

Capítulo II

LA ACTIVIDAD

1. La negligencia como descalificación y como sanción	35
2. Construcción jurisprudencial de las reglas sobre negligencia	36
3. Los principios generales	38
3.1. Principio de aplicación restrictiva: el derecho de defensa	39
3.2. Principio de disposición	40
3.3. Principio de la falta de interés	43
3.4. Principio de morosidad	45
3.5. Principio de independencia	49
4. Excepciones a los principios generales	49

Capítulo II

LA ACTIVIDAD

SUMARIO: 1. La negligencia como descalificación y como sanción. 2. Construcción jurisprudencial de las reglas sobre negligencia. 3. Los principios generales
3.1. Principio de aplicación restrictiva: el derecho de defensa. 3.2. Principio de disposición. 3.3. Principio de la falta de interés. 3.4. Principio de morosidad. 3.5. Principio de independencia. 4. Excepciones a los principios generales.

1. La negligencia como descalificación y como sanción. Negligencia es una palabra *valorativa*¹. Implica una *descalificación*; más aún: una descalificación *específica*² referida a la conducta de alguien. En su uso técnico, señala que la actividad del litigante ha sido defectuosa por *extemporánea*³. Curiosamente, la ley no explicita la sanción derivada de la inactividad de la parte, o mejor, del incumplimiento del deber jurídico de pedir y practicar la medida de prueba dentro del plazo. No hay texto que diga que tal incumplimiento dará lugar a la declaración de negligencia, excepto casos particulares de caducidad automática⁴. La sanción (pérdida de la prueba en general) imputada al incumplimiento del deber jurídico de ser diligente, se halla elíptica-

¹ Genaro Carrió señala la diferencia entre las palabras *descriptivas* y las palabras *valorativas*: “*Arbitraria* (como *bueno*) no es primeramente una palabra descriptiva; es también, como *bueno* una palabra valorativa” (*Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, p. 52; Ed. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1967).

² “. . . podemos distinguir entre dos tipos de descalificadores: los específicos y los genéricos. Los descalificadores específicos nos indican en qué respecto lo descalificado es defectuoso” (CARRIO, *ob cit.*, p. 318).

³ “. . . prematuro o extemporáneo indican que el déficit o anomalía está conectado con la *oportunidad* u *ocasión* en que algo es realizado” (CARRIO, *ibidem*).

⁴ Entre otros, CPN, 402: “Si vencido el plazo fijado para contestar el informe, la oficina pública o entidad privada no lo hubiese remitido, se tendrá por desistida de esa prueba a la parte que la pidió, sin sustanciación alguna, si dentro de quinto día no solicitare al juez la reiteración del oficio”; 410: “Si la parte que pidió las posiciones no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiese dejado pliego, y compareciere el citado, perderá el derecho de exigir las”, 437: “Si la parte que ofreció el testigo no concurriere a la audiencia por sí o por

mente prescripta y debe deducirse del plexo normativo. Incluso la palabra *negligencia*, salvo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y aquellos que lo siguen⁵, no se menciona; pero la virtualidad de su aplicación está presente en el procedimiento probatorio como una rotunda realidad.

2. Construcción jurisprudencial de las reglas sobre negligencia.

Se halle o no la palabra *negligencia* mencionada por la ley, sería ilusorio pensar que de su mero análisis pueda obtenerse una adecuada información sobre las circunstancias en que la pérdida de la prueba haya de ser decretada⁶. Ni siquiera del texto de las respectivas cláusulas procesales es posible deducir reglas que agoten el instituto, por la muy obvia razón de que la cantidad de hechos virtuales en la norma es infinita⁷. Los que ella aprehende sirven apenas para forjar conceptos generales, un punto de partida. Veámoslos cómo se presentan en la economía del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

apoderado y no hubiese dejado interrogatorio, se la tendrá por desistida de aquél, sin sustanciación alguna"; 454: "Asimismo (el juez) fijará el plazo dentro del cual la parte que ofreció la prueba debe informar acerca del Juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido"; 463: "La falta de depósito (del anticipo de gastos del perito) dentro del plazo importará el desistimiento de la prueba". Santa Fe, 148: "Fracasada una diligencia de prueba, se tendrá a su ponente por desistido de la misma, a menos que expresamente la urgiere dentro de tres días de la fecha en que conste en autos su no producción o que la contraparte lo hiciera dentro del mismo plazo subsiguiente". Corrientes, 196: "Si la parte no pidiera nueva audiencia o no presentase el interrogatorio dentro del tercero día de fracasada la anterior se la tendrá por desistida del testigo sin más trámite". Tucumán, 322: "La prueba deberá ser producida dentro del término probatorio, bajo pena de nulidad, . . ."

⁵ Arts. 383, *in fine*; 384; 385 y 260, inc. 2º.

⁶ "Las palabras carecen de significados intrínsecos o esenciales, no son nombres de cosas y por lo tanto, las cosas no son descubribles a través de las palabras" (Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p.97).

⁷ Corresponde admitir que con *todas* las normas jurídicas sucede lo mismo, sólo que en algunos casos, ellas se muestran demasiado amplias, demasiado vagas, o demasiado oscuras. Recordemos expresiones como "bienes de uso indispensable", en las que apenas está insinuado el objeto de la normación.

I. Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo (art. 384)⁸ ;

II. A los interesados incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente (ídem);

III. Si no lo fueran por omisión de las autoridades encargadas de recibirla, podrán los interesados pedir que se practiquen antes de los alegatos, siempre que, en tiempo, la parte que ofreció la prueba hubiese informado al juzgado las dificultades y requerido las medidas necesarias para activar la producción (ídem);

IV. Se desestimaré el pedido de declaración de negligencia cuando la prueba se hubiere producido y agregado antes de vencido el plazo para contestarlo (art. 385)⁹ ;

V. También, y sin sustanciación alguna, si se acusare negligencia respecto de la prueba de posiciones y de testigos antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia, o de peritos, antes de que hubiese vencido el plazo para presentar la pericia (ídem).

Las expresiones “dentro del plazo”, “oportunamente”, “en tiempo”, etcétera, aluden solamente a uno de los elementos de la negligencia: el transcurso de los términos. Se trata, como se vio en el capítulo anterior, de un requisito objetivo, de alguna manera verificable en el expediente. Pero hay otro que aun exteriorizándose mediante actos también verificables —abandono de la prueba— comienza en la subjetividad del litigante: el *desinterés*. Los términos “urgir”, “requerir las medidas necesarias para activar la producción”, etcétera, que utiliza la ley, están conectados con este requisito. Y al llegar ahí la norma exhibe uno de sus rasgos característicos: la ambigüedad. La ambigüedad no permite al intérprete, con la sola consideración de las palabras de la ley, determinar la totalidad de la conducta exigible al

⁸ Buenos Aires, 382; Córdoba, 187; Corrientes, 127; Santa Fe, 146; Tucumán, 322.

⁹ Buenos Aires, 383.

litigante¹⁰. Habrá pues que acudir a otros datos —no incluidos previamente por el legislador— para deducir las reglas que dirán frente a qué circunstancias procederá declarar la negligencia. Esa es la tarea de los jueces. Ellos definirán en cada caso conceptos de gran elusividad, como *diligente* o *negligente*, basándose en informaciones a veces extrañas al campo de la dogmática, a fin de establecer qué clase de inactividad es la que merece ser sancionada con la pérdida de la prueba.

3. Los principios generales. En centenares de pronunciamientos los tribunales declaran que en materia de negligencias probatorias, debe estarse a las modalidades de cada caso, por no ser procedente dejar sentados principios generales¹¹. Palacio se siente obligado a manifestar que “la afirmación es sin embargo excesiva, pues la variedad de casos que pueden subsumirse en una institución jurídica, por extensa que sea, no excluye la aplicación de determinados principios, los cuales, por lo demás, pueden inferirse de la nutrida jurisprudencia existente sobre el tema”¹². A mi modo de ver, el escepticismo de los jueces no supone la total imposibilidad de deducir las reglas, sino que se limita a dar cuenta de las dificultades para elaborarlas de manera que agoten las hipótesis de hecho. La confusión quizá sea más que nada terminológica: se dice principios *generales* donde debió decirse principios *absolutos*, lo que es bien distinto. Después de todo, “los jueces, al decidir un caso, invocan, escogen y aplican algún principio”¹³, lo que significa que cuando hacen prevalecer una solución sobre otra u otras posibles, es porque la elegida se conforma a un

¹⁰ El tema de la posibilidad de reconocer en la norma otras notas no expresamente incluidas en ella, fue abordado en mi libro *Agravio irreparable*, Ed. Ediar, Bs. Aires, 1978.

¹¹ CNCiv., sala A; ED, 24-267; etc.

¹² PALACIO, *ob. cit.*, IV, 408.

¹³ SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, p. 59.

concepto, y debe esperarse que sigan haciéndolo en casos análogos. Tal es el sentido de la búsqueda que me propongo hacer de los principios generales en materia de negligencia.

Un buen punto de partida para deducir dichos principios, es presentar el problema como una constante confrontación entre la búsqueda de la verdad real por una parte, y la necesidad de llegar a la sentencia lo más rápidamente posible, por la otra. Que ese punto de partida haya sido descubierto por las decisiones judiciales y extraído del sistema para exhibirlo como un concepto jurídico, es un bello ejemplo de la función asignada a los jueces, aun en un régimen de normas legisladas, como el nuestro: “La profundidad de una construcción jurídica parece provenir siempre de una preocupación que actúa como acicate para descubrir en el derecho la solución correcta. Las grandes sentencias, aquellas que abren nuevos cauces en la vida jurídica son, con gran frecuencia, pronunciamientos en los que se muestra la existencia de conexiones antes ignoradas, y el gran magistrado es el que tiene el poder de descubrirlas y presentarlas de un modo objetivamente tan convincente, que sorprende que permanecieran tanto tiempo inadvertidas”¹⁴.

3.1. *Principio de aplicación restrictiva: el derecho de defensa.* Disponer de una razonable oportunidad para ofrecer y producir prueba, es una exigencia del debido proceso adjetivo que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional. Cuando esa oportunidad es negada, padece el derecho de defensa. De ahí que enfrentados a hechos que hacen dudar si la actividad del litigante ha sido o no diligente, los jueces se muestran cautelosos para privarlo de la prueba. El principio es formulado en los siguientes términos:

En materia de negligencia probatoria, debe imperar el criterio restrictivo¹⁵.

¹⁴ SOLER, Sebastián, *Interpretación de la ley*, p. 193.

¹⁵ CNCiv., sala A; E.D. 52-499.

Precisando el concepto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala F, agrega: Las negligencias, en cuanto importan una limitación al derecho de defensa, deben ser apreciadas con carácter restrictivo y admitidas sólo en aquellos casos en que la incuria o la inactividad de la parte interesada en la producción de las pruebas se traduzca en una demora injustificada del proceso¹⁶.

En los ordenamientos que admiten la posibilidad del replanteo de pruebas en segunda instancia, el principio no tiene por qué ser tan riguroso, toda vez que si a criterio del superior la declaración de negligencia no procedía, el afectado dispone de una nueva oportunidad en la alzada.

3.2. *Principio de disposición.* La actividad probatoria en sede civil es, primordialmente, deber de las partes: incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer, prescribe el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁷; añadiendo: cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Otros códigos son también elocuentes en la atribución de obligaciones probatorias; el de Tucumán, por ejemplo, cuyo artículo 314 dispone que las partes tendrán la obligación de demostrar sus alegaciones de hecho. Quien pretenda algo —dice— ha de probar los hechos constitutivos en que se basa su pretensión; quien contradiga la pretensión del adversario, deberá probar los hechos extintivos y modificatorios o las circunstancias imperativas de esa pretensión.

¹⁶ ED, 12-666.

¹⁷ Buenos Aires, 375. *Conf.*: C3a. Civ. y Com. Córdoba: Es obligación de las partes procurar por los medios a su alcance que al momento de dictarse sentencia, los elementos de juicio necesarios para acreditar su postura estén en el proceso y puedan ser valorados por el juzgador (JA, 1980-II, síntesis).

Sin embargo, la búsqueda de la verdad real se ha ido haciendo cada vez más evidente en las facultades que el legislador va acordando a la jurisdicción a medida que se suceden las normas de los códigos. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su actual redacción, autoriza a los jueces y tribunales, *aun sin requerimiento de parte*, a ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto podrá: decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario, y mandar (con las formalidades prescriptas en el código) que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros (art. 36, inc. 2º, apts. b y c, CPN)¹⁸.

La ampliación de las facultades judiciales es el resultado de asumir la litis como un fenómeno social y no como un mero instrumento para la protección de los derechos subjetivos; mas, como sostiene Alvarado Velloso, “de cualquier modo que se pueda ver la cuestión o de la actitud filosófica que se adopte frente al tema, pensamos que en nuestro ordenamiento legal prevalece aún el principio dispositivo, a pesar del gran avance que ha efectuado el legislador en materia de facultades judiciales; en otras palabras, intentando definir el ‘sistema legal’ diríamos que es *predominantemente dispositivo*”¹⁹. De ahí que la regla en estudio pueda enunciarse así:

El material de conocimiento debe ser, en principio, facilitado por las partes²⁰.

¹⁸ Buenos Aires, 36; Córdoba, 347; Corrientes, 227; Santa Fe, 21.

¹⁹ *El juez. Sus deberes y facultades*, p. 5.

²⁰ *Conf.*: CNCiv, sala B: Si bien es cierto que el nuevo código ha dado mayores facultades a los jueces para llegar al esclarecimiento de la verdad, ello no significa abandonar el principio de que, en las causas civiles, el material de conocimiento debe ser, en principio, facilitado por las partes (ED, 28-325). CNFed. Civil y Com., sala II: Pese a la amplitud de las facultades instructoras acordadas a los jueces y contempladas en el art. 36, inc. 2º del Cód. Procesal, sigue vigente —aunque atenuado aún más después de la reciente reforma— el principio

El principio está conectado a la garantía de la defensa en juicio por el extremo opuesto al de la *aplicación restrictiva* abordado en el punto anterior: entonces el propósito era no retacear la posibilidad de prueba; ahora se trata de no exagerarla en beneficio de quien no la produjo. En ambos casos padecería el debido proceso, alterándose la igualdad de los litigantes: “Si la parte no ha ofrecido prueba en la ocasión legal, no puede suplirse su conducta con prueba que torne viable una acción fundada en los hechos alegados y que se han intentado probar, convirtiendo en triunfador al perdidoso”²¹.

Los corolarios de la regla, en orden a la negligencia, son elaborados por los tribunales con arreglo a las ideas que se acaban de exponer:

Las medidas para mejor proveer son de carácter excepcional²², no importan la restitución de los plazos procesales²³, ni suplen la falta

dispositivo, conforme al cual corresponde a las partes aportar la prueba para acreditar los hechos que invocan, siendo en este aspecto la actividad de aquél meramente complementaria (La Ley, 1982-A, 270).

²¹ FASSI, *ob. cit.*, I, 129. Tampoco puede el juez instruir prueba de oficio sobre hechos no invocados por las partes: “la convicción de verdad radica en la *certeza* sobre la cual debe asentarse la prestación jurisdiccional. Esa certeza, en la sistemática de nuestro derecho —dice Humberto Theodoro Junior, refiriéndose al brasileño— sólo puede formarse a la luz de los hechos probados en el proceso. Es que, aunque libre para concretar su convencimiento, el juez, según el art. 131 del Código Procesal Civil, sólo podrá recalar en los hechos y circunstancias constantes en autos, y no en los no invocados por las partes. . . Tales márgenes son límites impuestos a la actividad del juez, tendientes a evitar la arbitrariedad en pesquisas ajenas al control jurídico que los sujetos de la relación procesal deben ejercer sobre todos los actos del proceso. Es que si el juez pudiese invocar actos extraños a aquellos demostrados en el juicio, ninguna seguridad tendrían los litigantes respecto a la defensa de sus intereses” (*Los poderes del juez frente a la prueba*, en *Estrategia procesal civil*, de PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., p. 267; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982).

²² CNCiv., sala C; ED, Rep. XI, p. 600, sum. 4.

²³ C1a. CC Bahía Blanca; ED, 34-20.

total de pruebas de una de las partes²⁴, ni cubren la negligencia probatoria de quien la solicita²⁵, ya que los jueces no pueden ordenar diligencias que las partes han debido solicitar dentro del plazo probatorio o que, pedidas, no se practicaron por negligencia suya²⁶. Así, no ofrecida ni producida prueba por el actor y desistida por el ejecutado, la designación por el juez, con carácter de medida para mejor proveer, de un perito calígrafo para que se expida sobre la autenticidad de la firma atacada de falsa, es improcedente, porque suple la negligencia de una de las partes, ya que implica producir lisa y llanamente una prueba pericial que pudo y debió ser producida por las partes en la etapa procesal oportuna²⁷.

3.3. *Principio de la falta de interés*. Incuria, inercia, falta de interés son, entre otros, vocablos que se utilizan para nombrar el peculiar estado subjetivo del litigante moroso. Pero, ¿cuánta falta de interés es necesaria para incurrir en negligencia? La regla se expone diciendo:

*Es presupuesto del instituto de la negligencia el haberse demostrado falta de interés del oferente en la producción de su prueba*²⁸.

Demostrar es traducir en hechos exteriores la indiferencia o desidia (otros tantos vocablos pertinentes), para que puedan ser cuantificadas. Esa cuantificación, además, no debe ser arbitraria, y para que

²⁴ *Ibidem*. Conf.: CNFed, Civil y Com, sala II: Si la demandada reconoció la extemporaneidad del ofrecimiento subsidiario de la prueba testimonial para la dilucidación de la defensa de legitimación para obrar deducida, extremo que motivó la oposición de la contraria y no se efectuó tal ofrecimiento en el escrito de constitución del proceso, el judicante no podía hacer uso de sus facultades instructorias, para sustituir la actividad probatoria (La Ley, 1982-D, 270).

²⁵ CNCiv., sala E; ED, 10-558.

²⁶ CNCiv., sala C; ED, 63-396.

²⁷ CNCom., sala B, ED, 11-308.

²⁸ CNCom., sala A; ED, 5-449. Conf., sala B: La negligencia en la producción de la prueba debe juzgarse teniendo en cuenta la diligencia o interés puesto de manifiesto en la realización de la misma (ED, 1-685).

no lo sea, habrá que atender al caso concreto, la índole del proceso y sus contingencias particulares: por ejemplo, no se exige la misma celeridad en los juicios ordinarios que en los sumarios, ni el rigor con que se aprecie la actividad de la parte será igual hallándose pendiente el plazo probatorio que estando ya vencido.

Empezaré el examen de la casuística sobre el principio de la falta de interés, abordando precisamente la pauta del vencimiento del plazo. El hecho de hallarse vencido el término de prueba, obliga al interesado en producirla a ser particularmente diligente; así, cuando se trata de la reiteración de un oficio, la recurrente debe extremar su celo procesal por el oportuno libramiento²⁹; e incluso no se requiere que el plazo se halle vencido para declarar la negligencia, cuando resulta evidente que la prueba no podrá ser producida dentro del mismo³⁰. Sin embargo, el solo vencimiento del plazo para producir prueba no es motivo valedero para el acuse de negligencia en su producción, si de autos surge la actividad del interesado³¹.

Las reglas prescriptas operan según una condición necesaria y suficiente: que el plazo se halle fijado; si no se fijó término para la producción de la prueba, no está legalmente justificada la negligencia invocada³². Asimismo el plazo debe hallarse corriendo: suspendida por el juzgado la tramitación de la producción de la prueba, es injustificado atribuir, a la parte, negligencia en producir la oportunamente pedida, si no se ha reanudado expresamente su trámite y notificado la providencia a los interesados³³.

²⁹ CNCiv., sala B; La ley, 132-1093, N° 18.844.

³⁰ CNCiv., sala E; ED, 20-249. *Conf.*: CNCom., sala B: El ofrecimiento de prueba efectuado el mismo día en que vencía el término respectivo es tardío, y la parte que lo hace en esas condiciones incurre en negligencia (CNCom., sala B; ED, 10-426).

³¹ CNCiv., sala E; ED, 17-496.

³² CNCom., sala B; ED, 12-668.

³³ CNCom., sala B; ED, 12-667.

Otra forma de apreciar la actividad del litigante, es extendiendo a la negligencia las reglas que emanan de la naturaleza del juicio: en los incidentes, ejecuciones, procesos sumarios y sumarísimos, el principio de celeridad y abreviación de los plazos alcanza especialmente al procedimiento probatorio. El interesado en la prueba deberá extremar su diligencia a fin de practicarla en los términos habitualmente reducidos que establece la ley. En concordancia con lo expuesto, se ha declarado que el hecho de haber transcurrido más de dos años desde la apertura a prueba de la ejecución, sin que el demandado haya agregado las rogatorias, es clara demostración de la incuria en que ha incurrido en la producción de la prueba³⁴; que si el término de prueba venció el día en que el ejecutante ofreció la de su parte, no cabe duda que ese ofrecimiento fue tardío y que dicha parte incurrió en negligencia³⁵; que la naturaleza sumaria del juicio de desalojo obliga a extremar el rigorismo de los jueces a fin de no favorecer cualquier intento dilatorio; de ahí que la prueba ofrecida el último día del término y luego no urgida, si por su profusión lleva implícita la imposibilidad de diligenciarla dentro del plazo, importa negligencia en el oferente³⁶.

3.4. *Principio de morosidad.* El desinterés aludido en el párrafo anterior se refleja en la inactividad o insuficiente actividad probatoria del litigante, lo que a su vez debe traducirse en la morosidad del trámite; o sea, que los plazos se extiendan más allá de lo tolerable para la buena fe procesal y para la obtención del fin querido por el proceso: llegar a la sentencia, en lo posible dentro de los términos prescriptos por la ley. El principio, entonces, puede formularse así:

*El instituto de la negligencia debe ser evaluado a tenor de si la actividad denunciada ocasiona o no atraso a la tramitación de la causa*³⁷.

³⁴ CNCiv., sala B; La ley, 116-786, N° 10.852.

³⁵ CNCCom., sala B; La Ley, 118-877, N° 11.851.

³⁶ CApel. Goya (Ctes.), en ACOSTA, José V., *Diez años de jurisprudencia en materia procesal civil*. p. 70, N° 194.

³⁷ CNCCom., sala B; ED, 50-343.

Empero, deben concurrir otros ingredientes para que la morosidad conduzca a la pérdida de la prueba, toda vez que la negligencia no es un fin en sí mismo: la demora ha de ser *imputable* al oferente y *perjudicial* para la otra parte o para el normal desenvolvimiento del proceso. De modo que el enunciado de la regla se completa diciendo que *existe negligencia todas la veces que la parte, por acción o inacción imputables, ocasiona una demora perjudicial o injustificada en el proceso*³⁸. A *contrario sensu*, si la demora no es imputable o no ha causado perjuicio, la negligencia es improcedente.

Imputabilidad, en el lenguaje de los tribunales cuando se refiere a la negligencia procesal, equivale a culpabilidad. Ya examinamos en el capítulo anterior (3.1.) una de las áreas en que el instituto opera: la acotada por el artículo 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, donde se prescribe que si las medidas de prueba no fueren practicadas dentro del plazo “por omisión de las autoridades encargadas de recibirlas, podrán los interesados pedir que se practiquen antes de los alegatos siempre, que, en tiempo, la parte que ofreció la prueba hubiese informado al juzgado de las dificultades y requerido las medidas necesarias para activar la producción”. Es un claro ejemplo de inimputabilidad del oferente, aunque la palabra no se mencione, como en el código de Tucumán cuya fórmula es más amplia todavía: si la prueba “por razones *no imputables* al presentante, no le hubiera sido posible producirla”, dice el ya mencionado artículo 332, utilizando el término “imputable” como “culpable”, en el sentido de atribución de responsabilidad aun en el aspecto subjetivo. Por cierto, el interesado en la prueba no se limitará a hacer saber las dificultades que le impiden diligenciarla, sino que además debe requerir las medidas necesarias para activar la producción. Este requisito es esencial, e incumplido, la negligencia es procedente: Toda vez que han trans-

³⁸ CNCiv., sala C; ED, 2-973. *Conf.*: CNCom., sala A: La declaración de negligencia tiende a sancionar la incuria en que haya incurrido una de las partes en perjuicio de la otra, obstruyendo, injustificadamente, el curso normal del procedimiento (ED, 2-250).

currido más de cuatro años desde la fecha en que se libró oficio a un juez federal requiriendo la remisión de unos expedientes, sin que la parte interesada haya solicitado la reiteración, corresponde darle por decaído el derecho de producir dicha prueba³⁹. El término de tres meses transcurridos desde que se reiteraron los exhortos y oficios sin que la demandada pidiera su reiteración o informara de las dificultades surgidas para su diligenciamiento durante el término de prueba, importa incumplimiento del artículo (384) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴⁰. Por el contrario, la circunstancia de no haber remitido el juzgado de instrucción, por motivos de orden procesal, un expediente, surgiendo de autos la actividad desarrollada por la parte proponente de la prueba para obtener dicha remisión, torna improcedente la negligencia acusada⁴¹.

La demora puede originarse también en el propio juzgado en que la causa se tramita. Cuando así ocurre, es deber del oferente remover los obstáculos que se opongan al proveimiento de la prueba o a su producción. Quien permanece como mero espectador de la inercia de jueces, secretarios, funcionarios o auxiliares, afronta la sanción de la pérdida de la prueba como si fuese él mismo el autor de la falta. En este orden de cosas se ha resuelto que la circunstancia de no haber sido proveída la prueba ofrecida, no obsta a la negligencia, ya que la parte está obligada a urgir esa decisión⁴². Tampoco el hecho de haber concurrido a Mesa de Entradas para activar verbalmente el trámite de la causa es óbice para que se haga lugar a la declaración de negligencia, ya

³⁹ CSN, 260:37.

⁴⁰ CNCiv., sala C; La Ley, 122-948, N° 13.675.

⁴¹ CNCom., sala A; La Ley, 127-857.

⁴² CNCiv., sala C; ED, 20-246. *Conf.*: CNCiv., sala A: si bien una vez ofrecida la prueba no es necesario que las partes soliciten la fijación del período durante el cual deberán sustanciarse, ello no obsta a que, ante la demora del juzgado, los litigantes urjan dicho trámite (La Ley, 126-776, N° 15.207). Incurre en negligencia la parte que deja transcurrir un lapso prolongado sin instar que se proveyera el escrito en que ofreció su prueba, no obstante que el juzgado debió proceder de oficio, pues la parte interesada siempre tuvo la posibilidad de pedir lo conducente ante la inactividad judicial (CNCiv., sala C; La Ley, 115-818, N° 19.589).

que incumbe al interesado urgir en los autos que las pruebas se diligencien dentro del término legal⁴³.

La devolución del expediente por el tribunal de alzada suele ocasionar situaciones propicias a la distracción en que la negligencia acecha. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala A, resolvió que el hecho de que al devolver el tribunal de alzada el expediente a primera instancia, omitiera hacerlo con el cuaderno de pruebas de la demandada, no excusa la negligencia del ejecutado que no ha realizado ningún trámite para subsanar esa omisión⁴⁴. La sala B del mismo tribunal tuvo oportunidad de declarar que a los efectos de la negligencia en la producción de la prueba debe tenerse en cuenta, en juicio devuelto por el tribunal de apelación a Primera Instancia, la inactividad de la parte a contar desde que tuvo legal conocimiento de la providencia “por devueltos”⁴⁵.

La omisión o demora del tribunal en suscribir exhortos, cédulas u oficios, en fijar nuevas audiencias, etcétera, son también circunstancias que nutren la casuística sobre el punto, porque el litigante desprevenido suele creerse ajeno a las consecuencias de la inactividad judicial, y nada está más lejos de la verdad que ese convencimiento: la omisión del juzgado en llenar los claros correspondientes a las fechas de las audiencias, para la producción de la prueba ofrecida —dijo la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala C— no dispensa a la proponente del deber de activar la fijación de aquéllas⁴⁶; ni la negligencia de los empleados de secretaría no justifica la que incurra la parte interesada en la producción de la prueba⁴⁷.

⁴³ CSN, 269:343.

⁴⁴ ED, 12-659.

⁴⁵ ED, 5-95. *Conf.*: CNCom., sala B: La falta de reiteración de un pedido tendiente a la producción de la prueba cuyo proveimiento quedó supeditado a la notificación de la providencia “por devueltos”, hace procedente la acusación de negligencia formulada cuando había transcurrido casi un mes desde el señalamiento del plazo para su producción (ED, 12-667).

⁴⁶ ED, 23-40.

⁴⁷ ED, 4-330.

3.5. *Principio de independencia.* Se aplica a dos géneros de situaciones: a) Cuando una de las partes aún no ha producido toda su prueba y acusa negligencia a la contraria; b) Cuando la parte es negligente respecto de algún medio de prueba y no de otro u otros. En consecuencia, el principio prescribe que la negligencia debe juzgarse con referencia a cada una de las partes y a cada actuación, sin que impida admitirla la circunstancia de existir prueba pendiente.

En relación al primer caso, se ha resuelto que el hecho de que una de las partes no haya aún producido toda su prueba, no impide declarar negligente a la contraria en la producción de la suya⁴⁸; y respecto del segundo, que la circunstancia de que se encuentren pendientes ciertas medidas probatorias, no exime a la parte interesada de practicar en tiempo propio las demás ofrecidas⁴⁹.

4. Excepciones a los principios generales. Si bien de aplicación restrictiva⁵⁰, se reconocen excepciones a los principios generales precedentemente expuestos. Recordando que la demora sancionable con la declaración de negligencia es la que inviste el carácter de perjudicial e injustificada, cuando de las circunstancias del caso apareciese que la dilación ocurrida no daña a la otra parte o no es atribuible al oferente, la pérdida de la prueba sería irrazonable.

Una primera excepción —instituida por la ley misma— está dada en el caso de que la prueba se hubiere producido y agregado antes de vencido el plazo para contestar el pedido de negligencia (art. 385,

⁴⁸ CNCom., sala C; JA, 964-I-144. Sin embargo, la Suprema Corte de Buenos Aires se pronunció en sentido adverso a esta solución: Resulta improcedente el acuse de negligencia cuando quien lo efectúa cuenta con prueba pendiente de producción y no tiende a urgir el proceso y poner término al período ya vencido, sino que sólo pretende hacer perder la realización de la prueba a su contrario (La Ley, Rep. 1981, p. 2396, sum. 49).

⁴⁹ CNCom., sala B; La Ley, 118-869, N° 11.779.

⁵⁰ C1a. Civ. y Com. Tucumán; JA, 1982-I, síntesis.

CPN)⁵¹. Según explican los tribunales, ello no incide en el desenvolvimiento de los trámites cuya celeridad es fundamento en las cuestiones de negligencia⁵².

La segunda excepción deriva de la regla de la imputabilidad del oferente en la demora, y podría enunciarse como la imposibilidad de producir prueba por causas que le son extrañas. Por ejemplo: la irregularidad con que el personal de los tribunales cumplió sus tareas en determinados días y la dificultad y confusión que tal estado de cosas pudo crear en los litigantes, lo que llevó a la Corte Suprema de Justicia a declarar inhábiles esos días⁵³; o si el juzgado llamó “autos para resolver” a raíz de una oposición formulada por la contraparte en la audiencia respectiva, ya que no se podía activar el trámite por estar pendiente de resolución judicial⁵⁴; o cuando la parte no pudo valerse del informe del secretario respecto de la prueba, por haber sido agregado, por error, al cuaderno de la contraria⁵⁵; o si el tribunal debió dilucidar previamente una nulidad planteada⁵⁶.

La tercera excepción atañe al carácter común de la prueba y ha sido enunciada en los siguientes términos: si la prueba es de carácter común, no corresponde que una parte acuse negligencia a la otra,

⁵¹ Buenos Aires, 383. *Conf.*: CNCiv., sala E; Si la prueba fue producida y agregada antes de vencido el plazo para contestar el traslado conferido, corresponde desestimar la negligencia articulada (La Ley, 1981-D, 273). Palacio (*ob. cit.*, IV, 405), aclara “que el tope temporal instituido por el artículo 385 para purgar la negligencia descarta la aplicabilidad actual de algunos precedentes que, con anterioridad a la promulgación del CPN, se pronunciaron en el sentido de que es inadmisibles la declaración de caducidad cuando la prueba cuestionada se produce antes de que el incidente quede resuelto en forma definitiva”.

⁵² CNCiv., sala F; ED, 12-669. Para Fassi, la *ratio* del precepto reside en “que la verdad de los hechos debe prevalecer y, por ende, no se prescinde de la prueba que se produce durante la sustanciación de la negligencia” (*ob. cit.*, II, p. 190).

⁵³ CNCiv., sala A; ED, 12-661.

⁵⁴ CNCCom., sala B; ED, 12-667.

⁵⁵ CNCiv., sala E; ED, 26-173.

⁵⁶ CNCiv., sala F; ED, 37-69.

porque la obligación de urgirla es de ambas⁵⁷.

Para que una prueba pueda ser calificada de común es menester que haya sido pedida por ambas partes, o que la contraparte haya adherido a la misma⁵⁸. Si una de las partes desiste de la prueba, la contraria está obligada a urgirla, incurriendo en negligencia en caso de no hacerlo⁵⁹; obviamente, si no desistiese, esa circunstancia inhibe para considerar negligente a la contraparte, pues también a ella incumbía acelerar su producción⁶⁰.

¿Desde cuándo la parte que no desistió debe considerarse negligente? A partir de la fecha en que quede firme el auto que provee el desistimiento, pues hasta entonces la carga de la prueba pesaba sobre ambas partes⁶¹. De ahí que debe ser desestimada la negligencia acusada el mismo día en que se produjo el desistimiento de la prueba común por una de las partes, porque únicamente a partir de ese momento puede apreciarse la pasividad de la contraria⁶².

⁵⁷ CNCiv., sala A; ED, 43-403. *Conf.*: CNCiv., sala A: Cuando la prueba ofrecida reviste carácter común el deber de urgir su producción corresponde a ambas partes, siendo, por tanto, improcedente, si no media desistimiento, la negligencia acusada al respecto (ED, Rep. 13, p. 697, sum. 45). Aunque algún fallo asigna sólo un valor relativo al principio (CNCiv., sala A; ED, 43-403).

⁵⁸ CNCiv., sala E; ED, 20-241.

⁵⁹ CNCiv., sala A; ED, 24-267.

⁶⁰ CNCiv., sala B; ED, Rep. 10, p. 885, sum. 31.

⁶¹ CNCiv., sala A; ED, 37-69. *Conf.*: CNCiv., sala A: Ante el desistimiento de una de las partes de la prueba común, la eventual inactividad de la contraria debe comenzarse a computar a partir del momento en que conoce el desistimiento, ya que hasta entonces la carga de urgir la prueba pesaba sobre ambas (ED, Rep. 13, p. 697, sum. 44).

⁶² CNCiv., sala A; ED, 37-69.