamos que estando pendiente

el plazo establecido por el art. 48, no corresponde que la contraparte oponga la excepción de falta de personería con relación a quien se presentó invocando su calidad de gestor procesal.

Pensamos que la ratificación puede tener lugar de *distintas maneras*, v. gr.: a) por la presentación personal del mandante en el juicio, ratificando expresamente la gestión efectuada; b) por otorgamiento de un poder especial con cláusula ratificatoria de lo actuado sin poder; c) por un nuevo poder, en caso de mandato insuficiente o defectuoso; d) por otorgamiento y presentación del poder para continuar las gestiones iniciadas sin éste, lo cual también importa convalidar lo actuado.

VII. — INTERPRETACION

Se ha entendido que toda vez que el art. 48 importa una excepción a las normas generales sobre forma de justificar debidamente la representación en juicio (conf. art. 47), debe ser interpretado en forma restrictiva (12).

Sin embargo, debemos aclarar, que toda duda que pudiera plantearse sobre el particular, debe ser resuelta en el sentido más favorable para el ejercicio adecuado de la defensa en juicio de la persona y derechos.

VIII. — FORMA DE JUSTIFICACION

Estimamos que no basta que quien se presente invoque razones de urgencia, sino que las mismas deben resultar en forma objetiva de la misma petición o de las constancias del expediente (13); sin que sea necesario requerir o admitir ninguna prueba para acceder o negar, en su caso, la franquicia legal (14). Y ello, por cuanto lo contrario traería como consecuencia la promoción de incidencias innecesarias y perturbadoras de la marcha regular del procedimiento.

IX. — COMPUTO DEL PLAZO

El plazo de 60 días, aun cuando no se lo diga expresamente como en la fuente de la norma, es perentorio (conf.: art. 155, ap. 1).

Para su cómputo, solamente se toman en

(8) C. N. Civ., sala C, 19/12/68, J. A., t. 1-1969, p. 511 Sup. Corte, Bs. As., 16/5/67, "J. A.", 1963-III, p. 400; Morello, "La reforma procesal civil en la provincia de Buenos Aires", p. 225; Palacio, op. cit., t. 1, p. 251.

(9) C. N. Com., sala A, 10/9/68, "E. D.", t. 25, p. 221; id. id., 21/6/68, "E. D.", t. 24, p. 46.

(10) C. N. Civ., sala A, 13/10/58, "L. L.", t. 92, Índice, p. 87, 288-S; id., sala D, 28/6/60, "J. A.", 1962-V, ps. 3 y 4 (Nros. 12 a 19); id., sala C, 25/11/65, "L. L.", t. 122, p. 915, 13.432-S: siempre

que se produzca con anterioridad a la declaración firme de la pérdida del derecho y que no importe una perturbación culpable del proceso.

(11) C. N. Civ., sala A, 31/5/63, "E. D.", t. 6, p. 94; Alsina, t. 3, p. 100; D'Alessio; Yáñez Álvarez, t. 1, ps. 154 y 409; Proyecto Fernández, art. 34, inc. 6.

(12) Conf.: C. N. Civ., sala A, causa N° 139.351, Sánchez v. Coden y Cía, del 30/8/68; C. N. Com., sala B, 7/2/69, "E. D.", t. 26, p. 605.

(13) C. N. Civ., sala A, fallo cit. en nota 12.

(14) Palacio, t. 1, p. 251.

cuenta los días hábiles, por tratarse de un plazo procesal (conf.: art. 156, ap. 2) (15); plazo que comienza a correr desde la fecha en que se invoca la franquicia, salvo que antes se haya hecho uso del derecho respectivo o se haya tomado intervención en el proceso, supuestos en que se computa desde la primera presentación del gestor (16).

X. — NULIDAD

La falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 48 en el plazo indicado, trae como consecuencia la nulidad de todo lo actuado por el gestor.

En la forma imperativa como está redactada la norma ("será nulo"), pareciera ser que la nulidad se opera de pleno derecho por el mero trascurso del plazo perentorio de 60 días, sin necesidad de declaración o pedido previo del adversario.

Sin embargo, pensamos que ello no es así. En efecto, no debe olvidarse que en definitiva se trata de una nulidad procesal (por falta de personería) y sabido es que en nuestro derecho,

(15) C. N. Civ., sala B, causa N° 139.899, Nemer v. Lanusse, del 26/9/69; Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado", t. 1, p. 322; Morello, op. cit., p. 226; Palacio, t. 1, p. 252.

en principio, todas las nulidades procesales son relativas, por lo cual, siempre será menester la declaración judicial, sea de oficio o a solicitud de parte. En caso de proseguirse los trámites y mediar ulterior ratificación puede quedar convalidado el vicio, lo mismo, en caso de ser consentidas las actuaciones por la parte contraria (17).

XI. — COSTAS

La sanción que trae aparejada la nulidad lleva como consecuencia el pago de las costas causídicas por el gestor y ello es así, por cuanto con su actitud da motivo a la invalidación del proceso.

Dichas costas deben comprender todos los gastos efectuados y honorarios profesionales devengados hasta el momento en que se decreta la nulidad.

Finalmente, cabe señalar que el texto en estudio es de consecuencias más amplias que la fuente (art. 200, ley 5177), en el sentido de que la responsabilidad del gestor se hace también extensiva a los daños ocasionados.

(16) Conf.: C. N. Trab., sala 4ª, 9/9/68. "J. A.", t. 1, 1969, p. 163; Morello, p. 226.

(17) Palacio, t. 1, p. 252, 4º; Conf.: sobre el particular, el meduloso voto del Dr. Axel M. Bremberg, en el fallo de la Sup. Corte Bs. As., del 16/5/67, cit. en la nota 8, "J. A.", 1968-III, sec. prov., p. 400.

El pago previo de las costas de un incidente como requisito de admisión de otro

(Artículo 69, párrafo 2º del Código Procesal)

Por CESAR D. YAÑEZ ALVAREZ

Enseña *Chiovenda* (1) que es un principio antiquísimo que el juez debe condenar en las costas del juicio al vencido. El origen de esta institución resulta de la Epítome de la *Constitución Griega de Zenón*, tomada de las *Basilicas* (Código, Libro VII, Título LI "De fructibus et litis expensis", Ley 5. "Dispone la Constitución que todo juez manda en su sentencia que el vencido pague todas las costas invertidas en el juicio, estándole concedida al mismo juez facultad aun para aumentar la suma de las costas hasta una décima parte de lo que se gastó, si a esto le moviera la imprudencia del vencido...").

Este principio absoluto fue mantenido por

(1) *Chiovenda*, "La condena en costas", trad. española de Juan A. de la Puente y Quijano, ed. "Rev. de Derecho Privado", Madrid, 1928, p. 91, N° 39.

el legislador romano, pues *Justiniano* se refirió expresamente a aquella ley, reiterando lo que preceptuaba en términos casi iguales (Novela 82, C. 10 "de iudicibus").

El *Código derogado* solamente contenía un artículo, el 221, para tratar lo atinente al régimen de las costas en la sentencia definitiva, y que el art. 24 ley 4128 (ver ALJA, 1853-1958:1-185) hiciera extensivo a los incidentes, al decir: "Las costas de todo incidente se impondrán al vencido", o sea, el principio absoluto y objetivo de la condena en costas al perdedor. Como la aplicación rígida de tal tesis daba lugar a situaciones injustas, toda vez que no daba pie al juez para poder eximir al vencido en ningún caso —a pesar de que el art. 221 CPr. permitía hacerlo en determinadas situaciones—, es que la ley