

Capítulo I

PRUEBA DOCUMENTAL

1. Ofrecimiento	57
1.1. Código de la Nación	57
1.2. Otros códigos	59
2. Inadmisibilidad	60
3. Producción	62
3.1. Documentos a disposición del litigante	63
3.1.1. Documentos escritos	64
3.1.1.1. Documentos públicos	64
3.1.1.2. Documentos privados	65
3.1.1.2.1. Documentos privados emanados de las partes	65
3.1.1.2.2. Documentos privados emanados de terceros	75
3.1.2. Documentos no escritos	77
3.1.3. Documentos que no están a disposición del litigante	78
3.1.3.1. Exhibición de documentos	81

SECCION SEGUNDA

LA NEGLIGENCIA EN ESPECIAL

Capítulo I

PRUEBA DOCUMENTAL

SUMARIO: 1. Ofrecimiento. 1.1. Código de la Nación. 1.2. Otros códigos. 2. Inadmisibilidad. 3. Producción. 3.1.1. Documentos a disposición del litigante. 3.1.1.1. Documentos escritos. 3.1.1.1.1. Documentos públicos. 3.1.1.1.2. Documentos privados. 3.1.1.1.2.1. Documentos privados emanados de las partes. 3.1.1.1.2.2. Documentos privados emanados de terceros. 3.1.1.2. Documentos no escritos. 3.1.2. Documentos que no están a disposición del litigante. 3.1.2.1. Exhibición de documentos.

1. Ofrecimiento.

1.1. *Código de la Nación*. El artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹, dispone que con la demanda, reconvencción y contestación de ambas *en toda clase de juicios*, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes. Si no la tuviesen a su disposición, la individualizarán indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre.

La obligación prescripta por la ley cede en dos circunstancias:

- a) Cuando en el responde de la demanda o de la reconvencción se alegaren hechos no invocados en la demanda o contrademanda. En tal supuesto, los demandantes o reconvinientes, según el caso, podrán agregar, dentro de los cinco días de notificada la providencia respectiva, la prueba documental referente a esos hechos (CPN, art.334)²; y
- b) Cuando después de interpuesta la demanda, el actor presente documentos de fecha posterior, o anteriores, bajo juramento o afirmación de no haber tenido antes conocimiento de ellos (CPN, art.335)³.

¹ Buenos Aires, 332.

² Buenos Aires, 333; el CPN, en su versión ley 17.454 preveía que en el caso normado se procediese a la agregación de la prueba *sin otra sustanciación*. El precepto, que subsiste en Buenos Aires, fue censurado a raíz de no darse al demandado o reconviniente oportunidad de reconocer o negar la autenticidad de los documentos, defecto al que puso remedio la ley 22.434 que ordena dar traslado a la otra parte.

³ Buenos Aires, 334.

La doctrina está de acuerdo en que la agregación puede disponerse durante el período de prueba y aun más adelante, hasta que pasen los autos para sentencia⁴.

Esto en cuanto a la primera instancia. Respecto de la segunda, las partes deberán, dentro del quinto día de notificada la providencia de trámite, presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos (CPN, art. 260, inc. 3°). Me siento obligado a discrepar con Fassi respecto de que la afirmación de no haber tenido antes conocimiento de los documentos “no puede hacerse por primera vez en segunda instancia”⁵: teniendo en cuenta que después del llamamiento de autos para sentencia queda cerrada toda discusión y no puede presentarse más escritos ni producirse más pruebas (art. 484, CPN), es obvio que la primera oportunidad de invocar el desconocimiento sobrevendrá en la alzada.

Para que la cámara entre a considerar documentos no presentados al inferior, éstos deben reunir una de las dos condiciones exigidas por la ley: que sean de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia o, siendo anteriores, que el interesado en la admisión afirme no haber tenido *antes conocimiento de ellos*. Comparto con Palacio el criterio de que no basta, en este último caso, la mera afirmación del oferente: ella “debe ir acompañada de la enunciación de razones suficientes y verosímiles que sustenten el pedido, ya que de lo contrario, aparte de facilitarse actitudes reñidas con los deberes de lealtad y buena fe, resultaría desvirtuado el carácter excepcional que reviste la posibilidad de aportar elementos probatorios en segunda instancia⁶.

⁴ Conf.: Fassi, *ob. cit.*, I, p. 49.

⁵ *Ob. cit.*, I, p. 712.

⁶ *Ob. cit.*, V, 282. Conf.: CNCiv., sala C: La prueba documental en la alzada procede sólo en los supuestos contemplados en el inc. 3° del art. 260, C. Pr., ya que el criterio que rige sobre el particular es restrictivo (JA, Rep. 1976, p. 454, síntesis).

1.2. *Otros códigos.* Los de Córdoba⁷, Corrientes⁸ y Santa Fe⁹, entre otros, admiten la posibilidad de presentar prueba documental con posterioridad a la demanda y contestación, siempre que se lo haga dentro del plazo general del ofrecimiento de prueba. La única sanción consiste en cargar con las costas causadas por la presentación tardía¹⁰.

Conforme a la exégesis practicada sobre el artículo 72 del entonces código de la Capital, antes de su reforma por la ley 14.237¹¹, la jurisprudencia provincial suele distinguir entre documentos en que se funde el derecho y los que justifiquen la demanda, reservándose sólo para los primeros la exigencia de presentarlos con ésta, pudiendo, los que sirven para probar determinados hechos, presentarse en el período de prueba¹². Como ejemplo de documentos fundantes del derecho, se menciona el título de propiedad para reivindicar un inmueble y el boleto de compraventa para demandar por escrituración; y de documentos que justifiquen la demanda, la partida de nacimiento en la acción por reconocimiento de filiación natural o en la de indemnización de daños y perjuicios causados por un accidente.

⁷ Art. 162.

⁸ Art. 83.

⁹ Art. 137.

¹⁰ Sin embargo, la sanción no es automática: para imponer las costas por la presentación tardía del documento que debe acompañarse a la demanda no basta la simple tardanza; se requiere, además, que el documento produzca un cambio en la conducta de las partes o en la suerte de la litis (STSF, S. 2a. CC; J., 16-184). La presentación tardía de documentos sólo hace cargar con las costas al que los trajo si la parte contraria se allanase en vista de ellos (CCCSF, S. 2a.; J., 27-79). Existe presentación tardía de documentos que genera obligación de cargar con las costas cuando la extemporaneidad provoca un cambio de postura de las partes o en la suerte de la litis; carece de relevancia la simple demora (STSF, S. 2a. CC; J., 16-70).

¹¹ FERNANDEZ, *Código de Procedimientos Civil y Comercial*, p. 151. Conf.: CNCiv. en pleno; JA, 1953-III, p. 54. Contra: ALSINA, *Tratado*, III, p. 48.

¹² Es necesario distinguir entre documentos justificativos del derecho, por un lado, y los documentos probatorios de los hechos por el otro (C1a. Civ. y Com., Tucumán; JA, 1983-I, síntesis). Los documentos que prueban la realidad de los hechos en que se basa la defensa de pago, no constituyen los que fundan la demanda y deben presentarse con ella (CCCSF, S. 1a., cit. por ALVARADO VELLOSO, *Código Procesal Civil y Comercial*, t. 1, p. 290, N° 2). Si el actor afirma ser propietario del inmueble cuyo desalojo se persigue, no hace otra cosa que, de ser negado en el responde, puede ser acreditado en el período de prueba (CCCR, S. 2a.; J., 33-37).

Atento a que se trata de prueba preconstituida, accesible al que la ofrece, el principio de lealtad que sustenta el artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debería incorporarse a las futuras reformas de las leyes provinciales, concluyéndose con una distinción injustificada.

2. Inadmisibilidad. El plazo para agregar prueba instrumental debe considerarse como perentorio, preclusivo y fatal, es decir, que por su vencimiento se opera automáticamente la pérdida de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió¹³. De ahí que la obligación de acompañar con la demanda, la reconvencción y la contestación de ambas, la prueba instrumental que estuviere en poder de las partes, lleva implícita la sanción de no poderla presentar fuera de esa oportunidad¹⁴. Mas como la exigencia de acompañar inicialmente toda la prueba documental tiene por finalidad evitar a las partes sorpresas procesales o sea la desventaja de ignorar la existencia de alguna que puede ser fundamental para su defensa, encontrándose razonablemente precisado el documento en cuestión e indicándose el medio de arriarlos a autos, la agregación posterior es procedente¹⁵.

Empero, la regla de la pérdida automática del derecho a ofrecer prueba es suavizada en procesos de naturaleza publicística, donde la necesidad de averiguar la verdad histórica prevalece sobre las contingencias del rito y permite al juez hacer uso de las facultades conferidas por el artículo 36, inciso 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: aun con independencia de toda petición de parte —dijo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal,

¹³ CNCiv., sala A; ED, 71-230.

¹⁴ CNCCom., sala A; ED, 8-892. No habiéndose cumplido la carga del art. 333 del cód. de forma y por no haberse invocado en los términos del art. 335 del mismo cuerpo legal, la agregación de documentos deviene extemporánea (CNCiv., sala G; ED, Rep. 15, p. 764, sum. 2).

¹⁵ CNCiv., sala B; JA, 1977-II, síntesis. En los casos en que el actor no ha cumplido con la exigencia de la incorporación inicial de toda la prueba documental por haber extraviado un documento, pero cumple con la carga de individualizarlo en forma expresa de modo que la otra parte pueda expedirse sobre el punto, se admite su agregación posterior (CNCiv. sala F; JA, 1980-III, síntesis).

sala C— ante su solo conocimiento, el juez de primera instancia pudo y aun debió disponer el agregado de documentación en ejercicio de las facultades instructorias que le confiere la ley procesal, en particular el artículo 36, inciso 2°, pues, sin mengua de la iniciativa que incumbe a las partes, de la regla de la carga de la prueba, y del principio dispositivo, dicho material probatorio complementario permitía aventar todo margen de duda para la solución justa del caso, máxime tratándose de un juicio que entronca con el ordenamiento publicístico de la quiebra, en el que cabe interpretar con la mayor amplitud estas atribuciones de los jueces¹⁶.

En cuanto a los hechos no invocados en la demanda o contestación —artículo 334 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— los documentos deben ser agregados dentro de los cinco días de notificada *ministerio legis* la providencia que las tiene por contestadas. Al conferírsele al interesado traslado de los documentos a que se refiere el artículo 358 del código citado, él debe limitarse a expedirse sobre su autenticidad o recepción¹⁷.

Como se dijo más arriba, el artículo 335 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, permite al actor, después de interpuesta la demanda, presentar documentos de fecha posterior, o anteriores, bajo juramento o afirmación de no haber tenido antes conocimiento de ellos. En el primer caso, la posterioridad alegada debe surgir del instrumento mismo, habiéndose resuelto que el telegrama cuya presentación fue omitida en el escrito de demanda, en el que se transcribe el texto sin indicar su fecha ni la causa de su falta de presentación, no puede agregarse a los autos¹⁸.

Respecto de los de fecha anterior, el desconocimiento invocado puede ser controvertido por la parte demandada, sin perjuicio de la obligación del oferente de enunciar razones verosímiles que no le per-

¹⁶ CNCom., sala C; ED, 90-196.

¹⁷ CNCiv., sala E; La Ley, 1983-B, p. 48.

¹⁸ CNCom., sala B; ED, 6-467.

mitieron conocer la existencia del documento. Conforme a la redacción de la norma, es inadmisibile la agregación del documento de fecha anterior alegando su extravío, si tal circunstancia no se expresó al promover la demanda individualizándolo con exactitud porque la excusa es incompatible con el principio de buena fe¹⁹. Del mismo modo y en ese orden de ideas, la agregación de documentación que se refiere a reparaciones que no se individualizaron en la reconvencción —por lo que la reconvenida no fue oída ni estuvo en condiciones de ofrecer prueba a su respecto— aparece contraria a la buena fe y lealtad procesal²⁰.

3. Producción. En razón de la amplitud que actualmente se otorga al concepto *documento*, la actividad probatoria del proponente de esta clase de prueba se ha complicado de manera inimaginable apenas unos decenios atrás. En efecto, ¿cómo se cumple satisfactoriamente la carga de agregar a los autos una grabación magnetofónica o una película acompañadas con la demanda, la reconvencción y la contestación de ambas? Devis Echandía introdujo el tema en el II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal (Rosario, 1983): “Son documentos, los planos, las pinturas, los dibujos, las fotografías, las películas, las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las encefalografías, las huellas dactilares impresas en papel madera, paredes o cosa cualquiera, etc.”²¹. El problema no se agota en la dificultad de la agregación material al expediente, sino en la necesidad de completar la

¹⁹ Ver jurisprudencia citada en la nota N° 15.

²⁰ CNCom., sala B; ED, 6-800.

²¹ *Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna*, en *Ponencias generales del II Encuentro Panamericano y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal*, p. 89 y sgtes. El profesor colombiano plantea el tema de los *telex*: “Actualmente se utiliza el *telex* centenares de miles de veces cada día, en el mundo, para transacciones por miles de millones de dólares, a pesar de ese gravísimo problema que respecto a su valor probatorio representan cuando se trata de comunicaciones privadas. . . en la casi totalidad de los casos son comunicaciones privadas o particulares que carecen de firma y apenas llevan la clave que identifica el aparato desde el cual emiten y el que lo re-

prueba documental ofrecida con su reproducción mecánica y/o con el dictamen de un experto. En tales hipótesis, señala Palacio, “es suficiente que la parte que pretenda hacer valer un documento lo mencione en los escritos iniciales y refiera su contenido en la medida de lo posible²² .

De lo dicho se advierte que la producción de este medio de prueba reconoce una diferente metodología según la clase de documento de que se trate y de la posibilidad que tenga la parte de allegarlo inmediatamente. En función de ello el oferente deberá extremar el cuidado para evitar su pérdida. Además, en virtud de la dispersión de las normas reguladoras del instituto, es necesaria una sistematización que aporte certeza a la actividad probatoria, correspondiendo distinguir si el litigante tiene o no el documento a su disposición; si se trata de documentos escritos o no escritos; si son públicos o privados; si emanan de la parte o de un tercero. La negligencia está siempre acechando a quienes olviden estas diferencias.

3.1.1. *Documentos a disposición del litigante.* Esta hipótesis no se halla legislada en el capítulo relativo a la prueba documental, sino en el correspondiente a la demanda. Recuérdese que el artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispone que “con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes”. Sin embargo, el cumplimiento oportuno de la

cibe, siendo posible hacer utilizar la primera clave dolosamente desde otro aparato. Se usa el cambio constante, quizá diario de la clave, pero esto no impide que un intruso utilice el aparato dolosamente para remitir órdenes o mensajes fraudulentos, ni que un cómplice interno de la respectiva empresa suministre esa clave al delincuente que la utilice dolosamente. Francamente nos sorprende y aterra la situación actual del uso del telex privado para transacciones bancarias y financieras de otra clase o comerciales y análogas. Son documentos privados, no manuscritos, sin firma ni autenticación y sin mérito probatorio, mientras ésta no se pruebe mediante confesión, testimonios de quienes actuaron como operarios o un difícil experticio que si no está complementando con dichos testimonios tendrá relativo mérito de convicción”.

²² Ob. cit., IV, p. 423.

carga dejará satisfecho nada más que el requisito de admisibilidad; mas no tratándose de instrumento público otorgado en el país, todos los demás documentos requerirán de una ulterior actividad procesal para considerar que la prueba se ha *producido*. El retardo u omisión en su ejecución conducirá a la declaración de caducidad —si la comprobación del documento se verifica por informe— o de negligencia, en los demás casos.

3.1.1.1. *Documentos escritos*. Poco más arriba se previno sobre la hipertrofia sufrida por el concepto de *documento*, incluyéndose en él una huella dactilar impresa en la pared, entre otros, según el ejemplo traído por Devis Echandía. Ciertamente la hipótesis es excepcional, y lo común es que se ofrezcan como prueba documentos escritos; pero el caso no puede desecharse y justifica la distinción metodológica propuesta.

3.1.1.1.1. *Documentos públicos*. Son documentos públicos los enumerados por el artículo 979 y 984 del Código Civil, y leyes complementarias. Cuando se allega el instrumento mismo, o su copia o testimonio sacados en la forma que prescribe la ley, disfrutan de presunción de autenticidad en los términos del artículo 993 del mencionado código, por lo que, contrariamente a lo que sucede con los documentos privados, la prueba de que no es auténtico se halla a cargo de quien invoca tal circunstancia.

El documento público debe considerarse producido en el mismo acto de su acompañamiento, salvo que hubiese sido otorgado en otro país; en tal caso, procede su legalización y eventualmente su traducción por perito matriculado²³, esto es, sobre la actividad probato-

²³ *Conf.*: ALSINA, *ob. cit.*, III, p. 403. El código de Córdoba legisla especialmente el punto: "Los documentos públicos otorgados en el extranjero —dice el art. 229— hechos con arreglo a las leyes del país respectivo y autenticados en debida forma, producirán la misma prueba que los otorgado en la República, si su objeto fuera lícito y permitido por las leyes argentinas". Y el 230 añade: "Los documentos que se presenten redactados en otro idioma que el nacional, se mandarán traducir por un perito que designen las partes, de común acuerdo, o por el juez o el tribunal en su defecto".

ria del oferente pesa una carga adicional, anterior o posterior al acto del ofrecimiento, pero cuya insatisfacción conduce a la pérdida de la prueba.

3.1.1.1.2. *Documentos privados*. Son documentos privados los que emanan de las partes o de tercero sin intervención de un funcionario público. Como no disfrutan de presunción de autenticidad, deben ser reconocidos por aquellos a quienes se atribuyen, razón por la cual la actividad probatoria se desdobra en dos etapas: ofrecimiento y producción. A su respecto cabe, en consecuencia, ya la declaración de inadmisibilidad (ofrecimiento extemporáneo), ya la de caducidad o negligencia (producción extemporánea). En este orden de ideas la doctrina judicial ha dejado claramente establecido que la mera presentación en la causa no crea una presunción de autenticidad de los documentos privados acompañados por las partes, pues su eficacia probatoria está sujeta a las previsiones de los artículos 1026 y siguientes del Código Civil²⁴ y, por lo tanto, tratándose de un instrumento privado no reconocido, quien lo invoca, quien esté interesado en valerse de él, es quien debe correr con el peso de la demostración de su autenticidad del cual puede liberarse sólo en el caso de que hubiese mediado reconocimiento²⁵.

El trámite del reconocimiento del documento privado varía según se lo atribuya al adversario o a un tercero, y aun en este último supuesto, si el tercero fuese uno de los sujetos a que se refiere el artículo 396 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o una persona física que desarrolle actividad individual.

3.1.1.1.2.1. *Documentos privados emanados de las partes*. El artículo 1031 del Código Civil previene que “todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obli-

²⁴ CNCiv., sala A; ED, 71-230.

²⁵ CApel. CC Junín; ED, 74-347.

gado a declarar si la firma es o no suya"; y en armonía con lo normado por la ley de fondo, el artículo 356, inciso 1, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁶, dispone que en la contestación de la demanda el demandado deberá reconocer o negar categóricamente "la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen". Su silencio, respuestas evasivas, o la negativa meramente general produce el efecto de tener a los documentos por reconocidos o recibidos, según el caso.

El mismo inciso, en su parte final, prescribe que "no estarán sujetos al cumplimiento de la carga mencionada en el párrafo precedente, el defensor oficial y el demandado que intervinieren en el proceso como sucesor a título universal de quien participó en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba"²⁷.

¿Qué sucede cuando la parte a quien se atribuye el documento niega su autenticidad? Sencillamente, que el proponente debe iniciar el procedimiento dirigido a comprobarla.

A partir de este punto la prueba documental deriva hacia otros medios de comprobación, sin cuyo complemento el interesado quedaría inerte. En efecto, como lo preceptúa el artículo 1033 del Código Civil, "si el que aparece firmado negare su firma, o los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparación de

²⁶ Buenos Aires, 354; Córdoba, 233 y 234; Corrientes, 149; Santa Fe, 142, inc. 3º; Tucumán, 305, inc. 2º.

²⁷ Respecto del sucesor a título universal la norma coincide con el contenido del art. 1032 del Cód. Civil: "Los sucesores del que aparece firmado pueden limitarse a declarar que no saben si la firma es o no de su autor". Pero tanto en este caso como en el del defensor oficial, no pueden "guardar un silencio absoluto acerca de la autenticidad de los documentos, pues tal actitud equivale al reconocimiento tácito. Deben, por lo tanto, manifestar su ignorancia al respecto, y el presentante del documento recurrir al procedimiento de comprobación..." (Palacio, *ob. cit.*, IV, p. 444).

letra. Pueden también admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto”.

Pese a la amplitud probatoria autorizada por la ley de fondo, habitualmente se escoge la pericial en razón de la mayor certeza que ofrece a la jurisdicción y a las partes; es, por otro lado, el medio que reglamentan las leyes procesales²⁸. Además, el que quiera valerse de testigos tendrá presente ciertas reglas que hacen a la eficacia de la prueba:

a) Los otros medios de prueba se subordinan a la imposibilidad de producir la pericia caligráfica y el cotejo²⁹;

b) Los testigos deben haberse hallado presentes en el momento en que se suscribió el documento, siendo insuficiente su opinión al respecto fundada en que lo han visto firmar en otras ocasiones de esa misma manera³⁰.

Reunidos los precedentes recaudos, el oferente del documento, deberá impulsar la prueba testimonial, quedando sometido a las cargas que ésta impone. Las hipótesis de negligencia en la declaración

²⁸ El art. 144 del derogado código de la Capital preveía expresamente, junto con el cotejo o comprobación del documento, “los demás medios de prueba”. La cláusula rige en el código de Corrientes (art. 153); Córdoba (art. 240) y Salta (art. 154); en cambio los códigos de Santa Fe (art. 179) y Tucumán (art. 346), instituyen en exclusividad la prueba pericial. La Corte de Justicia de Catamarca decidió en su oportunidad que “si bien el art. 1033 del Cód. Civil establece el cotejo y comparación de letra del documento privado no reconocido, ello no quita que puedan producirse otras pruebas que, según las circunstancias particulares de cada caso, pueden adquirir mayor fuerza de convicción que una pericia caligráfica y conducir al esclarecimiento de la verdad” (La Ley, 123-544). *Conf.*: C3. CC Córdoba: Negada la autenticidad de la firma procede ordenar el cotejo y comparación de letra, como igualmente otras pruebas, lo que significa toda clase de ellas, incluso testimonial y presuncional (La Ley, Rep. 20, p. 1092, sum. 19).

²⁹ CNCiv., sala A; La Ley, 122-490; CNCiv., sala D; La Ley, 118-248; CNCiv., sala F; JA, 1965-I, p. 86. *Conf.*: LLAMBIAS: “Se ha decidido que si median motivos serios que explican la ausencia de prueba caligráfica, es dable establecer la verdad por cualquier medio” (*Tratado de Derecho Civil*, Parte General, II, p. 411).

³⁰ CNCiv., sala B; JA, 1965-III, p. 123. *Conf.*: PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 445/446: ALSINA, *ob. cit.*, III, p. 437: “. . . el testigo tiene que manifestar que la firma fue puesta en su presencia, explicando las circunstancias que rodearon el acto”.

de testigos son estudiadas en el capítulo respectivo (ver *infra*, Cap. IV) y a él me remito para obviar repeticiones innecesarias.

Cuando el proponente optare por la prueba pericial, se tendrá en cuenta que el trámite no es el mismo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los ordenamientos locales. Procede, en consecuencia, abordarlos por separado.

El artículo 390 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispone que *si el requerido negare la firma que se le atribuye o manifestare no conocer la que se atribuya a otra persona, deberá procederse a la comprobación del documento de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y siguientes, en lo que correspondiere*³¹. Fuera del hecho de que la ley remite el procedimiento a lo legislado para la prueba de peritos “en lo que correspondiere”, la hermenéutica de la norma transcripta, en relación con la actividad del oferente y su eventual negligencia, suscita dos interrogantes: si en el actual régimen es o no imprescindible la citación de la parte a quien se le atribuye el documento para que lo reconozca, previamente a la comparación del mismo, y si tal comprobación es carga ineludible del interesado o si comparte con el juez el deber de efectuarla.

a) Fassi sostiene que “satisface la exigencia del artículo 1031 del Código Civil, la declaración de la parte que niega su firma cuando se le da traslado del documento acompañado por su contraria. Pero para todo supuesto en que ese traslado no haya tenido lugar corresponde, previamente al cotejo, la citación de aquel a quien se atribuye la firma, o la de sus sucesores, para que manifiesten si la firma es o no auténtica. Falta, lamentablemente, un texto que establezca la sanción para el caso de incomparecencia a la audiencia de reconocimiento de firma”³²; y redondea su pensamiento agregando: “Dado el ordenamiento procesal vigente, el reconocimiento o la negación de la autenticidad de la firma tiene lugar al trabarse la relación procesal. Pero si

³¹ Buenos Aires, 388.

³² *Ob. cit.*, II, p. 218.

las respuestas fueran dubitativas, la parte que ofreció la prueba instrumental no puede correr el riesgo de que en la sentencia se considere que la respuesta no ha significado reconocimiento sino negativa. En ese caso, debe pedir la comparecencia de su contraria a reconocimiento de firma, el que ahora no tiene un régimen procesal propio. Entendemos, no obstante, que debe ser especialmente citado a ese efecto, no bastando la confesión ficta que resulte de la incomparecencia a la audiencia de absolución de posiciones”³³.

Palacio, por el contrario, considera que la única oportunidad para reconocer o desconocer el documento es al contestar el traslado que se le haga al supuesto firmante: “En el ordenamiento procesal vigente con anterioridad a la promulgación de la ley 17.454, el alcance del silencio o de la respuesta evasiva quedaba librado a la apreciación judicial, es decir que era facultativo del juez, analizando el conjunto de la prueba, otorgar a dichas actitudes el carácter de un reconocimiento tácito. De allí que el reconocimiento pudiese también practicarse durante el período de prueba, mediante la citación de la parte a quien se atribuía el documento. En el ordenamiento procesal vigente en la actualidad, por el contrario, aquellas actitudes han dejado de ser una fuente de presunción judicial para revestir el carácter de un reconocimiento ficto. Por lo tanto, el reconocimiento o desconocimiento de la firma puesta en un documento no pueden verificarse más que en la oportunidad de contestarse el traslado que de aquél se confiera al supuesto firmante”³⁴.

Para el oferente del documento, hallar la solución correcta no es una mera cuestión académica, pues le va en ello la pérdida o conservación de la prueba si fuese cierto que es preciso una citación especial del firmante a efectos de que lo reconozca; pero a mi modo de ver —coincidiendo con Palacio— tal citación en el régimen nacional no es necesaria: si al contestar la demanda o reconvencción o el respectivo

³³ *Loc. cit.*, p. 221.

³⁴ *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 443.

traslado, no se negare categóricamente la autenticidad del documento, debe tenérselo por reconocido. Para el caso de que el proponente dudara si la negativa es o no categórica, la praxis forense aconseja solicitar derechamente la comprobación y con ello se obvia el riesgo temido por Fassi.

b) En cuanto a la carga de promover el trámite del cotejo, las expresiones *se ordenará y deberá*, contenidas, respectivamente, en los artículos 1033 del Código Civil y 390 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, harían suponer que el juez, ante la negativa de la autenticidad, está obligado a efectuar la comprobación. No es así, sin embargo: el principio dispositivo es de plena aplicación al caso, sin perjuicio de que el juez haga uso de las facultades conferidas por el artículo 36, inciso 2, ap. c) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; de manera que si la parte no lo pide, la comprobación no puede disponerse de oficio, y la prueba se pierde³⁴¹.

Despejadas estas dudas conviene recordar cómo se conecta, en el régimen nacional, la prueba de documentos con la de peritos en cuanto al cotejo se refiere: de los artículos 391 y 459, surge que el

³⁴¹ El código de Córdoba aclara que podrá procederse a la comprobación del documento a solicitud de parte (art. 240); pero a pesar de tan precisa solución, la doctrina provincial no se aviene a obedecerla: "La prueba a que se refiere el artículo no tiene el carácter principal sino de accesorio, viene en auxilio de la justicia para esclarecer la verdad al no haber dado resultado los medios que la ley establece al respecto como previos, o sea el reconocimiento directo. En tales casos los tribunales pueden, aun de oficio, para mejor proveer, ordenar las diligencias necesarias a tal fin. Se trata de una prueba creada más en mira de la buena administración de justicia, que en el interés particular de los litigantes" (Rev. Col. Abog. Río Cuarto, año 1, t. 1, p. 25, citada por RAMACIOTTI, I-617, p. 80, transcripta a su vez por MARTINEZ CRESPO, Mario, en *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, p. 91, ed. La Ley, Buenos Aires, 1984. Raymundo Fernández, al comentar el código derogado de la Capital Federal, decía que "la jurisprudencia es contradictoria en cuanto a si el cotejo es una *obligación* o sólo un *derecho*, para el juez; en el primer sentido: 1a.c.c. J.A., 36-1685; en el segundo, 2a.c.c. J.A., 33-120" (*Código de Procedimiento Civil Comentado*, 2a. edición, p. 234; Buenos Aires, 1950). Acuña Anzorena, rescatando un antiquísimo fallo de la Cám. Civ. Cap. (18-XI-1890) sostiene que la prueba pericial de cotejo de letra no es una simple posibilidad más de comprobación, prescindible o sustituible por otras (testigos, confesión, etc.) sino que le está impuesta obligatoriamente al juez (*El cotejo, medio esencial en la verificación de autenticidad de la firma*; La Ley, 23-863).

oferente —dentro del término de prueba en juicio ordinario— deberá pedir la designación de un calígrafo e indicar los documentos que han de servir de base a la pericia. La omisión de cualquiera de estos recaudos torna inadmisibile el ofrecimiento. Si al contestar el traslado prescripto por el artículo 459, la otra parte no acordare en la elección de documentos para la pericia, el juez sólo tendrá por indubitados los que se enumeran en el artículo 393³⁵, a proporcionarse por el interesado en la comprobación. A falta de documentos indubitados, o siendo ellos insuficientes, deberá el interesado pedir la formación de un cuerpo de escritura (art. 394). Si el oferente de la pericia no suministra los documentos indubitados o no denuncia su falta o insuficiencia y solicita la formación de un cuerpo de escritura, procede tenerlo por desistido de la prueba, habida cuenta que al desentenderse de tal carga demuestra su desinterés.

En los códigos provinciales el procedimiento de comprobación registra ostensibles variantes respecto del régimen de la Nación:

a) *Buenos Aires*: en el capítulo siguiente, al estudiar la pérdida de la prueba pericial, se exhiben las diferencias entre el texto de la ley 17.454 y el actual. A efectos de evitar inútiles reiteraciones me remito al lugar citado.

b) En los códigos de Córdoba (art. 237), Corrientes (art. 151), Santa Fe (art. 176) y Tucumán (art. 345) como en el derogado de la Capital Federal (art. 142) procede citar al firmante del documento a una audiencia especial para que lo reconozca o no, como lo pretende Fassi. Es regla común que la notificación debe efectuarse en el domicilio real, diligencia que corresponde impulsar al interesado en la comprobación. Negada la firma por el compareciente, o declarando no conocer la que se atribuye a otra persona, podrá procederse al cotejo de letra o a comprobarse su autenticidad por cualquiera otra clase de

³⁵ Son: 1) Las firmas consignadas en documentos auténticos; 2) Los documentos privados reconocidos en juicio por la persona a quien se atribuya el que sea objeto de comprobación; 3) El impugnado, en la parte que haya sido reconocido como cierto por el litigante a quien perjudique; 4) Las firmas registradas en establecimientos bancarios.

prueba que sea procedente, señalándose audiencia a fin de que se nombren los peritos y las partes convengan en los documentos que deban servir para la comparación³⁶. También a esta audiencia comparecerá personalmente la parte a la que se atribuye la firma, siendo carga del oferente la notificación respectiva. El anterior código de la Capital Federal (art. 146) y los que aún lo siguen, como el de Corrientes (art. 155), exigen la comparecencia del oferente, bajo apercibimiento de desechar el documento. Empero, la pérdida de la prueba no se produce si ambos dejan de comparecer: si el demandado, debidamente notificado —dijo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala C— no concurrió a la audiencia con el objeto de formar cuerpo de escritura que le señalaría el perito, por lo que no era imprescindible la presencia del actor, es indudable que no corresponde hacer lugar a la negligencia acusada³⁷.

El interesado en la comprobación debe tener en cuenta, pues, que los regímenes provinciales instituyen *dos* audiencias: una para hacer reconocer el documento y otra para nombrar peritos, convenir en los documentos indubitados y formar, en su caso, cuerpo de escritura; y que *ambas* audiencias dependen de su actividad para que se verifiquen en tiempo útil. Ahora, ¿cuál es el plazo a partir del desconocimiento de la firma, que tiene el oferente para pedir el cotejo? En este punto los códigos registran importantes diferencias: mientras que el de Santa Fe exige expresamente que el comparendo de comprobación se pida dentro de los *tres* días de negada la firma (art. 179), con el obvio efecto de no admitírsela vencido dicho plazo, los restantes ordenamientos omiten la mención de término alguno. ¿Cuándo, entonces, el proponente del documento pierde el derecho de solicitar el cotejo luego de que fuera desconocida su autenticidad, en las hipótesis de que no existan plazos legales para hacerlo? Fernández sostiene que “puede pedirse en el momento en que se produce el desco-

³⁶ Córdoba, 242; Corrientes, 154; Santa Fe, 179; Tucumán, 346.

³⁷ ED, 20-339.

nocimiento o después, con un intervalo breve, para no incurrir en negligencia (*conf.*: Calventos y Rodríguez, *loc. cit.*; S.C.G.F. 53, 441; Cám. Civ., 58, 378; 129, 140; 130, 220; Cám. Com., G.F., 54, 308; J.A., 15, 131; *contra*: Cám. Civ., 89, 425; v.G.F., 89, 232)”³⁸. Pienso que ese breve intervalo no puede exceder de tres días, ya que salvo las particularidades del caso no existen razones para demorar una petición que aparece como insoslayable si se quiere conservar la prueba. Pero la mención del punto en cuanto a los regímenes locales, lleva su inserción a un cuestionamiento más global, o sea comprensivo de todos los códigos, aun el de la Nación, que no prevé las audiencias de reconocimiento y de comprobación. El tema debe plantearse en los siguientes términos: ¿En qué oportunidad corresponde ofrecer la prueba supletoria de comprobación del documento? Se está hablando, claro, de proceso *ordinario*, atento a que en los sumarios y sumarísimos “la parte que presenta un documento privado debe precaverse de un eventual desconocimiento o manifestación de ignorancia de la firma y cumplir, en el escrito con el cual aquél se acompaña, las cargas consistentes en la petición de nombramiento de un perito único”³⁹.

La cuestión reviste especial importancia habida cuenta que el ofrecimiento extemporáneo autoriza la declaración de negligencia. Conviene entonces revisar las distintas posiciones registradas en la doctrina de autores y tribunales, y adherir a la que mejor se ajuste a los principios que informan la materia:

a) La prueba de cotejo o comparación de letra debe ofrecerse al presentar el documento, para el supuesto de que éste fuere desconocido.

b) No es necesario ofrecerla al presentar el documento o al solicitar se lo reconozca, ni hacer reserva de ella para el caso de que se lo desconociese.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 234.

³⁹ PALACIO, *ob. cit.*, IV, 447.

La primera solución fue acogida por parte de la doctrina clásica y algunos viejos fallos del fuero civil de la Capital. Alsina sostuvo que “siendo la comprobación una diligencia independiente del reconocimiento, será necesario ofrecerla como subsidiaria dentro del término de prueba y para el caso de que el citado negara la autenticidad de la firma, porque, de lo contrario, podría ocurrir que cuando fuese a pedirse la comprobación el término estuviera ya vencido y se habría incurrido en negligencia”⁴⁰. Este criterio se conformaba con lo decidido el 3 de febrero de 1921, por la sala primera de la Cámara Civil de la Capital: “la prueba caligráfica debe pedirse simultáneamente con la solicitud de reconocimiento del instrumento, sin que quepa supeditarla a su resultado”⁴¹, criterio en el que la misma sala insiste el 4 de mayo de 1933: “para solicitarse vencido el término, debió reservarse para el supuesto de que el documento fuere desconocido”⁴². La doctrina fue compartida con menos entusiasmo por el fuero comercial, donde en pronunciamiento del 24 de marzo de 1949 se decide que la pericia debe requerirse, subsidiariamente, dentro del plazo de ofrecimiento de las pruebas⁴³.

La segunda solución es adoptada por la mayoría de los autores y por la doctrina judicial, siendo cada vez más aisladas las opiniones adversas. Es a la que adhiero. Fernández, apoyado en sentencia de la cámara comercial, sostuvo que “al pedir reconocimiento de firma, no es necesario reservarse el derecho de solicitar el cotejo para el caso de ser negada”⁴⁴, pues se origina en la negativa del firmante. Jofré, citando al mismo fuero, decía que la prueba de cotejo se pide una vez desconocido el documento, aunque esté vencido el término de prueba⁴⁵. En cuanto a la jurisprudencia, una línea de pronunciamientos que fue

⁴⁰ *Ob. cit.*, III, p. 435, ed. 1958.

⁴¹ JA, 6-69.

⁴² JA, 42-108.

⁴³ La Ley, 55-247.

⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 233.

⁴⁵ *Manual de Procedimiento*, III, p. 353.

afianzándose hasta prevalecer abiertamente, afirmaba que “es claro que el cotejo sólo debe pedirse ante la situación creada por el desconocimiento del requerido, no necesariamente durante el término de prueba y en previsión de esa contingencia negativa”⁴⁶, “debiendo juzgarse, la pericia caligráfica, implícitamente ofrecida en subsidio de la de reconocimiento de documentos”⁴⁷. Más recientemente se ha resuelto que “el actor no se encuentra obligado a prever el desconocimiento de la autenticidad de los documentos acompañados a la demanda en oportunidad de ser ésta contestada; por consiguiente, puede ofrecer la prueba de cotejo contemplada en el artículo 390 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con posterioridad a aquel escrito”⁴⁸, insistiéndose que “la pericia caligráfica debe juzgarse implícitamente ofrecida en subsidio de la de reconocimiento de documentos”⁴⁹.

Debe formularse, no obstante, un distingo: la posibilidad de que el ofrecimiento del cotejo acaezca después de vencido el término probatorio, tiene vigencia en los regímenes que prevén audiencia para reconocer el documento, ya que el juzgado podría fijar ésta, por razones de saturación de fechas, más allá del plazo de producción de las pruebas; pero no se justifica en el actual régimen de la Nación, donde la audiencia está suprimida. Por lo tanto, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el ofrecimiento debe efectuarse dentro del término de prueba y con tiempo suficiente para que la comprobación pueda practicarse en su transcurso; lo contrario, autoriza la declaración de negligencia.

3.1.1.1.2.2. *Documentos privados emanados de terceros.* Las partes pueden tener a su disposición documentos privados, emanados

⁴⁶ CNCom., sala A; La Ley, Rcp. XX, 1092, sum, 15

⁴⁷ CNCom., sala B; La Ley, Rep. XXV, 1244, sum, 9.

⁴⁸ CNCom., sala B; FD, 47-759.

⁴⁹ CNCom., sala B; FD, 13-887; La Ley, 116-792, Nº 10.904; etc.

no de su contraria sino de terceros al juicio, y al fin de dotarlos de eficacia probatoria tendrán que hacerlos reconocer por sus otorgantes. El trámite de reconocimiento del documento privado emanado de tercero varía según se trate de entidades privadas (art. 396, CPN) o de una persona física que desarrolle actividad individual. En el primer caso procederá el reconocimiento por *informe*, sujetándose la producción de la prueba a lo establecido para ese medio, en razón de lo cual me remito al próximo capítulo. En el segundo caso corresponde que el reconocimiento se practique mediante el régimen de la prueba *testimonial*, y en ello me detendré un instante.

Ni el Código de la Nación ni la mayoría de los textos locales regulan el procedimiento para que el tercero reconozca o no el documento que se le atribuye⁵⁰. Los códigos de Jujuy (art. 318) y de La Rioja (art. 219) disponen sí que “los documentos privados emanados de terceros que no fueren partes en el juicio ni antecesores (causantes) de las mismas, deberán ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testimonial”. En consecuencia, los regímenes que omiten el tratamiento del punto, pueden suscitar para el oferente algunos problemas en torno al ofrecimiento y producción, con inmediata incidencia en la posibilidad de pérdida de la prueba. Al fin de obviarlos, el oferente de un instrumento privado que atribuye a un tercero, deberá pedir que lo cite a reconocerlo mediante el régimen de la prueba testimonial, porque no existe ninguna otra forma de practicar el reconocimiento⁵¹. Va de suyo que la citación no incluye el apercibimiento de que en caso de incomparecencia injustificada se lo tendrá por reconocido, como en el caso de documento atribuido a la parte, ni es procedente la comprobación supletoria por medio de cotejo u otra

⁵⁰ Lo que se legisla en algunos códigos es la exhibición de documentos *en poder* de terceros, cosa bien distinta y de la que me ocuparé más adelante en este mismo capítulo.

⁵¹ *Conf.*: CCCR, S. 3a.: Cuando se trata de documental simple emanada de un tercero, su reconocimiento constituye prueba testimonial (La Ley, 115-726). La petición no exige términos sacramentales, bastando expresar los datos requeridos por el art. 429, CPN y la solicitud de que cite al firmante u otorgante del documento; el tribunal lo convocará como testigo.

clase de pruebas. El tercero sólo tiene el deber de comparecer a la audiencia, como cualquier otro testigo; si no lo hace y no justifica justa causa, corresponde se lo traiga por la fuerza pública; y en caso de que mintiese, esto es, que desconociere el documento habiéndolo en realidad otorgado, será pasible de sanción penal en el fuero respectivo. Lo mismo que el testigo convicto de falso testimonio.

Pesan sobre el oferente las mismas cargas previstas para la prueba testimonial, y el incumplimiento de las mismas, con las respectivas sanciones, es el tema que abordaré en el capítulo que a dicha prueba dedico.

3.1.1.2. *Documentos no escritos.* La parte que tenga a su disposición un documento no escrito, deberá acompañarlo en las oportunidades a que se refieren los artículos 333 a 335 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Su agregación material al expediente, así como la necesidad y forma de reconocerlo, dependerán de la naturaleza del documento.

Tratándose de fotografías, planos, radiografías, etcétera, creados con la intervención de un oficial público —por ejemplo fotografías tomadas en presencia de un escribano u obrantes en un expediente judicial— su agregación material a la causa no ofrece dificultades ni requiere actividad adicional para ser reconocidos. La cuestión cambia cuando el documento consiste en grabaciones magnetofónicas, películas cinematográficas, etcétera, que deban reproducirse en aparatos especiales para su apreciación judicial. Devis Echandía pregunta: “Si quien hace la grabación es un funcionario público y está en ejercicio de sus funciones en ese acto, ¿tal documento será público?” Y se responde: “Creemos que, indudablemente, sí lo es. Y por lo tanto gozaría de presunción de autenticidad y a quien alegue su falsedad o adulteración corresponderá la carga de probarla...”⁵².

⁵² *Loc. cit.*, p. 100.

Para el caso de que el documento no escrito fuese de los que se han definido como privados, pesa sobre el oferente la carga de su reconocimiento. Las fotografías, planos y similares se reconocen mediante el testimonio de quienes las tomaron o confeccionaron; pero mayor problema presentaría una grabación, para cuya comprobación “se requieren aparatos sofisticados que en pocos países existen con suficiente credibilidad y el dictamen de expertos o testimonios fehacientes o confesión o reconocimiento expreso o implícito”⁵³. De un modo u otro habrá un medio previsto por la ley a los fines de la producción de la prueba, y cuando no lo hubiere, en razón de la tecnología requerida, será de aplicación la última parte del artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez”. En cualquier caso no varían las cargas procesales que pesan sobre el oferente y las consecuencias de su incumplimiento o extemporaneidad. Entre esas cargas se halla la de mencionar la índole del documento al efectuar el ofrecimiento y referir su contenido “en la medida de lo posible”⁵⁴.

3.1.2. *Documentos que no están a disposición del litigante.* La exigencia del primer párrafo del artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —y las normas concordantes de los códigos locales— consiste en acompañar a la demanda, reconvención y contestación de ambas “la prueba documental que estuviese en poder de las partes”. Pero suele ocurrir que los litigantes pretendan valerse de documentos que no tienen a su disposición, aunque saben dónde están. A ese efecto el segundo párrafo del artículo 333 manda que las

⁵³ DEVIS ECHANDIA, *loc. cit.*, p. 95.

⁵⁴ *Conf.*: PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 423. Si se trata de una grabación magnetofónica corresponde transcribir su contenido, y de ser una película cinematográfica, vaya el caso, bastará con indicar el lugar y fecha de filmación, personas, objetos y lugares filmados, e individualizar al operador de la cámara para el oportuno reconocimiento del filme.

partes los individualicen, “indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre”⁵⁵. Debe tratarse —dice Palacio citando a Colombo— “de una imposibilidad de hecho que se oponga a la agregación de la prueba documental”⁵⁶; pero si esa imposibilidad no concurre, si el documento pudo allegarse mediante una previa actividad de la parte, su ofrecimiento es inadmisibile.

En el caso de expedientes judiciales o administrativos, la forma de agregarlos varía según se hallen o no terminados y en cuanto a los primeros, si se tramitan en el mismo o distinto tribunal. Si se ofrece como prueba un expediente que tramita ante el mismo juez donde se sustancia el juicio, el proponente no necesita realizar ningún trámite a efectos de que dicha probanza sea oportunamente considerada⁵⁷; mas cuando el expediente se halla en trámite en otro juzgado, cuya remisión sea imposible realizar en razón del estado de autos, la parte, para no incurrir en negligencia debe requerir testimonio de las piezas necesarias, y con mayor razón aun si el ofrecimiento se hizo en un juicio de trámite sumario⁵⁸. Acogiendo la doctrina receptada por este último fallo, la ley 17.454 incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el artículo 376 donde se expresa: “Cuando la prueba consistiere en constancias de otros expedientes judiciales no terminados, la parte agregará los testimonios o certificados de las piezas pertinentes, sin perjuicio de la facultad del juez de requerir dichas constancias o los expedientes, en oportunidad de encontrarse el expediente en estado de dictar sentencia”⁵⁹. Además de la jurisprudencia señalada, el texto reconoce como fuente el artículo 184, inciso 4 del Proyecto Lascano.

⁵⁵ Córdoba, 162; Corrientes, 83; Santa Fe, 137; Tucumán, 292.

⁵⁶ *Ob. cit.*, IV, p. 309.

⁵⁷ CNCom., sala A; ED, 20-245.

⁵⁸ CNPaz, sala II; ED, 20-246.

⁵⁹ Buenos Aires, 374.

El tercer párrafo del artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incluye una cláusula que no es corriente en los códigos locales: “Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida —dice— los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribirá este artículo, el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaría, con transcripción o copia del oficio”.

No hay dudas sobre las razones de economía y la celeridad que informan el precepto, pues sin el paso previo de la petición al tribunal el interesado puede allegar documentación de que pretenda servirse. Para que su actividad sea efectiva deben concurrir los siguientes recaudos:

a) Que la prueba haya sido oportunamente ofrecida, según la clase de proceso;

b) Que el requerimiento se efectúe una vez interpuesta la demanda pero antes de notificarse el traslado, “pues en caso contrario se privaría al demandado de expedirse acerca del contenido del o de los documentos correspondientes”⁶⁰;

c) Que en el oficio se individualice el documento requerido, se transcriba el artículo y, obviamente, se consigne el carácter que invoque el recurrente, carátula y número del expediente, y juzgado y secretaría de radicación. Cualquier omisión en que incurra el proponente y que impida una respuesta adecuada, producirá la pérdida de la prueba;

d) El documento, para su agregación válida a la causa, no puede ser enviado al litigante que lo pidió, sino directamente a secretaría. Como en el expediente no queda duplicado del oficio, procede que al contestarlo se adjunte transcripción o copia del mismo, para verificar que el documento remitido es verdaderamente el que se pidió.

⁶⁰ Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 310.

La norma se refiere a *entidades privadas* como sujeto del requerimiento; empero, Palacio la considera “implícitamente extensiva al caso de que la documentación se encuentre en poder de una persona física siempre que ello ocurra por razones ajenas al cumplimiento de una función pública...”⁶¹ Tal extensión haría suponer si en el caso de que el tercero fuese una persona física no se estaría frente a la misma hipótesis del artículo 389 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que enseguida se examinará. En rigor de verdad este artículo, y el segundo y tercer párrafos del artículo 333 parecen superponerse en una no muy prolija metodología. A mi entender, y sin perjuicio de que ulteriores análisis aconsejen que en futuras reformas se sistematice más coherentemente el instituto, la hipótesis del artículo 333 se refiere a una especie de producción *anticipada*⁶², a cargo directo de la parte, mientras que la prevista por el artículo 389 se instala en el período probatorio y exige necesariamente la intervención judicial.

3.1.2.1. *Exhibición de documentos.* Una variante del tema central que se está tratando —indisponibilidad del documento por quien lo ofrece— es legislada por los artículos 387 a 389 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁶³. El primero dispone que “las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, están obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna dentro del plazo que señale”. La norma instituye una regla general, de la que se desprenderán luego las reglas especiales según se trate de la parte o de un tercero. Conforme al texto precedentemente transcrito, pareciera

⁶¹ *Ob. cit.*, IV, p. 309/310.

⁶² Complementaria de la autorizada por el art. 326, CPN, pero sin la condición de que la producción de la prueba pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, como lo exige éste; además, y esa es otra diferencia, el art. 333 impone el requisito de que se halle interpuesta la demanda.

⁶³ Buenos Aires, 385 a 387.

que el deber de exhibición surge de la ley misma, sin necesidad de requerimiento de la parte interesada y por el solo hecho de poseer los documentos. De ser así, el precepto estudiado sería una inútil duplicación del artículo 36, inciso 2º, apartado c, que faculta al juez a “mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros, en los términos de los artículos 387 a 389”. Paralelamente a estas facultades, el principio dispositivo tiene en éste como en muchos otros aspectos del procedimiento probatorio plena aplicación, de manera que es al interesado en la agregación del documento a quien le corresponde denunciar su existencia en poder de su contraria o de un tercero. Ese es el primer requisito para activar la orden de exhibición y deberá cumplimentarse en las oportunidades legales de ofrecer la documental, bajo sanción de inadmisibilidad. El segundo requisito es de que el ofrecido sea un documento *esencial* para la solución del litigio, calidad que es de exclusiva apreciación judicial. Naturalmente, para determinar si el documento es o no esencial, el juez tendrá a su disposición una copia del mismo, que junto al pedido de exhibición deberá presentar el oferente; o en defecto de copia, una relación lo más completa posible que permita individualizar su contenido⁶⁴. La omisión de este recaudo también conduce a la inadmisibilidad de la prueba.

Las variantes contempladas, respectivamente, por los artículos 388 y 389 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no contienen referencia alguna a la actividad requerida al denunciante de la existencia del documento para obtener su agregación a la causa; pero es obvio que frente a la negativa de la parte o del tercero a exhibir el documento, o a la denegación de la medida por el tribunal, *algo* tendrá que hacer el interesado a fin de evitar la pérdida de la prueba.

⁶⁴ Conf.: FASSI, *ob. cit.*, II, p. 214/215; PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 426. Cont.: PEYRANO, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, p. 131, sum. 448.

En el caso del artículo 388 —documento en poder de la parte— la norma previene que “cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlos constituirá una presunción en su contra”. El texto genera una serie de interrogantes: ¿Cuáles son esos *otros* elementos? ¿En qué oportunidad corresponde aportarlos? Palacio arguye que para que la negativa constituya presunción en contra del requerido no bastan los elementos de juicio inicialmente aportados por el interesado en la exhibición, sino que se requiere la producción de otras pruebas corroborantes acerca de la existencia y contenido del documento⁶⁵. Recordaré que los elementos *inicialmente* aportados son la transcripción o relación del documento que permitan juzgar sobre su carácter de esencial para la solución del litigio; y si éstos, frente a la negativa del requerido sobre la existencia o tenencia del documento, no bastan, el requirente tendrá que demostrar lo contrario. ¿Cómo? ¿Cuándo? Se me ocurre que pese a que el artículo 387 prohíbe la sustanciación de la orden judicial de exhibición, la oposición de la parte genera un *incidente*; y toda vez que tal oposición es un dato que el interesado puede presumir, tendría que proponer toda su prueba (acerca de la existencia y contenido del documento) en oportunidad de ofrecerlo y requerir su exhibición. No veo que exista ni otro modo ni otra ocasión para hacerlo.

Si fuera el tribunal quien denegare la orden de exhibición, o la revocare, ello es insusceptible de recurso alguno, atento a lo previsto por el artículo 379 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero tal circunstancia “deja expedita al denunciante de la existencia del documento la facultad de replantear el tema ante la cámara, en oportunidad de serle remitido el expediente para que conozca del recurso interpuesto contra la sentencia definitiva”⁶⁶.

⁶⁵ *Ob. cit.*, IV, p. 428.

⁶⁶ PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 428.

Respecto del artículo 389 —documento en poder de un tercero— la solución es la misma, excepto en cuanto a los efectos de la negativa a exhibirlo, ya que no procede el apercibimiento de tener el documento por reconocido: ante la manifestación del tercero de que es de su exclusiva propiedad o que la exhibición puede causarle perjuicio, “no se insistirá en el requerimiento”, según lo preceptúa la norma comentada; pero una negativa infundada —o el simple silencio— autoriza la petición de medidas compulsivas⁶⁷ que deben ser requeridas por el interesado en la exhibición, sin perjuicio de las facultades acordadas al juez por el artículo 36, inciso 2º, apartado c del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Los códigos locales, que junto con la legislación extranjera sirvieron de fuente a la ley 17.454 en trance de incorporar el instituto al régimen de la Nación, presentan algunas particularidades propias al comentario:

a) Corrientes: son requisitos para la procedencia de la exhibición del documento por el adversario, que no haya “más que un ejemplar o no constare en protocolo de donde pueda sacarse copia” (art. 169), y por el tercero, que el documento sea “relativo” a la cuestión (art. 170), o sea, en ambos casos, sin el recaudo de la esencialidad.

b) Jujuy: instituye el trámite incidental, ya con el adversario (art. 316), ya con el tercero (art. 317), dando solución expresa al vacío denunciado en el régimen de la Nación. El código de La Rioja resuelve el punto en términos análogos (arts. 217 y 218).

c) Tucumán: exige que el peticionante *acredite* al requerir la presentación del documento, que éste se encuentra en poder del adversario (art.350).

⁶⁷ Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 429.