
AGRAVIO EVENTUAL EN EL DERECHO URUGUAYO: SU PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO

POTENTIAL GRIEVANCE IN URUGUAYAN LAW: ITS ADMISSIBILITY AND BASIS

AGRAVO EVENTUAL NO DIREITO URUGUAIO: SUA PROCEDÊNCIA E FUNDAMENTO

SEBASTIÁN BARREIRA MOROSOLI*

RESUMEN: El objeto del presente ensayo consiste en efectuar un análisis conciso del instituto del agravio eventual, su concepto, procedencia y fundamento. En este sentido, es posible adelantar que si bien el agravio eventual carece de una regulación normativa, doctrina y jurisprudencia lo admiten prácticamente sin vacilaciones, permitiendo su promoción en determinadas oportunidades procesales. El instituto de referencia tiene un doble fundamento: jurídico y filosófico, y pese a que no existe regulación normativa expresa, de la lectura de las normas que informan los medios impugnativos, es posible concluir con firmeza su procedencia, teniendo siempre presente que su invocación no puede ser indiscriminada, y dependerá de las circunstancias del caso.

PALABRAS CLAVE: agravio, adhesión, apelación, eventual, recurso.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to carry out a brief analysis of what potential grievance is, its concept, legitimacy and basis. In this sense, it is possible to anticipate that although it is not specifically regulated, both scholars and courts admit it practically without hesitation, allowing it in certain procedural opportunities. This concept has a double basis: legal and philosophical. Although there is no written provision, from the rules regulating the means of challenging decisions, it is possible to firmly conclude its legitimacy, always keeping in mind that it cannot be indiscriminately brought for consideration and it shall depend on the circumstances of the case.

KEY WORDS: grievance, adherence, appeal, potential, means of challenge.

RESUMO: O objeto do presente ensaio consiste em efetuar uma análise concisa do instituto do agravo eventual, conceito, procedência e fundamento. Neste sentido, é

* Doctor en Derecho egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Aspirante a Profesor Adjunto en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture." Miembro del Estudio Jurídico Durán-Clérici. ORCID ID: 0000-0003-3211-729X. sebastian.barreira@me.com

possível adiantar que mesmo carecendo de uma regulamentação normativa, doutrinária e jurisprudencial o agravo eventual é admitido praticamente sem hesitações, permitindo sua promoção em determinadas oportunidades processuais. O instituto de referência tem uma dupla base: jurídica e filosófica, e embora não exista regulamentação expressa da leitura das normas que informam os meios impugnativos, é possível concluir com firmeza a sua proveniência, tendo sempre presente que a sua invocação não pode ser indiscriminada, e dependerá das circunstâncias do caso.

PALAVRAS-CHAVE: agravo, adesão, apelação, eventual, recurso.

1.- ASPECTOS PRELIMINARES

El proceso es una secuencia de actos que se desenvuelven formando un todo integral, caracterizados por la existencia de un estrecho vínculo entre cada uno de ellos, así como también por la finalidad del mismo: la efectividad de los derechos sustanciales.

Ahora bien, en el marco del desarrollo de un proceso, existen múltiples normas y principios que lo regulan, augurando su juridicidad y procurando la consecución de su finalidad, dentro de los cuales podemos destacar el principio de debido proceso, principio por excelencia, consagrado a texto expreso en el artículo 12 de la Constitución.

En esta línea, existen en nuestro ordenamiento formas y modelos previstos expresamente por la ley. En la medida que durante el desarrollo del proceso existan apartamientos o infracciones a dichas formas y modelos, nuestro Derecho prevé mecanismos e instrumentos para corregir dichos desperfectos, y lograr de este modo velar por los derechos sustanciales de los individuos, y en consecuencia, por el Derecho Objetivo en sí mismo. Ese elenco de mecanismos se denomina medios impugnativos.

En palabras de SELVA KLETT: "*La regulación normativa prevé, a manera de modelo, modos de actuación para quienes intervengan en el proceso, para el tribunal cuya actividad se verifica, esencialmente, a través del dictado de resoluciones. Existen elementos internos- que guardan relación esencial con la voluntad del acto- y circunstancias modales, temporales y locativas que la rodean. Cuando los requisitos y las demás circunstancias previstas por la ley no son observados, se habrá incurrido en un defecto por ilegalidad dentro del área procesal.*

Por otro lado cuando el acto cumplido no se adecua a su contenido típico, se incurrirá en incorrección, lo que determina la categorización de vicios o errores in procedendo y de errores in iudicando.

Nace así, el poder de impugnación a favor de los interesados en la legalidad o justicia de los actos judiciales, tendiente a la eliminación del vicio. Este poder deriva de las garantías constitucionales del debido proceso¹"

El artículo 241 consagra el principio de impugnabilidad de las resoluciones judiciales. Así, el primer inciso del artículo antedicho expresa: "*Todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo disposición expresa en contrario.*"

1 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T.III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Pág. 58.

De esta forma, el CGP ofrece una amplia gama de medios impugnativos, detallados en forma precisa por los artículos 242 y siguientes.

Dentro de dichos medios impugnativos, encontramos el recurso de apelación.

El recurso de apelación es definido por COUTURE como el *recurso ordinario conferido al litigante que afirma haber sufrido algún agravio por la sentencia o resolución del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el superior*.²

En nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de apelación cuenta con una definición legal, establecida en el artículo 248 del CGP. En este sentido, dicho artículo establece: *"La apelación es el recurso concedido en favor de todo litigante que haya sufrido agravio por una resolución judicial, con el objeto de que el tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule."*

2.- CONCEPTO DE AGRAVIO

Como mencionáramos *ut supra*, el texto legal expresamente prevé que la apelación supone un recurso, un medio impugnativo que nuestro CGP otorga a todo litigante que *"haya sufrido agravio por una resolución judicial..."*.

El agravio constituye un presupuesto esencial de todo medio impugnativo y por eso es la base de todo recurso. El criterio general resulta del **artículo 242**, que en sede de disposiciones generales de los medios impugnativos, al indicar quienes tienen legitimación para impugnar, precisa en su parte final que los legitimados que indica son aquellos *"a los que la resolución cause un perjuicio, aunque éste sea parcial"*.

Adviértase que el término agravio es reiterado en varias ocasiones en el articulado que regula el instituto de la apelación. Así, el **artículo 251**, que establece los efectos del recurso, dispone, en su inciso tercero, que el recurso de apelación admite efecto diferido, *"limitado a la simple interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva"*. La parte que no tuviere agravios respecto de la sentencia definitiva *igualmente podrá fundar la apelación diferida por vía principal en el plazo de seis días o al evacuar el traslado de la apelación interpuesta por su contraparte contra la sentencia definitiva."*

El **artículo 253**, al regular la apelación contra las sentencias definitivas, establece que *"al evacuar el traslado, podrá la contraparte o cualquier litigante con interés distinto al del recurrente adherir al recurso y fundar, a la vez, sus agravios, los que se sustanciarán con un traslado a la otra parte y a cualquier litigante con interés distinto al del adherente, por el plazo de quince días."*

El **artículo 254** prevé la apelación de las sentencias interlocutorias. En este sentido, en el inciso tercero, determina que si se trata de una resolución dictada en audiencia y procediera la apelación con efecto diferido, *"el recurso se interpondrá en la propia audiencia, procediéndose, en lo demás, según lo dispuesto en el artículo 246.4 y numeral 3) del artículo 251."*

2 Couture, Eduardo; "Vocabulario Jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 102.

La parte que no tuviera agravios sobre la sentencia definitiva *podrá igualmente fundar la apelación concedida con efecto diferido, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 3) del artículo 251.*"

Al regular la resolución del tribunal inferior, el **artículo 255** inciso segundo reza: "*Si el recurso no fuera admitido o existiere agravio por el efecto con el cual fue franqueado, la resolución respectiva podrá ser impugnada exclusivamente a través del recurso de queja, conforme con lo establecido en la Sección V de este Capítulo.*"

Finalmente, en el **artículo 257**, al regular las facultas del Tribunal de Alzada, en el inciso tercero se establece: "*El tribunal podrá decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubieren deducido los recursos previstos por el artículo 244, siempre que en los agravios se solicitare el respectivo pronunciamiento.*"

En este marco, entiendo que el concepto de agravio adquiere, en materia de apelación, una trascendencia especial. Más allá de que se prevé expresamente en qué casos procede el recurso, el codificador atribuye, a mi entender, una importancia sustancial al agravio, como elemento determinante para que proceda el recurso referido. La prueba de ello radica en que se encarga de hacer alusión al término una y otra vez, durante toda la regulación del instituto de la apelación.

Ahora bien, si bien hace referencia al agravio en múltiples ocasiones, nuestro C.G.P carece de una definición legal del mismo. No deja de parecer curioso en este punto que siendo un concepto de gran trascendencia, no haya existido una definición legal expresa.

En esta línea, es necesario recurrir a criterios doctrinarios y jurisprudenciales a efectos de determinar en qué casos nos encontramos frente a un agravio, o en otros términos, que puede considerarse agravio, desde el punto de vista jurídico.

COUTURE definía el agravio como un "*perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante.*"³

En relación al agravio, KLETT expresa: "*Es el perjuicio que, en virtud de la sucumbencia, tiene que sufrir la parte para estar habilitado a presentar el recurso de apelación, que, justamente tiene por finalidad esencial reparar dicho perjuicio.*"

Ya se ha estudiado en esta obra "el interés" dentro de las condiciones de la acción, expresando que este debe tenerse al inicio del proceso y mantenerse en el hasta su finalización. En segunda instancia, el interés se halla vinculado con el agravio, que es el elemento que permite deducir el recurso de apelación."⁴

Cuando nos referimos al agravio, la doctrina ha manifestado que el agravio consiste básicamente, en la alegación de la injusticia de la sentencia derivada del incumplimiento de normas sustanciales o en su defecto, de una inadecuada valoración de la prueba, determinando de esta forma que el Tribunal de Alzada subsane el defecto, revoque la

3 Couture, Eduardo: "Vocabulario jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 85.

4 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Pág. 58.

decisión y dicte lo que por derecho corresponda, augurando así por la consecución del derecho objetivo, y así los derechos subjetivos. De esta forma, se ha sostenido que el interés es la medida de la acción y el agravio, es la medida del recurso de apelación.⁵

Por su parte, VESCOVI, siguiendo a PALACIO, expresaba que el agravio supone la *"sucumbencia, el vencimiento, la insatisfacción total y/o parcial de cualesquiera de las pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso."*

En general, no hay reglas generales más que las expuestas, es decir que la existencia del perjuicio (agravio) debe apreciarse en el caso concreto para determinar si realmente, en esa apelación, existe o no un interés del apelante en recurrir.

*La expresión de agravios constituye una necesidad, puesto que constituirá, como dijimos, la medida de la apelación ("la pretensión de la segunda instancia"), dentro del régimen dispositivo que nos rige."*⁶

La Jurisprudencia también en forma unánime ha sostenido la trascendencia de la exposición de los agravios a la hora de interponer un recurso de apelación, destacando el hecho de que la expresión de los mismos supone justamente un análisis crítico y detallado de la sentencia, exponiendo los errores en los que pudo haber incurrido el magistrado y que en consecuencia hacen de la misma, un pronunciamiento injusto.⁷

De esta forma, queda claro que el concepto de agravio adquiere en sede de apelación un carácter esencial, trascendental. Constituye una carga de todo litigante a la hora de interponer un recurso de apelación, la identificación clara y detallada de cada uno de los errores en los que a su entender, incurrió el sentenciante al momento de dictar sentencia. Ello por cuanto son dichos errores los que en definitiva, constituyen la causa u origen de los agravios del litigante, y que determinan en consecuencia, el carácter de injusta de la resolución judicial.

3.- AGRAVIO EVENTUAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Originariamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido que el agravio debe ser actual y directo, y no eventual: en este sentido, se procura que ese perjuicio, ese impacto negativo que por su injusticia causa la resolución judicial que se trate, debe plantearse al momento de interponer el recurso de apelación respectivo, dado que es el contenido de dicha sentencia la que genera ese impacto en el litigante.

Es decir, se habla, en principio, de una conexión temporal, una simultaneidad entre el dictado de la resolución judicial y la configuración del agravio.

No obstante lo antedicho, doctrina y jurisprudencia han dado paso a un nuevo insti-

5 Giuffra, Carolina: "Los recursos judiciales en el C.G.P.T.I."; Ed. FCU; Montevideo; Año 2013; Pág. 111 y 117.

6 Vescovi, Enrique: "Derecho procesal T. VI"; Ed. IDEA; Montevideo; Año 1985; Págs. 77 y 111.

7 Así, en Sentencia 53/2016 dictada por el TAC 2º, sostuvo: "...la carga de la expresión de agravios impuesta por el art. 253.1 C.G.P. implica un examen por el apelante de los fundamentos...". En idéntico sentido, véase Sent. 40/2017 dictada por el TAC 7º y Sent. 348/2006 del TAT 3º.

tuto, que permite exponer no ya los agravios actuales, sino también los eventuales que pueda causar una modificación de una sentencia de primera instancia que haya sido favorable a la parte objeto de agravio. Es lo que se denomina agravio eventual.

En esta línea, KLETT manifestó: *"Cuando el agravio surge, no ya de la propia sentencia como viene de verse, sino de la posibilidad de modificación de esta, habida cuenta del recurso de apelación introducido por la contraparte u otro litigante con interés distinto."*⁸

*En otras palabras, las cargas nacen cuando algún acto o circunstancia pone al litigante en esa situación jurídica. En el caso del agravio eventual, el interesado recién puede desarrollar su defensa, cuando la apelación del otro hace peligrar el status quo obtenido en la sentencia de primera instancia."*⁸

A efectos de poder entender mejor la temática, planteamos un ejemplo práctico.

Supongamos que A promueve demanda por responsabilidad extracontractual contra B. B contesta la demanda, y deduce excepciones previas de cosa juzgada y caducidad. La sentencia interlocutoria desestima la primera y acoge la segunda, con lo cual clausura el proceso. B no tiene agravio directo para apelar la sentencia, porque ganó, el juicio terminó, pese a que solamente acogieron una de sus excepciones. Ahora, si A apela porque clausuraron el proceso, el demandado hace valer lo que sí es un agravio eventual, que solamente se materializa si revocan la decisión sobre caducidad, pues para esa eventualidad o hipótesis, quiere que declaren la cosa juzgada que se había desestimado.

De esta forma, el litigante vencedor tiene la oportunidad de defender su pretensión inicial, y sobretodo, lograr que se mantenga la decisión judicial recurrida.

Ahora bien, el agravio eventual irrumpió de alguna manera los clásicos preceptos del Derecho Procesal, fundamentalmente en lo que atañe al recurso de apelación, en el entendido de que el agravio es actual, y nunca eventual. Ello por cuanto la sentencia que causa agravio, el C.G.P dispone que el litigante tiene un plazo de 15 o 6 días, dependiendo de la circunstancia, para interponer el recurso de apelación. Por tanto, ello nos da a entender, que entre la sentencia dictada y el impacto o lesión que tiene el litigante, existe una cierta simultaneidad en tiempo: el agravio surge de la sentencia dictada.

Ahora bien, la apertura de la doctrina y jurisprudencia hacia la figura del agravio eventual tiene su fundamento en un principio rector del Derecho Procesal: el debido proceso y en uno de sus corolarios, el acceso a la justicia.

El principio de debido proceso se encuentra expresamente consagrado en la Constitución de la República, en su artículo 12, el cual reza: *"Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal."*

En lo que refiere debido proceso, COUTURE expresó que se trata de una *"garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos."*⁹

8 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014, Págs. 71-72.

9 Couture, E.; "Vocabulario jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 230.

En doctrina, OVALLE FAVELLA, siguiendo a COUTURE, manifestó que "*cuando la Constitución establece que nadie debe ser condenado sin forma de proceso (due process of law, en su sentido más estricto), consagra implícitamente el principio de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera, es decir por una farsa de proceso, de esos tan increíblemente frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo solo un medio de realización de la justicia, viene a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma.*"¹⁰

En lo que respecta al acceso a la justicia, su importancia ha adquirido gran trascendencia en los últimos tiempos, siendo no solo un pilar fundamental, sino una condición del debido proceso: no podemos hablar de debido proceso, sin acceso a la justicia, es decir, sin que el individuo tenga la posibilidad de ejercer su poder jurídico de contradicción, de oponerse a los fundamentos de una pretensión, todo ello, ante el tribunal competente o que esté conociendo en la causa respectiva.

Al respecto, GREIF sostuvo en relación al acceso a la justicia: "*Entendemos el acceso a la Justicia como la posibilidad de toda persona- independientemente de su condición económica o de otra naturaleza- de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, y de obtener así atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas.*

Esto que nosotros denominamos acceso a la Justicia, se ha transformado paulatinamente en un derecho humano de primerísimo orden, recogido en toda declaración e instrumento de carácter internacional referido a los derechos humanos.

En el centro del tema del acceso, encontramos presente un gran "dilema": que de nada vale tener "derecho" si no existen sistemas, ya sea judiciales o extra judiciales (medios alternativos de justicia) que sean idóneos a la hora de tutelar aquellos, de hacerlos efectivos.

El objetivo de este "proyecto", es determinar de qué forma el sistema uruguayo tutela las expectativas de sus "usuarios" con relación al acceso, para que ellos encuentren una respuesta a sus necesidades humanas de determinación externa, a una situación que viven como insatisfacción."¹¹

Analizando los conceptos transcritos, podemos expresar que el agravio eventual nace de la eventual modificación que pueda surgir de una sentencia de segunda instancia, en la que pueda afectarse los derechos del litigante que haya resultado ganancioso en primera instancia. Su promoción tiene lugar a través de la contestación de la apelación o de la adhesión a la apelación, y tiene su fundamento en los principios de debido proceso y acceso a la justicia, y en definitiva, en lograr la tutela efectiva de los derechos sustanciales.

10 Ovalle Favella, J: "Garantías constitucionales del proceso" publicado en "Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture T. II"; Ed. LA LEY; Montevideo; Año 2017; Pág. 657.

11 Greif, J.; "Principios constitucionales del proceso" publicado en "Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture T.II"; Ed. LA LEY; Montevideo; Año 2017; Págs. 153-154.

4.- OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PROMOVER EL AGRAVIO EVENTUAL: LA CONTESTACIÓN DE LA APELACIÓN O LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

Ya mencionamos el concepto de agravio eventual, y su fundamento, Corresponde ahora que contestemos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la oportunidad procesal para aducirlo?

El Derecho Procesal, a través de sus normas, brinda a los litigantes múltiples herramientas para poder desenvolverse de la mejor manera posible conforme a sus intereses y a las circunstancias, y así, poder hacer efectivos sus derechos.

Ahora bien, ello no implica que los agentes deban usar inescrupulosamente y sin límites, los distintos institutos que el derecho procesal regula. En otras palabras, no se puede caer en un abuso de las vías procesales: de esta forma se estaría contrariando el estándar del buen litigante, y además, se estaría actuando en contra de la propia finalidad del proceso.

En este sentido, y si nos enfocamos en el tema de análisis, las personas no pueden apelar "por las dudas"; no se puede deducir un recurso o un incidente por la simple duda o temor de que cambien las circunstancias.

Volvamos al ejemplo práctico planteado ut supra. Supongamos que el litigante que perdió, promueve recurso de apelación. En este caso, el demandado, como habíamos visto, si puede manifestar lo que es un agravio eventual, el cual solamente se materializa si revocan la decisión sobre caducidad, pues para esa eventualidad o hipótesis, quiere que declaren la cosa juzgada que se había desestimado.

Ahora, nos planteamos ¿Cuándo puede el demandado aducir ese agravio eventual?

Podemos sostener la contestación a la apelación, como oportunidad procesal oportuna para manifestar el agravio eventual. En este sentido, una vez que el actor promueve el recurso de apelación, al evacuar el traslado, el demandado puede expresar en el mismo escrito, su agravio eventual, el cual se materializará si revocan la decisión sobre la excepción de caducidad.

No obstante lo antedicho, existe en nuestro Derecho, otra vía procesal para aducir el agravio eventual: la adhesión a la apelación.

La adhesión está especialmente prevista en el C.G.P. En este sentido, el artículo 253 inciso 1° dispone: *"El recurso de apelación contra las sentencias definitivas se interpondrá, en escrito fundado, dentro del plazo de quince días. Se sustanciará con un traslado a la contraparte y a cualquier litigante con interés distinto al del recurrente, por el término de quince días. Al evacuar el traslado, podrá la contraparte o cualquier litigante con interés distinto al del recurrente adherir al recurso y fundar, a la vez, sus agravios, los que se sustanciarán con un traslado a la otra parte y a cualquier litigante con interés distinto al del adherente, por el plazo de quince*

días. La apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por desistidos a los recurrentes."

La adhesión a la apelación también está prevista para el caso de la apelación de sentencias interlocutorias, según lo previsto en el artículo 254.

En doctrina, KLETT expresó en relación a la temática en cuestión: *"La apelación adhesiva consiste en la facultad concedida al sujeto legitimado, que no apeló por vía principal, para adicionar su apelación, al recurso deducido por su contraparte o por un litigante con interés contrario, en el momento de evacuar traslado de la apelación deducida (art. 253 inc. 1, para las sentencias definitivas, y art. 254 CGP, para las interlocutorias que remite al régimen de las sentencias definitivas).*

Para constituir una adhesión a la apelación debe formularse concretos agravios que amplíen el objeto de la segunda instancia fijada inicialmente por el contenido del recurso interpuesto por vía principal...

*La apelación adhesiva es, en lo esencial, igual a la apelación principal, por ello puede ser parcial, es más, ese presupuesto- el agravio parcial- es lo que justifica la utilización de la adhesión y no de la apelación principal."*¹²

VESCOVI, en una tesis similar, expresó: *"El recurso adhesivo consiste en la facultad del recurrido que no apeló de adherir a la recurrencia de su adversario.*

Es una posibilidad que se da a quien no ha usado de determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, a su vez, su impugnación en base a los agravios, que también a él, causa la providencia.

*Es común que se admita para la apelación, aunque también es posible admitirlo en otros recursos. En aquel caso consiste, dice BARRIOS DE ANGELIS, en "acoplar la propia apelación a la ya deducida del contrario".*¹³

TARIGO, por su parte, indicó que consiste en *"sumarse, uno de los litigantes, al recurso de apelación deducido pro su contraparte. Como uno de los requisitos básicos del recurso es que la sentencia recurrida cause agravio o perjuicio, es claro que el instituto de la adhesión a la apelación solo podrá configurarse cuando la sentencia, aun siendo favorable al adherente, no lo sea en su absoluta integridad."*¹⁴

La adhesión a la apelación es en consecuencia, un instituto procesal, una facultad que se otorga al litigante que no promovió el recurso, a adherir o adicionar a la apelación deducida por su adversario, su propia apelación, y que en cumplimiento de lo expuesto por las normas procesales, deben estar expresamente determinados sus agravios para lograr la prosperidad del recurso.

12 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P.T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Págs. 74-75.

13 Vescovi, E.; "Derecho procesal T. VI"; Ed. IDEA; Montevideo; Año 1985; Págs. 119-120.

14 Tarigo, E.; "Lecciones de derecho procesal civil T. II"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2018; Pág. 252.

Por tanto, podemos visualizar dos vías o mecanismos para plantear el agravio eventual: la contestación de la apelación o la adhesión a la apelación.

A mi entender, la contestación de la apelación supone el mecanismo más idóneo y eficaz para hacer valer el agravio eventual. Incluso si existieran tribunales que sostengan como única vía la adhesión, la misma puede perfectamente plantearse al contestar la apelación del contrario, y así indicar expresamente que para el caso de que el Tribunal de Alzada tenga esa postura, se tenga ese sector de la contestación como adhesión de la apelación por agravio eventual y se la sustancie y franquee como tal.

En esta línea, el instituto del agravio eventual, aplicado u operado a través de la contestación de la apelación, supone la manifestación en su plenitud de dos principios procesales: el principio de concentración y el principio de economía procesal. A través de la contestación, y en lo que refiere a la promoción del agravio eventual, se lograría evitar recurrir a otras vías que tal vez llevaría a duraciones excesivas, y eventualmente, a resultados no deseados.

5.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En nuestro país, los tribunales admiten prácticamente sin matices, el agravio eventual, y la adhesión a la apelación como mecanismo para su promoción.

En este sentido, en un caso en el cual se discutía sobre la posibilidad de aumentar el porcentaje de condena al pago determinado en el primer grado con relación a dos empresas involucradas, el cual se había establecido en un 20% de las sumas reclamadas, en sentencia de segunda instancia número 68 de fecha 1 de abril de 2009, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno expresaba: *"El Tribunal, integrado y por mayoría, con el quórum legalmente reclamado (arts. 6 y conc. Ley N° 15.750), estima que corresponde arribar a decisión confirmatoria en el extremo en análisis. Porque se compulsa que ante la impugnación de la sentencia definitiva recaída por los coaccionados postulando dictado de decisión absolutoria a su respecto, no se formularon agravios "ad eventum" por los co accionantes... para el supuesto de que se modificaran los porcentuales de coparticipación causal de los demandados en la segunda instancia evitando, de tal forma, el riesgo de perder porcentuales de las sumas pretendidas al no poderse modificar en perjuicio de los apelantes las contribuciones al soporte de las indemnizaciones que efectivamente cuestionaron. En tal sentido, se ha dicho, en desarrollos que integralmente se comparten que "...el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia haga lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual- en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada-, se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1)."*¹⁵

En un caso de responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno en sentencia número 225 de fecha 31 de agosto

¹⁵ "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 1-2/2010"; Año 2009; Ed. FCU; Pág. 572.

de 2009, indicaba: "Con respecto a la adhesión deducida por el codemandado M.G. a la apelación interpuesta por la I.M.M., a juicio del Tribunal carece de interés para agravarse contra la sentencia que ataca. Como puede apreciarse en su escrito recursivo..., el mencionado codemandado se agravia por considerar que el responsable de tránsito no fue el funcionario de la IMM, sino que el verdadero responsable fue H.V. Según lo establecido claramente por el art. 242 CGP, tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales las partes a las que la resolución cause un perjuicio, aunque este sea parcial. Parece claro que la sentencia de primera instancia no es pasible de causar ningún agravio a M.G., desde que lo exonero de responsabilidad. Es cierto que podría haber expresado un agravio eventual contra la sentencia, si la actora la hubiese apelado solicitando que se condenara también a los demás codemandados, pero eso no sucedió. No puede expresar un agravio eventual ante la apelación de la IMM, ya que, en caso de que el Tribunal hiciera lugar a los agravios por ella manifestados, la revocatoria de la sentencia no traería consigo la condena de M.G. Por tal razón, debe declararse mal franqueada la adhesión a la apelación por él formulada."¹⁶.

El pasaje del fallo transcrito merece un comentario especial: en este caso, vemos la configuración de un litisconsorcio pasivo, en el cual se pueden identificar claramente, tres codemandados: M.G., I.M.M. y H.V. La sentencia de primera instancia, condena a I.M.M. Ahora bien, vemos que I.M.M. interpone recurso de apelación, manifestando que no fue un funcionario de su institución el responsable del accidente, sino que el verdadero responsable fue H.V. Ahora bien, en este escenario: M.G. podría deducir agravio eventual por la vía adhesiva?

La respuesta es negativa, y ello, en consonancia con lo expresado por el Tribunal, encuentra su fundamento en que no existe ningún agravio actual y directo para M.G., dado que la sentencia de primera instancia lo absolvió. Pero a su vez, tampoco puede existir ningún agravio eventual, dado que en ningún momento en su apelación, I.M.M. mencionó que la responsabilidad debía atribuirse a M.G. Por lo que en esta línea de razonamiento, y en aplicación del principio "*non reformatio in pejus*" y de lo dispuesto en el artículo 257 del C.G.P., la adhesión que pueda deducir M.G. no puede prosperar.

En consecuencia, comparto plenamente lo resuelto por el Tribunal, y en este sentido, podemos concluir que es claro que el agravio eventual deducido a través de la adhesión, no puede prosperar ni aplicarse siempre y sin más: es necesario determinar el contexto del proceso y de las circunstancias, a efectos de evaluar si ameritan o no la aplicación de dicho instituto.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, en sentencia número 192 de fecha 4 de diciembre de 2013, donde discutía el carácter no precario o arrendatario de una persona, establecía: "La defensa de fondo del emplazado no puede ser tratada, no solamente por la limitación del objeto de la apelación en curso, sino porque aquella no fue traída tampoco al debate de la segunda instancia por el demandado R.F. La problemática se contesta así, en el criterio de este Colegiado, considerando que debe tenerse presente que el demandado al contestar la apelación no articuló a su vez una apelación "*ad eventum*", para el caso de que la decisión de primera instancia fuere revocada y bajo el fundamento de que se habría soslayado su calidad de presunto arrendatario, no habiendo pedido que para el caso que cayere la sentencia recurrida (que

16 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 1-2/2010"; Año 2009; Ed. FCU; Pág. 573-574.

se pronunció solamente en lo formal sobre la falta de legitimación) se declarara su calidad de locatario-arrendatario..."¹⁷

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, en sentencia número 31 de fecha 12 de marzo de 2014, donde se discutía el porcentaje del monto de la indemnización por concepto de daño lucro cesante, se estableció: *"En relación al monto, el mismo debería ser, en principio, por el todo y no el 90% fallado sin embargo, en la medida que no medió agravio de parte (actora) en tal sentido no puede ser modificado en aplicación del principio reformatio in pejus contra la demandada (art. 251.1 del CGP). Si bien la actora no podía apelar porque en el fallo se le dio lo que pedía a título de pérdida de chance nada obstaba que, al contestar la apelación formulara un agravio eventual para salvaguardar su derecho. En sentencia No. 282/2010, analizando este tema, el Tribunal manifestó: 'Se comparte lo expresado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno cuando sostuviera' ...el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia haga lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual- en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada-, se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1) ... El agravio eventual debió decir que, para el caso de que se entendiese que estamos frente a un lucro cesante se tenga presente que el monto objeto de condena o justiprecio del daño debe comprender el 100% y no el 90% finalmente fallado."*¹⁸

En un juicio ejecutivo, en primera instancia, se desestimaron las excepciones de incompetencia e inadecuación del trámite y se amparó la excepción de inhabilidad de título, dejándose sin efecto la ejecución y ordenándose levantamiento de embargo trabado. Contra la resolución que dispuso lo antedicho, se alzó en tiempo y forma la parte actora. La parte demandada, al evacuar el traslado de la apelación, además de abogar por la confirmatoria de la impugnada, dedujo adhesión eventual por el rechazo de las excepciones de incompetencia e inadecuación del trámite, y planteó adhesión a la apelación de la interlocutoria que no había admitido ingreso de hecho nuevo ni prueba documental, con efecto diferido, que no había anunciado la parte actora y luego no fundado. En este punto, por decisión anticipada, la Sala confirmó la sentencia definitiva apelada, y sostuvo que *"no correspondía analizar la adhesión eventual por el rechazo de otras dos excepciones y que cabía declarar la inadmisibilidad procesal de la pretendida adhesión a apelación con efecto diferido enderezado contra una interlocutoria, que nunca fue fundada por la apelante ni pudo por tanto ser sustanciada ni franqueada."* Por otra parte, se sostuvo: *"Por razones de orden lógico, procede examinar en primer término la pretendida adhesión de la parte demandada a la apelación que la parte actora había anunciado contra la providencia n° 1184/2014 que no hizo lugar al ingreso de hecho nuevo y prueba relativa al mismo. Esa adhesión nunca pudo existir como tal, porque en audiencia solamente la parte actora anunció apelación contra la interlocutoria aludida y se tuvo ello presente con efecto diferido, pero la apelante nunca fundó los agravios, pues al apelar la sentencia definitiva optó por no hacerlo. Mal puede entonces la parte demandada, que ni siquiera*

17 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 2/2011"; Año 2012-2013; Ed. FCU; Pág. 851.

18 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 2/2015"; Año 2014/2015; Ed. FCU; Págs. 857-858.

*había anunciado apelación, adherir a una apelación que legalmente ha de considerarse desistida, por no habérsela fundado, de conformidad con lo establecido por los arts. 252.1 inciso 3 y 254 acápite del Código General del Proceso. La adhesión a la apelación constituye una estrategia procesal dependiente, subordinada a la existencia de una apelación, y si ésta no existe o cae, no resulta viable adherir. Tampoco puede en el caso canjearse por apelación directa, porque la adherente no había anunciado apelación."*¹⁹

En una acción de amparo, el TAC 5° manifestó en relación al agravio eventual: *"Desde el punto de vista procedimental, cabe puntualizar que la parte actora incurre en error cuando califica como agravio eventual el que deduce por vía principal. La demanda fue promovida contra dos sujetos (MSP y FNR) y amparada solamente contra uno de ellos (FNR) de modo que le asistía agravio directo contra la sentencia de primer grado, que no solo debía hacer valer por vía de apelación, ya que se había desestimado la demanda contra uno de sus demandados puesto que la condena al otro demandado a suministrar el medicamento, no cambia el hecho que el amparo de la demanda haya sido solo parcial y que uno de los accionados haya sido exonerado, pese a lo que fuera pedido por la parte actora en la demanda. No se trataba, entonces, de un perjuicio que se verificada solo por la apelación de la contraparte, que es en lo que consiste un agravio eventual, porque en el caso no existe en razón de la apelación del contrario, sino que deriva directamente del rechazo parcial de la demanda que realizó la sentencia atacada."*²⁰

También se ha sostenido por el mismo tribunal: *"...por lo demás, incurre en error la parte actora al estimar que su agravio por la absolución del MSP era eventual, puesto que al haberlo demandado y haberse desestimado la demanda a su respecto, el agravio era directo, habilitante de apelación directa, única admitida en la norma especial aplicable, pues un agravio eventual consiste en perjuicio que solamente se origina por el hipotético éxito de la apelación de una contraparte y no, como el directo, por el fallo recaído, aun antes de ser apelado..."*²¹

De los fallos expuestos, se desprende claramente que la jurisprudencia admite la procedencia del agravio eventual. A su vez, como puede verse, los fallos hacen alusión a la adhesión y a la contestación de la apelación como mecanismos para promover el instituto de referencia, así como también en qué casos debe proceder el mismo.

6.- CONCLUSIONES

Las normas procesales informan como requisito fundamental para la interposición del recurso de apelación, la configuración de un agravio, esto es, un perjuicio o lesión de índole moral, psicológica o material que causa la resolución judicial que será objeto de impugnación.

Ahora bien, nos planteamos, este agravio: ¿Debe ser siempre actual? La respuesta a esta interrogante es negativa. Como desarrollamos oportunamente, puede suceder que el agravio no provenga directamente de la sentencia, sino de la eventual posibilidad

19 Véase Sentencia DFA-0004-000706/2015 SEF-0004-000156/2015 de fecha 16 de diciembre de 2015 dictada por el TAC 5°.

20 Sentencia número 63/2018 dictada con fecha 24 de mayo de 2018 por el TAC 5°.

21 Sentencia 203/2018 dictada con fecha 31 de mayo de 2018 por el TAC 5°.

de revocación de esta, atento al recurso de apelación interpuesto por una de las partes. En este sentido, doctrina y jurisprudencia admiten sin vacilaciones, la posibilidad de, a través del instituto de la adhesión y de la contestación de la apelación, invocar el agravio eventual.

¿Cuál es el fundamento del agravio eventual? En esta línea, personalmente entiendo que existe un fundamento jurídico-filosófico, pero también normativo. En el primer caso, la aplicación del agravio eventual encuentra su principal argumentación en los principios de debido proceso y el de acceso de la justicia, y también en los principios de economía procesal y concentración. En este sentido, la base del fundamento radica en la posibilidad de que tiene toda persona de invocar o promover la defensa de su pretensión ante cualquiera órgano jurisdiccional, concretándose ello no solo a través de la interposición de la demanda, sino también durante el desarrollo del proceso, a través de sus diversas etapas y por medio de las diversas herramientas que el orden jurídico procesal otorga a los litigantes.

En el segundo caso, el fundamento normativo encuentra su razón de ser en el propio texto legal. Así, de los artículos que nuestro C.G.P dedica a la regulación del recurso de apelación, además de carecer de una definición expresa de agravio, tampoco menciona a texto expreso que el agravio debe ser actual. En consecuencia, también carece de regulación el instituto del agravio eventual.

Por tanto, siendo que el agravio eventual carece de conceptualización y regulación expresa, pero a su vez, atento a que la ley no lo prohíbe expresamente, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 8 del Código Civil, el instituto del agravio eventual es plenamente admisible.

En cuanto a la oportunidad procesal para su promoción, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar la contestación a la apelación y la adhesión como mecanismos para su deducción, aspecto que comparto plenamente, y ello porque, en aplicación de los principios de economía procesal y el principio de concentración, es necesario procurar aplicar el precepto de lograr encontrar la solución más efectiva, en el menor lapso de tiempo posible, o en otros términos, tratar de evitar sobrecargar la labor de los tribunales, evitando acceder a mecanismos que llevan a dilatar innecesariamente el proceso, y a la larga, lo único que hacen, es perjudicar los derechos de las partes.

Por supuesto, que en cualquier caso, y en cada instancia puntual, es necesario analizar detalladamente la situación en que se haya el litigante, para ver cómo le conviene proceder, pero siempre es necesario partir de una visión que procure acceder a la solución más jurídica, en el menor lapso posible. Es tal vez algo difícil de lograr en nuestros tiempos, pero es un desafío que nos podemos plantear los operadores del Derecho.