

## Capítulo IV

### PRUEBA DE TESTIGOS

1. Ofrecimiento . . . . .	107
1.1. Código de la Nación . . . . .	107
1.2. Otros códigos . . . . .	110
1.2.1. Córdoba . . . . .	110
1.2.2. Santa Fe . . . . .	110
2. Producción . . . . .	111
2.1. En la sede del juzgado . . . . .	111
2.1.1. Citación . . . . .	112
2.1.2. Audiencia . . . . .	118
2.2. En extraña jurisdicción . . . . .	120
2.2.1. Código de la Nación . . . . .	120
2.2.2. Buenos Aires . . . . .	121
3. Contingencias comunes . . . . .	122

## **Capítulo IV**

### **PRUEBA DE TESTIGOS**

**SUMARIO:** 1. Ofrecimiento. 1.1. Código de la Nación. 1.2. Otros códigos. 1.2.1. Córdoba. 1.2.2. Santa Fe. 2. Producción. 2.1. En la sede del juzgado. 2.1.1. Citación. 2.1.2. Audiencia. 2.2. En extraña jurisdicción. 2.2.1. Código de la Nación. 2.2.2. Buenos Aires. 3. Contingencias comunes.

## 1. Ofrecimiento.

1.1. *Código de la Nación*. La prueba de testigos debe ofrecerse en el plazo general de diez días (art. 367, en su actual versión), salvo que se invoquen y acrediten las circunstancias de excepción previstas por los artículos 326 y 328<sup>1</sup>. Esto en cuanto al proceso ordinario. Trátándose de sumario o sumarísimo, con la demanda, reconvencción y contestación de ambas; y en el ejecutivo, al oponer y contestar excepciones. En segunda instancia, al replantear las medidas probatorias denegadas en primera, o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia (art. 260, inc. 2°), o si se invocare hecho nuevo (art. 260, inc. 5°)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> De los términos del inc. 1 del art. 326, CPr., resulta que la exigencia para admitir la prueba anticipada es la "muy" avanzada edad de los testigos, término que vinculado a los otros dos supuestos de enfermedad o viaje, están referidos a la inminencia de ausencia o disminución de aptitudes que imposibiliten el diligenciamiento de la prueba; con este alcance, no es suficiente justificativo sólo denunciar que los testigos estarían entre los 60 y 70 años de edad. En lo que respecta a la tercera hipótesis prevista en el inc. 1 del art. 326 ("próximo a ausentarse del país") debe acreditarse sumariamente no sólo la proximidad del viaje del testigo al extranjero, sino también la probable duración de su ausencia del país por ese motivo, ya que un retorno a breve plazo no constituye impedimento para que la declaración se produzca en la oportunidad procesal correspondiente (CNCiv., sala B; JA, 1983-IV, síntesis).

<sup>2</sup> Es improcedente la solicitud de que la cámara reciba la declaración de testigos si los demandados no ofrecieron esa prueba en primera instancia (CNCiv., sala C; ED, 37-90).

Fuera de las oportunidades señaladas, la testimonial ofrecida será declarada inadmisibile. No obstante, el juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo (art. 452). El texto, en su antigua redacción, limitaba la facultad judicial al examen de las personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso<sup>3</sup>. La ley 22.434, tomando como antecedente el artículo 347 del Código de Jujuy, extrema el principio de oficialidad autorizando el examen de cualquier persona que, según resultare de otras pruebas producidas, tuviere conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Obsta al ejercicio de dicha facultad, la circunstancia de que el testimonio —oportunamente ofrecido por la parte— fuese desistido o mediare a su respecto declaración de negligencia, “porque lo contrario —dice Palacio— implicaría transgredir los principios de igualdad y preclusión”<sup>4</sup>.

En el acto de ofrecer la prueba de testigos, se deberá presentar una lista de ellos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio

<sup>3</sup> Tal redacción persiste en el artículo 450 del código de Buenos Aires, pero la jurisprudencia nacional anterior a la ley 22.434, aplicable todavía a dicho Estado, declara que “la circunstancia de que en el artículo 452 del CP. se aluda solamente a la posibilidad de disponer de oficio la declaración de testigos mencionados en los escritos de constitución del proceso de ningún modo debe entenderse como excluyente de extenderla a otros testigos que puedan haberse conocido a través de otras actuaciones procesales, como ser, haber sido mencionados por los testigos que prestaron declaración. Esta, como otras reglas procesales concernientes a las facultades del juez para la mejor instrucción de la causa, debe ser entendida simplemente como un supuesto particular no excluyente de otras emanadas de una directiva central que preside su interpretación y que se resume en definitiva en la regla básica del artículo 36, inc. 2º, máxime cuando se trata de un proceso concursal en el que no puede dejar de influir, frente a los intereses comprometidos, la amplitud de atribuciones que confiere el art. 297 de la ley 19.551”: CNCom., sala C; ED, 90-197.

<sup>4</sup> *Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial*, p. 156.

(art. 429)<sup>5</sup>. Faltando algunos de estos datos, pero indicando el proponente los necesarios para que el testigo pueda ser individualizado sin dilaciones y sea posible su citación, la prueba deberá admitirse; en caso contrario corresponderá su rechazo<sup>6</sup>.

El régimen analizado corresponde a los testimonios a prestarse en la sede del juzgado; cuando se tratare de testigos que deban declarar fuera del lugar del juicio, la parte que los hubiere presentado *acompañará el interrogatorio en el escrito de ofrecimiento de prueba*, indicará los nombres de las personas autorizadas para el trámite del exhorto u oficio, quienes deberán ser abogados o procuradores de la matrícula de la jurisdicción del tribunal requerido, excepto cuando por las leyes locales estuviesen autorizadas otras personas, pudiendo, los comisionados, sustituir la autorización. *No se admitirá la prueba* si en el escrito no se cumplieren dichos requisitos (art. 453)<sup>7</sup>. La caducidad se produce en forma automática, bastando la constatación por el juez de la omisión de los recaudos<sup>8</sup>.

La carga impuesta por el precepto tiene por finalidad que la contraria tome conocimiento del interrogatorio para ejercer su derecho de preguntar y controlar la pertinencia de las preguntas sin necesidad de concurrir al juzgado de recepción de la prueba<sup>9</sup>. En consecuencia, al ofrecérsela, debe expresarse sobre qué hechos han de deponer

<sup>5</sup> Buenos Aires, 427; Córdoba, 295; Corrientes, 195; Santa Fe, 200; Tucumán, 385. La mención de la profesión del testigo es esencial no sólo en lo que hace a la identificación, sino a la admisión del mismo (CNCrim. y Correcc., sala IV; ED, Rep. 9, p. 907; sum. 1).

<sup>6</sup> Incurrir en negligencia la parte que no aporta con exactitud los datos necesarios para poder citar al testigo (CNCiv., sala C; ED, 2-174). Si se dejó de consignar oportunamente los datos personales que la ley procesal exige respecto de los testigos corresponde no hacer lugar a dicha prueba (CSSF; J., 7-11). El código de Santa Fe exige que al tiempo de ofrecerse la prueba testimonial, además de expresar el nombre, profesión y domicilio de los testigos, se presente el interrogatorio respectivo; de ahí que en dicho régimen es inadmisibles la prueba testimonial que se ofrece sin acompañar el respectivo interrogatorio (CCCSF, S 1a.; J., 26-113).

<sup>7</sup> Buenos Aires, 451; Córdoba, 302/303; Corrientes, 215; Santa Fe, 205; Tucumán, 396.

<sup>8</sup> Conf.; FASSI, *ob. cit.*, II, p. 316.

<sup>9</sup> CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com.; JA, 1977-IV, síntesis.

los testigos<sup>10</sup>, para que de ese modo pueda la otra parte estar en condiciones de apreciar la necesidad de constituirse en el lugar o de optar por la presentación de un pliego de repreguntas para su agregación al respectivo exhorto<sup>11</sup>.

## 1.2. Otros códigos.

1.2.1. *Córdoba*. Dentro de los *diez* primeros días del término de prueba, en el juicio declaratorio de mayor cuantía, y dentro de los *cinco* en el de menor cuantía y juicios especiales, deberán los litigantes designar los testigos que hayan de declarar, expresando sus nombres y domicilios. Si se ignora el domicilio, se indicará el lugar donde trabaja (art.295)<sup>12</sup>. No se prevé la carga de expresar la profesión.

Contrariamente a lo dispuesto por el artículo 452 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 22.434), el juez cordobés no puede examinar a ningún testigo que no haya sido propuesto en el término competente (art.308)<sup>13</sup>.

1.2.2. *Santa Fe*. Corresponde ofrecerla dentro de los primeros *diez* días de los cuarenta que señala el artículo 402, tratándose de juicio ordinario; en el sumario, dentro de los primeros *tres* días del tér-

<sup>10</sup> CNCom., sala B; ED, 10-452.

<sup>11</sup> CNCom., sala B; ED, 17-211.

<sup>12</sup> Se acepta que se designe al testigo como "Sr. Gerente de..." o "Sr. Representante de..." (Conf.: C3 CCC, en MARTINEZ CRESPO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, p. 108).

<sup>13</sup> El juez no se encuentra facultado para designar las personas que han de declarar; son las partes quienes nombran los testigos (C4 CCC, *loc. cit.*). La parte tiene derecho de desistir del testigo, siempre y cuando tal manifestación de voluntad se efectúe antes de su recepción (conf.: C4 CCC, *loc. cit.*) pero en tal caso debe ser interrogado conforme a las repreguntas (CCCRC, con disidencia del Dr. Jure, quien sostiene que el testigo no se halla aún al servicio de la justicia y en consecuencia se encuentra en la esfera de acción de la parte; *loc. cit.*, p. 109).

mino de diez (art. 410); y en el sumarísimo, al promover la demanda y al contestarla (art. 413, incs. a, c, y d).

Al ofrecerse la prueba testimonial será necesario expresar el nombre, profesión y domicilio de los testigos; y, como se dijo *supra* (nota N° 6), presentar al mismo tiempo el interrogatorio respectivo (art. 200), requisitos no exigidos en otros códigos cuando el testigo declara en la sede del juzgado. La jurisprudencia santafesina es terminante al respecto: si con el escrito de ofrecimiento de la prueba testimonial no se presentan los interrogatorios respectivos, no debe admitirse dicha prueba<sup>14</sup>; no es admisible la prueba testimonial que se ofrece sin presentar los pliegos respectivos<sup>15</sup>; etcétera.

## 2. Producción.

2.1. *En la sede del juzgado.* Dispone el artículo 431 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>16</sup>, que si la prueba testimonial fuese admisible en el caso, el juez mandará recibirla en la audiencia que señalará para el examen, en el mismo día, de todos los testigos. El precepto persigue, obviamente, el estricto cumplimiento del principio de concentración de la prueba; mas cuando el número de ofrecidos por las partes permitiere suponer la imposibilidad de que todos declaren en la misma fecha, se señalarán tantas audiencias como fueren necesarias, en días seguidos. La ley 22.434 añadió un segundo párrafo al artículo 426, disponiendo, en coincidencia con el artículo 10 de la Ley Convenio N° 22.172, que los testigos que tengan su domicilio fuera del lugar del asiento del tribunal pero dentro de un radio de setenta kilómetros, están obligados a comparecer para prestar declaración ante el tribunal de la causa, si lo solicitare la parte que lo propone y el testigo no justificare la imposibilidad de concurrir ante dicho

<sup>14</sup> JPL; RSF, 10-162.

<sup>15</sup> CAR, sala 2a; J., 13-28.

<sup>16</sup> Buenos Aires, 429, subsistiendo la expresión audiencia *pública*, eliminada por superflua en la actual versión del CPN.

tribunal. Por lo tanto, en la sede del juicio deberán declarar: a) Los domiciliados en la misma; b) Los que se domicilien en un radio no mayor de setenta kilómetros.

El juzgado —continúa diciendo el artículo 431— preverá una audiencia supletoria con carácter de segunda citación, en fecha próxima, para que declaren los testigos que faltaren a las audiencias preindicadas. Los códigos de Córdoba, Corrientes, Santa Fe y Tucumán no prevén la fijación anticipada de una audiencia supletoria, como lo hacen el de Buenos Aires y aquellos que se adaptaron al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: ante la incomparecencia injustificada del testigo, disponen su comparendo a otra audiencia mediante el uso de la fuerza pública.

Al citar al testigo —concluye la norma en examen— se le notificarán ambas audiencias, con la advertencia de que si faltare a la primera, sin causa justificada, se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá una multa (que la Corte Suprema reajusta mediante la respectiva resolución).

Según el artículo 429, *in fine*, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el interrogatorio podrá reservarse por las partes hasta la audiencia en que deban presentarse los testigos<sup>17</sup>.

2.1.1. *Citación*. La regla general es de que el testigo sea citado por el juzgado, salvo cuando la parte que lo propuso asumiere la carga de hacerlo comparecer a la audiencia (art. 434, CPN). En su redacción anterior, el precepto disponía que “si en el escrito de ofrecimiento de prueba la parte no hubiese solicitado que el testigo sea citado por el juzgado, se entenderá que ha asumido la carga de hacerlo comparecer a la audiencia”, texto que subsiste en el código de Buenos Aires. La regla ha sido invertida en la actual versión del Código Procesal de la

<sup>17</sup> Buenos Aires, 427; Córdoba, 295 1/2: hasta antes de receptarse la primera testimonial; Corrientes, 195; Santa Fe, 200: al ofrecerse la prueba testimonial; Tucumán, 385: también al ofrecerla, pero sin la sanción de inadmisibilidad.

Nación, con beneplácito de Palacio, “pues el silencio del proponente puede obedecer a un mero descuido que lo expone, no obstante, a un riesgo excesivamente grave<sup>18</sup>. En Córdoba, el artículo 300 dispone que “el testigo que rehusare presentarse voluntariamente a declarar, será citado, a solicitud de parte...”, y el artículo 382 del código de Tucumán, establece que “toda persona ofrecida como testigo está obligada a comparecer a prestar declaración sin necesidad de citación...”, enrolándose ambos en el sistema de la ley 22.454 pero sin la sanción del desistimiento. En cambio Corrientes y Santa Fe no prevén otra forma de comparecencia que la de la citación por el tribunal, aun cuando la presentación espontánea del testigo sea admisible en la práctica.

En orden a la negligencia, habrá entonces que considerar dos alternativas: a) Si la parte asume la carga de hacer comparecer al testigo; b) Si la citación se efectúa por el juzgado.

Cuando la parte asume la carga de hacerlo comparecer a la audiencia, y el testigo no concurriere sin justa causa, de oficio o a pedido de parte y sin sustanciación alguna se lo tendrá por desistido (art. 434, CPN)<sup>19</sup>.

Cuando la citación se efectúa por el juzgado, a pedido de parte y sin sustanciación alguna, se la tendrá por desistida del testigo si: I) No hubiese activado la citación del testigo y éste no hubiese comparecido por esa razón; II) No habiendo comparecido aquél a la primera audiencia, sin invocar causa justificada, no requiere oportunamente las medidas de compulsión necesarias; III) Fracasada la segunda audiencia por motivos no imputables a la parte, ésta no solicitare nueva audiencia dentro de quinto día (art. 432, CPN)<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Estudio de la reforma...*, p. 153.

<sup>19</sup> No cabe en el caso señalar audiencia supletoria (*Conf.*: PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 606).

<sup>20</sup> Buenos Aires, 430.

Este es el sistema de la Nación y de los códigos que lo siguen. En Corrientes, fracasada la única audiencia que la ley prevé, si la parte que ofreció al testigo no pidiera nueva audiencia dentro de tercero día, se la tendrá por desistida sin más trámite (art. 196). En Santa Fe, como norma general (art. 148) se previene que fracasada una audiencia 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.

Retornando al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde abordar las tres causales de negligencia previstas por el artículo 432:

*Inciso 1º:* No activar la citación del testigo e incomparecencia de éste por esa razón: se sanciona con la pérdida de la prueba el desinterés del proponente, pues a quien ofrece los testigos corresponde realizar los trámites necesarios para asegurar la asistencia de los mismos a la audiencia señalada<sup>21</sup>. En razón de que la cédula respectiva debe notificarse con *tres* días de anticipación por lo menos (art. 433)<sup>22</sup>, y que en ella debe transcribirse la parte del artículo 431 que se refiere a la obligación de comparecer y su sanción, la omisión de tales recaudos y la ulterior incomparecencia del testigo autoriza el pedido de negligencia.

No activar la citación del testigo equivale, pues, a desinteresarse por su oportuna notificación; dicho de otro modo, la falta de notificación de la audiencia señalada a los testigos que deberán declarar

<sup>21</sup> CNCom., sala B; ED, 2-838. Pero no procede declarar operado el desistimiento *automático*, si los testigos no han sido citados ni la proponente de los mismos se ha ofrecido a hacerlos comparecer sin citación previa (CNCom., sala A; ED, 6-467).

<sup>22</sup> Buenos Aires, 431; Córdoba, 300: con *un* día por lo menos de anticipación o con horas en caso de urgencia; Corrientes, 196: *un* día; Santa Fe, 202: *tres* días cuando menos de anticipación, o dentro de un plazo menor en caso de urgencia; Tucumán, 387: *tres* días por lo menos después de la admisión de la prueba.

en la misma, hace incurrir en negligencia<sup>23</sup>. O, como lo expresó inequívocamente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala F, si no surge que la parte actora haya activado la citación de los testigos propuestos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 432, inciso 1° del Código Procesal, corresponde tenerla por desistida<sup>24</sup>.

En este estado del análisis corresponde concluir que no es la sola incomparecencia del testigo lo que causa el decaimiento del derecho, sino ese incumplimiento, su falta de justificación y la inactividad de la parte para procurar su conducción por la fuerza pública de acuerdo con lo que establece el texto legal<sup>25</sup>. Por ello, no incurre en negligencia quien hace saber, antes de la audiencia designada, que el testigo ha debido ausentarse del país<sup>26</sup>; ni el error en que incurra la parte en la indicación del domicilio del testigo ofrecido justifica la procedencia de la negligencia en la producción de la prueba si, comprobado el error por el empleado notificador, el peticionante demostró diligencia en indicar nuevo domicilio y no fue remiso en la confección de las cédulas de notificación<sup>27</sup>.

*Inciso 2°:* No requerir oportunamente las medidas de compulsión necesarias cuando el testigo, sin invocar causa justificada, deja de comparecer a la primera audiencia. Ante la contumacia del testigo, el proponente debe solicitar el comparendo a la segunda por medio de la

<sup>23</sup> CNCiv., sala C; ED, 4-329. Corresponde declarar negligente a la parte que, aunque propuso el testigo, no notificó al mismo las diversas audiencias fijadas para su declaración (CNCiv., sala A; ED, 26-172). Corresponde hacer lugar a la negligencia, si después de dos meses de informado por el oficial notificador la inexistencia del domicilio atribuido al testigo, la proponente manifestó que se hallaba en el extranjero, comprometiéndose a llevarlo a declarar a la audiencia supletoria (CNCiv., sala C; ED, 26-174). Procede declarar la negligencia en la producción de la prueba en razón de la falta de actividad para cursar la nueva citación al verdadero domicilio de los testigos si se ha hecho a un domicilio equivocado (CNCiv., sala C; ED, 10-434).

<sup>24</sup> CNCiv., sala F; La Ley, 1984-B, 115.

<sup>25</sup> CNCiv., sala A; La Ley, 114-848; N° 10.164.

<sup>26</sup> CNCiv., sala E; ED, 28-329.

<sup>27</sup> CNCiv., sala B; ED, 4-329.

fuerza pública, mas no se satisface la carga procesal con el mero pedido, pues si no se libraron oportunamente los oficios a la Policía Federal para obtener la deposición en la audiencia supletoria, a pedido de parte debe tenerse la prueba por desistida<sup>28</sup>.

El precepto es operativo cuando la audiencia se ha notificado válidamente<sup>29</sup>; en caso contrario, no se dan las condiciones para hacer comparecer al testigo por la fuerza pública<sup>30</sup>, y siempre que la primera audiencia fracase por motivos imputables a la parte interesada, ésta pierde el derecho a la audiencia suplementaria<sup>31</sup>.

La segunda audiencia para que declaren los testigos reviste carácter estrictamente supletorio, y no constituye un medio para que las partes, a su arbitrio, puedan presentar a los testigos en una u otra oportunidad<sup>32</sup>. Desde luego, si la falta de comparendo se justifica (justificación que debe ser hecha por el testigo y no por la parte que lo propuso<sup>33</sup>), procede recibir la declaración en la audiencia supletoria. Conforme a esta regla y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 432, inciso 2º, sólo podrá declarar en la audiencia supletoria que prevé el artículo 431 el testigo que haya justificado su inasistencia a la primera o el que fuera compelido a ello con el auxilio de la fuerza pública, a pedido de la parte proponente; en cuanto a esto último, es necesario no

<sup>28</sup> CNCiv., sala D; ED, 6-979.

<sup>29</sup> La audiencia supletoria rige sólo para la recepción de los testimonios de quienes, debidamente notificados, no hubieran asistido a la audiencia principal (CNCiv., sala C; ED, 26-174). Corresponde declarar la negligencia en la prueba si, debidamente notificados, los testigos no concurrieron al juzgado en ninguna de las dos oportunidades que dispone la ley, ni se pidió que a la última audiencia se los obligara a comparecer por medio de la fuerza pública (CNCiv., sala D; ED, 17-207).

<sup>30</sup> CNCCom., sala C; ED, 3-799.

<sup>31</sup> CNCiv., sala F; ED, 4-65. El fracaso de la primera audiencia, por razones imputables a la parte, justifica que se la declare negligente en la producción de la prueba de testigos (CNCiv., sala D; ED, 17-209). La falta de notificación al testigo de la audiencia principal importa negligencia de la parte que lo hubiere propuesto, la que no puede ser suplida con la notificación de la audiencia complementaria (CNCiv., sala C; ED, 17-908).

<sup>32</sup> CNCiv., sala C; ED, 26-171.

<sup>33</sup> CNCiv., sala A; ED, 26-172.

sólo que se requiera la medida de compulsión, sino que efectivamente se haya librado el respectivo oficio a la autoridad policial<sup>34</sup>.

*Inciso 3º:* No requerir nueva audiencia dentro del *quinto* día, si fracasare la segunda por motivos no imputables a la parte: la posibilidad de una tercera audiencia para la declaración testimonial sólo se refiere al supuesto de que la segunda audiencia fracase por culpa exclusiva del testigo y no a la inactividad del proponente<sup>35</sup>; por lo que debe denegarse de oficio el pedido de designación de una nueva audiencia para la declaración de los testigos propuestos, en todos los casos en que la inasistencia a la audiencia supletoria deba atribuirse a la inactividad de la parte interesada<sup>36</sup>. Un ejemplo: no habiendo comparecido los testigos a la audiencia señalada y no habiéndose pedido, en su oportunidad, la fijación —para el caso— de la audiencia supletoria, es improcedente la fijación de nueva fecha a los mismos efectos<sup>37</sup>. Otro: debe tenerse a la parte por desistida del testigo que concurrió a la primera audiencia, no realizada por incomparecencia de quien lo propuso, y que no compareció a la segunda<sup>38</sup>. Por el contrario, no son motivos imputables a la parte, entre otros: la suspensión de los términos judiciales dispuesta por la Corte Suprema de Justicia<sup>39</sup>; ni incurre en negligencia por el hecho de no concurrir a la supletoria, la parte proponente del testigo que cumplió con su obligación de notificar al mismo y de pedir nueva audiencia inmediatamente después de fracasada la primera por el feriado decretado<sup>40</sup>. Tampoco corresponde declarar negligente en la producción de la prueba testifical a quien por di-

<sup>34</sup> CNCiv., sala B; JA, 1983-I, 538.

<sup>35</sup> CNCCom., sala C; ED, 12-653. Excepcionalmente la ley prevé un nuevo pedido de audiencia cuando los testigos no pueden ser habidos para la supletoria (CNCCom., sala C; ED, 4-329).

<sup>36</sup> CNCiv., sala F; JA, 1984-II, síntesis.

<sup>37</sup> CNCCom., sala C; ED, 4-329.

<sup>38</sup> CNCCom., sala B; ED, 2-838.

<sup>39</sup> CNCCom., sala A; ED, 10-452.

<sup>40</sup> CNCiv., sala C; La Ley, 121-703; Nº 13.274.

ficultades no pudo notificar al testigo, pero que teniendo en cuenta que había sido ofrecido también por la contraria, manifestó que lo interrogaría en la oportunidad de la audiencia fijada en el cuaderno de ésta y, además, al no concurrir dicho testigo, pidió a los cinco días nueva audiencia para su declaración<sup>41</sup>; así como el error cometido al celebrarse la audiencia en una fecha que no era la que correspondía, justifica la incomparecencia de la parte a la misma, por lo que siendo afectada de nulidad corresponde realizar nueva audiencia a los mismos fines<sup>42</sup>. De igual modo, debe desestimarse la negligencia respecto a un testigo, si la misma fue acusada cuando no estaba devuelta la cédula, por lo que no podía requerirse el uso de la fuerza pública para hacerlo concurrir compulsivamente a la segunda audiencia<sup>43</sup>.

2.1.2. *Audiencia.* El artículo 437 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>44</sup>, dispone que si la parte que ofreció al testigo no concurriera a la audiencia por sí o por apoderado y no hubiese dejado interrogatorio, se la tendrá por desistida de aquél, sin sustanciación alguna. El precepto debe relacionarse con la última parte del artículo 429: el interrogatorio podrá reservarse por las partes hasta la audiencia en que deban presentarse los testigos; de ahí que lo esencial es la presentación del interrogatorio, concurra o no la proponente de la prueba. Palacio sostiene que “constituye presupuesto de aplicación de esta norma el hecho de que el testigo haya comparecido

<sup>41</sup> CNCiv., sala C; ED, 28-329. Aun cuando los testigos no fueron notificados de las audiencias señaladas, con anterioridad a ellas, no corresponde tener por desistida a la parte de la prueba de testigos, si ésta dejó constancia que los haría comparecer personalmente a la complementaria, con el compromiso de desistirlos, en caso contrario (CNCiv., sala E; ED, 31-261).

<sup>42</sup> CNCCom., sala A; ED, 4-353.

<sup>43</sup> CNCiv., sala D; ED, 17-209.

<sup>44</sup> Buenos Aires, 435; Córdoba, 295 terc.: Si la parte que ofreció el testigo no hubiese propuesto interrogatorio se la tendrá por desistida de aquél sin sustanciación ni recurso alguno, quedando a salvo el derecho de interrogar la contraparte, si hubiere presentado pliego. Corrientes, 196. última parte: Si la parte no pidiera nueva audiencia o no presentare el interrogatorio dentro del tercero día de fracasada la anterior se la tendrá por desistida del testigo sin más trámite.

a la audiencia”<sup>45</sup>, apoyándose en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala A<sup>46</sup>. Empero, la jurisprudencia no es pacífica al respecto: la sala C del mismo tribunal se inclina por la solución contraria: si no se halla agregado interrogatorio alguno, ni consta la comparecencia del actor proponente a las audiencias principales para la recepción de la prueba testimonial a la que sí asistió su adversario, en el caso es irrelevante el hecho de que los testigos debidamente notificados tampoco concurrieran, pues no habiendo podido producirse la prueba resulta esencial, para decidir la cuestión, el análisis de la conducta asumida por dicha parte, que pone de manifiesto, a no dudarlo, una negligencia en la actividad que le era propia<sup>47</sup>. Comparto los fundamentos de este último decisorio: como en ocasión de la ausencia del absolvente ( III, 2.2.), sostengo que se trata de cargas independientes, referidas a actividades propias de cada uno; la circunstancia de que el testigo deje de concurrir a la audiencia no libera al oferente de las consecuencias de su desidia y, por el contrario, la agrava.

La pérdida de la prueba requiere, aunque la norma no lo diga, que la incomparecencia del interesado le sea imputable: no es negligente quien, para justificar su incomparecencia a una audiencia, exhibe un certificado médico y solicita otra a los mismos efectos, aunque los testigos que debían declarar se hubieran hecho presentes en la primera<sup>48</sup>; asimismo, se ha resuelto que si bien las audiencias deben celebrarse en el día y hora señalados, no habiendo sido objetada por el juzgado

<sup>45</sup> *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 637.

<sup>46</sup> La Ley, 136-1155; N° 22.684.

<sup>47</sup> La Ley, 135-1095; N° 20.793. Cabe admitir que la doctrina es minoritaria: Aun cuando sea necesario el interrogatorio o la presencia de la parte para que la audiencia de testigos se realice, la ausencia de los mismos no es elemento a considerar cuando aquélla no pudo llevarse a cabo por incomparecencia del testigo (CNCom., sala C; ED, 10-454). La presencia de las partes o la agregación del interrogatorio de los testigos son necesarios, a condición de que éstos concurren a la primera audiencia a la que fueron citados (CNCiv., sala A; ED, 26-442).

<sup>48</sup> CNCom., sala B; ED, 26-442.

la manifestación formulada por una de las partes, no corresponde darle por perdida la prueba testimonial por haber comparecido con diez minutos de atraso<sup>49</sup>.

## 2.2. En extraña jurisdicción.

2.2.1. *Código de la Nación.* De acuerdo a lo prescripto por el artículo 453 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ver *supra* 1.1.), en el escrito de ofrecimiento de prueba la parte que hubiese presentado testigos que deban declarar fuera del lugar del juicio, acompañará el interrogatorio e indicará los nombres de las personas autorizadas para el trámite del exhorto u oficio, quienes deberán ser abogados o procuradores de la matrícula de la jurisdicción del tribunal requerido, excepto cuando por las leyes locales estuviesen autorizadas otras personas.

Adviértase que las exigencias son mayores que para el testigo a examinarse en la sede del juzgado, por lo que el proponente deberá extremar su actividad y tanto es así, que la parte final de la norma previene que no se admitirá la prueba si en el escrito no se cumplieren los requisitos consignados. La obligación de presentar el interrogatorio —también entonces lo dije— tiene por objeto permitir a la contraria la fiscalización de la prueba, a cuyo efecto el artículo 454 dispone que el interrogatorio quedará a disposición de la parte contraria, la que podrá, dentro del quinto día, proponer preguntas. El pliego debe presentarse abierto<sup>50</sup> pero no es necesario acompañar copia del mismo<sup>51</sup>.

La parte final del artículo 454 contiene el apercibimiento de tener al oferente por desistido si en el plazo que el juez le fije se abstiene de informar acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia.

<sup>49</sup> CNCiv., sala B; La Ley, 120-902; N° 12.486.

<sup>50</sup> Conf.: PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 610.

<sup>51</sup> CNCiv., sala F; ED, 37-112.

Los tribunales son particularmente severos al juzgar la actividad del interesado cuando se trata de testimonios a recibirse en extraña jurisdicción, pues ella suele ser fuente de demoras injustificadas y perjudiciales a la buena marcha del proceso. Se ha resuelto en tal sentido, que acusada la negligencia un mes y medio después de la fecha en que un testigo debía declarar fuera de la jurisdicción del juzgado, sin que se hubiera acreditado en autos la realización de la audiencia, es evidente la desidia en que se ha incurrido en la producción de la prueba cuestionada<sup>52</sup>; así como, que siendo probable que la prueba a producirse fuera de la jurisdicción no se efectuara dentro del término ordinario, el interesado debió haber solicitado término extraordinario, de prueba<sup>53</sup>; de manera que si por cualquier razón el tribunal exhortado fija audiencia para más allá del vencimiento del plazo de prueba, y el proponente no pidió término extraordinario, es procedente la negligencia acusada<sup>54</sup>.

2.2.2. *Buenos Aires*. La ley 22.434 derogó el contenido de los artículos 455 y 456 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero los mismos subsisten en el código de Buenos Aires en la versión que para aquél les diera la ley 17.454, modelo al que se adaptó. Es preciso entonces, examinarlos, pues constituyen derecho vigente en la provincia.

El artículo 453 (que corresponde al ex artículo 455 de la Nación) dice, remitiéndose al 452: si la audiencia hubiese sido señalada

<sup>52</sup> CNCom., sala A; ED, 6-803. Habiendo transcurrido tres meses desde el retiro del interrogatorio, sin que exista constancia alguna relativa al diligenciamiento del exhorto librado para la producción de la prueba, procede declarar la negligencia (CNCom., sala B; ED, 4-169). Ante la total inactividad de la parte demandada en la producción de la prueba testimonial por vía de exhorto, corresponde hacer lugar al acuse de negligencia, máxime teniendo en cuenta que se trata de una ejecución hipotecaria (CNCiv., sala B; La Ley, 123-980; N° 13.972).

<sup>53</sup> CNCiv., sala A; ED, 10-444.

<sup>54</sup> Inclusive debe declararse negligente a la parte que, sin pedir término extraordinario de prueba, pretende diligenciar una rogatoria emitida pocos días antes de vencer el período ordinario, pues ello forzosamente tiene que producir una demora perjudicial en el trámite del proceso (CNCiv., sala C; La Ley, 114-851; N° 10.190).

por el juzgado requerido en un plazo que excediere de tres meses, la parte que propuso al testigo deberá solicitar al juez del proceso la fijación de una audiencia para la declaración, asumiendo la carga de hacerlo comparecer. Y el 454 (ex 456): si el pedido de audiencia a que se refiere el artículo anterior no se formulara dentro de los *cinco* días de haber vencido el plazo fijado para la presentación del informe, se lo tendrá por desistido de dicha prueba.

La caducidad instituida por esta última norma es automática, dirigida a estimular la diligencia del oferente, pero en su oportunidad hizo pensar que la carga era en extremo gravosa. Fassi reflexiona que “no se contempla la circunstancia de que los testigos no siempre tienen buena voluntad hacia la parte que los propone. ¿Cómo logra la parte hacer comparecer en Buenos Aires a un testigo que se domicilia en Salta, si éste no se aviene voluntariamente a viajar y deponer ante el juzgado que queda tan lejos de su domicilio?”<sup>55</sup>.

**3. Contingencias comunes.** Sea que el testigo deponga en sede del juzgado o que lo haga fuera de ella, concurren en orden a la negligencia reglas comunes a ambas circunstancias. La primera y fundamental es que la declaración se reciba dentro del término de prueba, salvo omisión de las autoridades encargadas de recibirla, regla general para toda clase de prueba consagrada por el artículo 384, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en tal caso autoriza a los interesados a 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. En el código de Santa Fe esta excepción se aplica exclusivamente a la prueba testimonial: “Sin perjuicio de la prosecución del procedimiento —dice el artículo 207— los testigos podrán ser examinados hasta la sentencia cuando no hubiere sido posible hacerlo antes por causa no imputable a las partes”.

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, II, p. 319.

La segunda de las reglas aplicables deriva directamente de la ley: recordaré que el artículo 385 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ordena desestimar sin sustanciación alguna el pedido de declaración de negligencia respecto de la prueba testimonial —entre otras— antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia<sup>56</sup>. Por ello se tiene decidido que debe considerarse prematuro el acuse de negligencia en la prueba de testigos que se dedujo antes de la fecha de la segunda audiencia, aunque no estuviesen notificados<sup>57</sup>, y con mayor razón si lo están: la inasistencia de los testigos no es un hecho imputable a quien los ofreció como medio de prueba, si fueron debidamente notificados; por lo tanto, el acuse de negligencia antes de la fecha de la audiencia supletoria resulta extemporáneo<sup>58</sup>.

La tercera regla concierne el carácter común o individual que revista la prueba. Se sabe —ver *supra*, Sección Primera, II, 4— que si la prueba es de carácter común, no corresponde que una parte acuse negligencia a la otra, porque la obligación de urgirla es de ambas; mas en el caso de la testimonial el esquema no se presenta con tanta nitidez: la regla será operable o no según el régimen procesal de que se trate y la contingencia a que se aplique. El código de Santa Fe, por ejemplo, admite la posibilidad de renunciar al examen de los testigos por la parte que los haya presentado, pero autoriza a la contraria a exigir que el examen se verifique (art. 223). Y aun dentro de un mismo sistema las soluciones jurisprudenciales no son coincidentes: mientras la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala B, sostiene que el ofrecimiento por los dos litigante de la declaración de un testigo convierte a dicha prueba en común, razón por la cual es improcedente la negligencia acusada por uno de ellos<sup>59</sup>, la sala A declara exactamente lo contrario: la prueba no se convierte en común porque

<sup>56</sup> Buenos Aires, 383.

<sup>57</sup> CNCiv., sala C; La Ley, 123-965; N° 13.853.

<sup>58</sup> CNCiv., sala C; La Ley, 123-965; N° 13.853.

<sup>59</sup> La Ley, 128-980; N° 16.050.

ambas partes ofrecen como testigo a una misma persona desde que ella no es una prueba indivisible en su producción. Por el contrario, hay perfecta independencia de la declaración que puede promover una parte respecto de la que hubiere propuesto la contraria y, por lo tanto, cada diligencia puede ser producida, desistida o perdida automáticamente<sup>60</sup>. Estos argumentos me parecen plausibles; especialmente, cuando se trata de la hipótesis de los artículos 434, 437 y 453 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Finalmente, es aplicable a todos los casos lo prescripto sobre justificación de la inasistencia del testigo por el artículo 435 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>61</sup>: además de las causas de justificación de la inasistencia libradas a la apreciación judicial<sup>62</sup>, lo serán las siguientes: 1) Si la citación fuese nula; 2) Si el testigo hubiese sido citado con intervalo menor al prescripto en el artículo 433, salvo que la audiencia se hubiese anticipado por razones de urgencia, y constare en el texto de la cédula esa circunstancia.

<sup>60</sup> La Ley, 118-929; N° 12.245.

<sup>61</sup> Buenos Aires, 433.

<sup>62</sup> Por ejemplo, la explicación de la enfermedad de la madre del testigo debe hacerse valer mediante el correspondiente certificado médico y, si no procede así, corresponde dar por perdido el derecho a producir la declaración del mismo (CNCiv., sala E; La Ley, 137-777; N° 22.929).