

## SECCION TERCERA

### TRAMITE

#### Capítulo Unico

1. Consideraciones previas . . . . .	143
2. Inadmisibilidad . . . . .	143
3. Caducidad . . . . .	151
4. Negligencia . . . . .	156
4.1. Incidente . . . . .	157
4.1.1. Oportunidad del planteo . . . . .	158
4.1.2. Sustanciación . . . . .	160
4.1.3. Prueba . . . . .	160
4.1.4. Resolución . . . . .	162
4.1.5. Recursos . . . . .	162
4.2. Revocatoria . . . . .	164
4.3. Costas . . . . .	165
4.4. Procesos con partes múltiples . . . . .	167

## **SECCION TERCERA**

### **TRAMITE**

## **Capítulo Único**

**SUMARIO:** 1. Consideraciones previas, 2. Inadmisibilidad, 3. Caducidad, 4. Negligencia, 4.1. Incidente, 4.1.1. Oportunidad del planteo, 4.1.2. Sustanciación, 4.1.3. Prueba, 4.1.4. Resolución, 4.1.5. Recursos, 4.2. Revocatoria, 4.3. Costas, 4.4. Procesos con partes múltiples.

**1. Consideraciones previas.** En los capítulos anteriores he tratado de responder a la pregunta “¿por qué se pierde la prueba?” En el presente corresponde averiguar “cómo se pierde”. Me apresuro a anticipar que mis respuestas a este interrogante son polémicas, y por lo que tengo visto en la doctrina, atípicas. Este disconformismo responde a la necesidad de diseñar un esquema lógico al colapso de la pretensión probatoria, según la etapa del proceso en que se produzca, el medio de prueba de que se trate y la filosofía a que cada legislador se afilie en orden a los principios procesales aplicados. Quizá en este último aspecto se halle la clave de las disidencias que me veo obligado a promover. Porque si no se advierte cuándo la ley privilegia los principios de economía y celeridad sobre el principio dispositivo, difícilmente haya acuerdo en determinar si la pérdida de una prueba se produce de pleno derecho o a petición de parte. Además, como en muchas otras instituciones jurídicas, un acto lingüístico fallido puede dislocar toda una estructura normativa: llamar *caducidad* a la *negligencia*, por ejemplo.

Bajo tales prevenciones, voy a abocarme al estudio sistemático de las diferentes formas de perder la prueba.

**2. Inadmisibilidad.** Procesalmente, *inadmisibile* es lo que tiene vedado su ingreso al juicio. Palacio explica que “La admisibilidad de la prueba se relaciona... con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla o con el *tiempo* o la *forma* de su ofreci-

miento o agregación”<sup>1</sup>. Al objeto de esta obra interesan únicamente las dos últimas hipótesis, y desde luego coincido con el autor en que la inadmisibilidad se refiere al ofrecimiento de la prueba y no a su producción<sup>2</sup> (v. Sec. Primera, capítulo I, 2.). Empero, resulta hostil a este razonamiento las citas que hace de los artículos 383, 402, 410, 432 y 454 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>3</sup> (los artículos 455 y 456 fueron despojados de su contenido original por la ley 22.434) que conciernen a la producción de la prueba, habiéndose omitido en cambio la de los artículos 371 y 453, que sí constituyen típicos ejemplos de inadmisibilidad del ofrecimiento.

Normalmente, al vencer el plazo sin ofrecerse la prueba de que se trate, la declaración de inadmisibilidad es innecesaria; sólo frente a la pretensión de que se admita una prueba extemporánea o anómala procede el pronunciamiento jurisdiccional, de oficio y sin sustanciación. Pero suele suceder que la parte contraria, a fin de generar costas o de prevenir un hipotético ofrecimiento futuro, pide se dé por decaído el derecho de ofrecer prueba a la contraparte. Ante tal petición no corresponde declaración alguna, bastando un simple “tégase presente”.

La inadmisibilidad puede estar referida a la prueba en general o a algún medio de prueba en particular y, como se dijo antes, al tiempo o a la forma del ofrecimiento. Conviene entonces trazar un cuadro de situación, aunque más no fuere a los fines didácticos:

a) *Inadmisibilidad genérica:*

aa) *En razón del tiempo (ofrecimiento extemporáneo):* prueba ofrecida después de los primeros diez días en proceso ordinario

<sup>1</sup> *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 359.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, IV, p. 403/404.

<sup>3</sup> *Ob. cit.*, IV, p. 404

(art. 367, CPN) o no ofrecida con la demanda, reconvencción o contestación de ambas en los juicios sumarios y sumarísimos (art. 486, CPN); etcétera.

b) *Inadmisibilidad específica:*

ba) *En razón del tiempo (ofrecimiento extemporáneo):* documental no ofrecida, y agregada o individualizada en el escrito de demanda, reconvencción y contestación de ambas (artículo 333, CPN).

bb) *En razón de las formas (ofrecimiento anómalo):* testimonial a producir en el extranjero, si no se expresan los nombres, profesión y domicilio de los testigos o no se acompañaren los interrogatorios (artículo 371, CPN); a recibirse en el país, pero fuera de la jurisdicción del juzgado, si no se acompaña el interrogatorio (artículo 453, última parte, CPN); a recibirse en la sede del juzgado si no se acompañare interrogatorio (artículo 200, Santa Fe), o se omitiesen los datos necesarios para la individualización del testigo (artículo 429, CPN); pericial que no indique la especialización del perito o no se propongan puntos de pericia (artículo 459, CPN).

En las circunstancias señaladas, ante la mera comprobación de la extemporaneidad o de la anomalía, el juez declarará inadmisibla la prueba que pretenda ofrecerse.

¿Qué recursos caben contra el auto que declara admisible o inadmisibile una prueba? La respuesta es propicia a la polémica. El artículo 379 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, instituye la regla de que serán *inapelables* las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas, texto introducido por la ley 22.434 en reemplazo de la expresión *irrecurrible*, o sea, admitiendo el recurso de reposición cuando se trate de providencias simples (artículos 160 y 239, CPN). Esta era la inteligencia que la doctrina de autores y tribunales asignaban al precepto en tiempos de la ley 17.454<sup>4</sup>. Además, la norma precisa que si se hubiere *denegado* alguna medida, la parte interesada podrá

<sup>4</sup> Conf.: PODETTI, *ob. cit.*, II, p. 182; PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 387.

solicitar a la cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva (artículo 379, CPN, última parte). En consecuencia, se tiene, para empezar, un doble juego de hipótesis: que se trate de una providencia simple y que el tribunal admita o deniegue la prueba ofrecida.

Conforme lo anticipé, sólo si la parte interesada en la prueba la ofrece, será procedente una declaración judicial de admisibilidad o inadmisibilidad. En tal caso, por tratarse de una providencia simple, corresponde el recurso de reposición. Lo mismo ocurriría si la contraparte se opusiere por considerar extemporáneo o anómalo el ofrecimiento; en ambas hipótesis la cuestión dará lugar a una resolución contra la cual, a mi modo de ver, no cabe apelar.

No se me escapa el aislamiento doctrinario en que me ubico al sostener esta posición. Palacio<sup>5</sup> y Podetti<sup>6</sup>, entre otros, invocan en apoyo de la apelabilidad una secuencia de fallos claramente dirigidos a desencapsular la regla consagrada por el artículo 379 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para diluirla en una inquietante ambigüedad. El primer cuestionamiento partió de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala B, al declarar que si lo que está controvertido es el derecho a ofrecer la prueba en su *totalidad*, por vencimiento del plazo, no cabe el replanteo sino el recurso de apelación<sup>7</sup>. Casi contemporáneamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala A, decide que la apelación procede cuando no se trata de las situaciones previstas en el artículo 379, sino de determinar si el ofrecimiento de la prueba efectuado por una de las partes se ajusta o no a las disposiciones vigentes<sup>8</sup>. De uno a otro fallo, la permisibilidad

<sup>5</sup> *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 386.

<sup>6</sup> *Ob. cit.*, II, p. 182/183.

<sup>7</sup> ED, 29-131.

<sup>8</sup> *La Ley*, 138-940; N° 23. 645.

de la apelación se ha extendido notoriamente, ya que una cosa era autorizar el alzamiento cuando la posible pérdida de *toda* la prueba comprendía el derecho de defensa, y otra muy distinta aludir vagamente a “las disposiciones vigentes”, expresión que incluye cualquier tipo de controversias. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala C, receptora de esta doctrina, ha llegado a declarar que “la decisión acerca de si el ofrecimiento de prueba ha sido o no oportuno” —no habla ya de la totalidad de la prueba— “no se halla comprendida entre las inapelables del artículo 379”<sup>9</sup>, con lo que este precepto parece haber quedado vacío de todo contenido.

En mi obra *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, al estudiar el artículo 260, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, señalé las diferentes posiciones doctrinarias sin tomar partido por ninguna de ellas<sup>10</sup>. Hoy, trabajando sobre el artículo 379, siento la necesidad de mostrarme desconforme frente a la derogación pretoriana<sup>11</sup> de un texto tan

<sup>9</sup> JA, 1979-IV, síntesis.

<sup>10</sup> T. I, p. 248 y sgtes. Tales posiciones eran tres: a) La de Fassi, entre otros, adscripta a la necesidad de interponer previamente la apelación para que se admita el replanteo; b) La de Morello (*Códigos...*), en el sentido de que el art. 260, inc. 2º, “evita la apelabilidad directa del auto que deniega la producción de una prueba” (III, 425); y c) La de Yáñez Álvarez: Supongamos —dice el autor— que el escrito de ofrecimiento se devuelva por el juzgado en el entendimiento de que se presentó fuera de término. En el caso, la materia principal a decidir “no es precisamente la prueba en sí, sino la oportunidad del ofrecimiento... La resolución contraria a la pretensión del litigante puede causar gravamen irreparable, a la vez que no sería factible su subsanación por vía del mencionado replanteo en la alzada por no encuadrar en su ámbito normativo. Por ello pensamos —concluye— que no corresponde la aplicación analógica a estos casos, sino por el contrario, decidir por la apelabilidad de tales decisiones de acuerdo a los principios generales, art. 242 y ss.” (*Impugnabilidad de las resoluciones sobre producción de las pruebas*; JA, Doctrina-1969, p. 566).

<sup>11</sup> Debo rescatar, no obstante, una serie de pronunciamientos que no parecen alinearse junto a los que propugnan la apelabilidad: El art. 379, CPN establece que las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de pruebas son irrecurribles. Por otra parte,



preciso, porque cuando la ley dice *inapelables*, difícilmente pueda creerse que quiere decir *apelables*. En verdad, lo que el criterio que impugno quiere reemplazar no es una norma individual, sino todo un sistema, habida cuenta la armonía con que juegan los artículos 379, 385 y 260, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Recuérdese una vez más que, con arreglo a este último, dentro del quinto día de la providencia de trámite se podrán “indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia” que las partes “tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 *in fine*”. Si contra las medidas denegadas cupiese la apelación, sea porque no se ajustan a las disposiciones vigentes, cuándo, en qué circunstancias, frente a cuál hipótesis corresponde el replanteo? Me gustaría obtener una respuesta precisa a esta pregunta.

la jurisdicción apelada es de orden público y no se genera por voluntad de las partes, ni por decretos que erróneamente conceden recursos (CNCiv., sala B; La Ley, 142-529; Nº 25.798). Es improcedente la queja que se sustenta en que medió negativa del juzgado a recibir la prueba ofrecida, desde que la apelación no constituye vía idónea para su reparación (CNCiv., sala A; La Ley, 149-548; Nº 19.757). Todo lo relativo a la prueba, sea que la cuestión se refiera a la oportunidad de su ofrecimiento, producción, denegación o cualquier resolución vinculada con esos temas está involucrado en el art. 379 del Cód. Procesal (CNCiv. sala E; La Ley, 1977-D, 680; Nº 34.306). La negligencia en la producción de la prueba queda sometida al régimen de impugnabilidad del art. 379 del Cód. Procesal, conforme surge del tenor de esta norma y de lo dispuesto por el art. 260, inc. 2º de dicho ordenamiento legal. En consecuencia, las resoluciones que a ese respecto se dicten durante el desarrollo del proceso no son apelables con efecto diferido toda vez que, en virtud de lo expuesto precedentemente, son lisa y llanamente irrecurribles, sin perjuicio de que el interesado ejerza el derecho que le confiere la precitada norma legal en la forma que la naturaleza del recurso así lo admita (CNCom., sala A; La Ley, 1978-A, 350). En cuanto a la admisión de un medio probatorio en particular, rige lo dispuesto con carácter genérico por el art. 379 del Cód. Procesal (CNCom., sala B; La Ley, 1978-D, 818; Nº 34.846). Si bien la agregación de la prueba documental aparece legislada al tratar de la demanda, como en definitiva se trata de un medio de prueba, todo lo referido a su producción, denegación y sustanciación es irrecurrible, de acuerdo al art. 379 del Cód. Procesal (CNCiv., sala C; La Ley, 136-1062; Nº 22.093).

Hasta aquí se ha venido considerando la impugnación de las resoluciones sobre prueba en proceso ordinario. En los sumarios se aplica el mismo régimen, con arreglo a lo prescripto por la última parte del artículo 496 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero no en los sumarísimos, pues como lo explica Palacio, siendo que en tal tipo de procesos el recurso contra la sentencia definitiva se concede en relación, no puede haber replanteo de pruebas, institución propia del modo libre<sup>12</sup>. Por supuesto, coincido con el autor en que tampoco se admite el replanteo en el juicio ejecutivo “aunque en éste procede, contra las providencias denegatorias de prueba, el recurso de apelación en efecto diferido”<sup>13</sup>.

Los códigos locales legislan la forma de impugnar la admisibilidad de la prueba con criterio no uniforme<sup>14</sup>:

En Córdoba se prevé que únicamente en la sentencia podrá el juez pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados, o de la prueba solicitada, y en ningún caso negará la apertura a prueba, ni el despacho de las diligencias probatorias (artículo 173). La última parte del precepto es interpretada en el sentido de que prohíbe la denegatoria fundada en la impertinencia pero no la que tiene por razón de ser su admisibilidad o su extemporaneidad<sup>15</sup>, habiéndose declarado el artículo de interpretación restrictiva, estando facultados los jueces a pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de las pruebas y no admitir las inoportunas<sup>16</sup>; por lo que es apelable la resolución que resuelva no hacer lugar a la prueba ofrecida<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> *Estudio de la reforma...*, p. 141.

<sup>13</sup> *Ob. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> En Buenos Aires (art. 377) subsiste el término *irrecusable* rezeptado de la ley 17.454 para el orden nacional.

<sup>15</sup> C2 CCC, cit. por MARTINEZ CRESPO en su *Código...*, p. 68.

<sup>16</sup> C2 CCC, *ibidem*.

<sup>17</sup> C2 CCC, *ob. cit.*, p. 381. Excepto la inspección ocular: no habrá recurso alguno —dice el art. 260— del auto que la ordene o la deniegue.

La reforma introducida al código de Corrientes por la ley 3951/84, dejó redactada la parte respectiva del artículo 128 de la siguiente manera: son apelables las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas, pero los autos sólo se elevarán al Superior para que conozca de los recursos concedidos inmediatamente después de recibidas todas las demás pruebas y antes de ponerse los autos para alegar de bien probado. La innovación reconoce sus fuentes en el artículo 9º de la ley 23.398/56 que modificó el antiguo código de la Capital, dando el legislador correntino motivos similares a los que en su oportunidad sustentara la reforma en el orden nacional: evitar que el expediente se eleve a la cámara en el período de prueba, o que se produzca la perención de la instancia de apelación, por no haberse elevado. Se trata de una especie de apelación diferida, no ya para cuando el superior conozca de la sentencia de fondo, sino para antes de los alegatos, a fin de que el primer juez sepa a qué pruebas debe atenerse cuando deba dictar sentencia. El recurso de apelación admitido no excluye el de reposición si se tratan de providencias simples.

El código de Santa Fe manda en su artículo 156 que con excepción de lo dispuesto expresamente en contrario, ningún auto relativo a la prueba es apelable; pero procederá el recurso de nulidad de la sentencia dictada en virtud de un procedimiento en el que se hubiere negado el despacho de alguna diligencia probatoria; dicho recurso se tendrá por no interpuesto si se produce en segunda instancia la prueba denegada en primera. El precepto debe vincularse con lo normado por el artículo 369, inciso 2º, que autoriza la apertura a prueba en la alzada cuando alguna prueba ofrecida en primera instancia, con arreglo a Derecho, no haya sido admitida o por motivos no imputables al solicitante no se hubiere practicado. La exégesis de ambos textos ha permitido a la jurisprudencia santafesina declarar que el recurso de nulidad fundado en la denegatoria de una probanza por el tribunal de primer grado sólo ha de llegar a ser considerado si la prueba se vuelve imposible antes de que pueda volver a proponerse en segunda

instancia<sup>18</sup>, y que es improcedente el recurso de nulidad de la sentencia fundado en la restricción o denegación de la prueba en primera instancia cuando esa prueba pudo ofrecerse en la instancia superior y no se hizo<sup>19</sup>.

En el régimen de Tucumán se distingue si la prueba peticionada es o no admitida: la providencia que *ordenare* la recepción de alguna medida de prueba no será apelable. La que la *denegare* lo será en ambos efectos (art. 313). A su vez, el artículo 782, inciso 2º, dispone que se abrirá a prueba la alzada cuando alguna prueba, no obstante ser pertinente, no haya sido admitida en primera instancia o cuando, por motivos no imputables al solicitante, una prueba no haya podido ser producida. No encuentro coherencia en el sistema, por las mismas razones en que sustento la inapelabilidad en el ordenamiento de la Nación: si la cámara ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba al conocer del recurso, ¿qué sentido tiene someterle nuevamente la cuestión cuando se apela de la sentencia definitiva? ¿Acaso podría decidir que una prueba fue oportunamente ofrecida si en la anterior oportunidad resolvió lo contrario?

**3. Caducidad.** La caducidad de la prueba tiene en común con la inadmisibilidad el automatismo con que se generan, pero se distingue de ésta porque opera en la etapa de *producción* y no en la del *ofrecimiento*. En esto último se parece a la negligencia, aunque ambas difieren en dos puntos esenciales: a) Las causales de caducidad están expresa y taxativamente conminadas por la ley, mientras que las de negligencia pueden estarlo o no<sup>20</sup>; b) La caducidad opera automáticamente, de pleno derecho, sin necesidad de petición alguna, en tanto que la negligencia se declara sólo a pedido de parte.

<sup>18</sup> CCCSF, S. 1a., J., 18-216.

<sup>19</sup> C1a. CCR; J., 7-434.

<sup>20</sup> En realidad, apenas unas pocas hipótesis de negligencia están catalogadas.

Como bien pronto habrá ocasión de verlo en concreto, el uso indiscriminado de las palabras *caducidad* y *negligencia* trascienden de una mera desprolijidad semántica y apunta a lo conceptual: cuando Fassi, al comentar el artículo 410 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que en dicha norma “hay otra vez la descripción legal de una negligencia, con su sanción consistente en la pérdida de la prueba, que funciona automáticamente”<sup>21</sup>, no es porque confunda una cosa con otra —lo que sería impensable— sino porque para él son la *misma* cosa. También lo son para Palacio<sup>22</sup>, y en la mayoría de los fallos ambos términos se utilizan promiscuamente.

Morello - Passi Lanza - Sosa - Berizonce<sup>23</sup> advierten que “ardua se presenta la distinción, dentro del sistema de los códigos —Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Buenos Aires— entre negligencia y caducidad”, tan ardua, que los hace reflexionar: “...ni en las notas que provienen de la conducta debida —el urgimiento del trámite— como de los efectos de incumplimiento —el decaimiento del derecho correspondiente— encontramos datos distintivos de esencia entre una u otra”; sin embargo admiten que “en verdad, como hubiera sido de desear, no aparecen ambos institutos acotados con precisión en la ley, ni resultan inequívocos los conceptos de esta materia. Algunas veces utilizase la denominación de *caducidad*, otras alude a *desistimiento ex lege* o a *pérdida del derecho*”. Con el debido respeto, no me parece coherente hablar de “ambos institutos” si es que no hubieran datos distintivos de esencia entre negligencia y caducidad. Algún distingo deben intuir los autores desde que bien pronto descubren uno: “... la negligencia, en tanto traduce culpa por omisión en practicar la prueba que ya está ordenada realizar, configura un aspecto de la teoría de la

<sup>21</sup> *Ob. cit.*, II, p. 259.

<sup>22</sup> *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 403 y sgtes.

<sup>23</sup> *Códigos Procesales...*, V, p. 139, ed. 1973.

responsabilidad. Queremos expresar que reconoce un fundamento similar al de las costas. La caducidad, de su lado, muestra un cariz *sustancialmente objetivo* pues el legislador mira más al resultado que esperaba de la actividad de las partes, que a la actividad en sí que ellas deben desplegar para alcanzar este resultado”<sup>24</sup>. La propuesta es seductura porque se adscribe a una teoría del derecho de fondo —la responsabilidad objetiva— que se ha enriquecido en los últimos tiempos con muy convincentes elaboraciones. Conforme a ella existirían dos supuestos: “el genérico y común de la negligencia (art. 384) al que se arriba luego de la sustanciación de un incidente al cabo del cual recién se determina, siempre con criterio casuístico, la pérdida o no del derecho a producir la prueba de que se trate. Y los singulares de caducidad, en cada medio de prueba regulado de modo especial”<sup>25</sup>. Obviamente discrepo con esta sistematización, aunque me complace que pese a sus afirmaciones iniciales, los autores consideren que *alguna* diferencia existe entre negligencia y caducidad. A mi modo de ver el distingo no puede basarse en que en la negligencia hay culpa y en la caducidad existe responsabilidad objetiva: en ambos casos concurre el desinterés de la parte, su desidia, su falta de actividad, y si no fuese así, si se demostrare que la no producción de la prueba en los términos respectivos es inimputable al proponente, no se genera ni caducidad ni negligencia. Por atractiva que sea la hipótesis, es impropio aplicar a esta materia la responsabilidad sin culpa. Tampoco es exacto que la negligencia deba considerarse siempre con criterio casuístico y la caducidad esté regulada en especial para cada medio de prueba. Los propios autores —al considerar las reglas del artículo 432 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se abordarán más adelante en este mismo punto— admiten que “bajo el rótulo de caducidad de la prueba y con referencia a la testimonial, aprehende un supuesto

<sup>24</sup> MORELLO y otros, *Código Procesales...*, V, p. 141.

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, V, pgs. 141/142.

que podría encasillarse dentro del ámbito conceptual de la negligencia desde que sólo opera a petición de parte”<sup>26</sup>. Esta es la clave. No importa que se trate de una regulación especial de la ley, sino que la prueba se pierde, en los casos de negligencia, por aplicación del principio de disposición, y en la caducidad, por el principio de oficialidad.

Con el propósito de evitar confusiones, siquiera terminológicas, he llamado *pérdida de la prueba* al género, y *negligencia* y *caducidad*, respectivamente, a sus dos especies (en el trámite de producción)<sup>27</sup>.

Definido así el perfil del instituto, procede enumerar los casos de caducidad instituidos en los códigos que se han tomado como base para esta obra:

En el Código de la Nación procede la caducidad de la prueba de informes si vencido el plazo fijado para contestarlo la oficina pública o entidad privada no lo hubiere remitido y la parte interesada no solicitare la reiteración del oficio dentro del quinto día (art. 402); de la prueba de posiciones si la parte que las pidió no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiere dejado el pliego y comparece el citado (art. 410); de la prueba de testigos en extraña jurisdicción, si la parte que la ofreció no informa en el plazo que el juez le fije, acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia (art. 454)<sup>28</sup>; de la prueba de peritos, si el proponente no deposita dentro del quinto día el importe fijado como anticipo de gastos (art. 463).

Un análisis especial merece la pérdida de la prueba de testigos en los casos enumerados por el artículo 432: esta norma va rotulada

<sup>26</sup> *Ob. cit.*, p. 140.

<sup>27</sup> El interés en precisar el tema es más que académico: para la práctica profesional y forense, conviene saber con exactitud de qué modo la parte contraria al proponente debe actuar en cada caso para obtener de la jurisdicción una respuesta favorable.

<sup>28</sup> FASSI acota que “si la parte obligada a dar la información no la produce dentro del término fijado por el juez, procede darle por perdido el derecho a la respectiva prueba, de oficio o a petición de parte, sin sustanciación” (*ob. cit.*, p. 318). Me veo obligado a discrepar, porque no hallándose prevista la petición de parte, el apercibimiento opera de pleno derecho, como en todos los casos de caducidad.

como *caducidad de la prueba*: mas de inmediato, el texto mismo del artículo dice: "A pedido de parte..." Reiterando lo dicho más arriba, el requisito de petición de parte es típico de la negligencia y extraño a la caducidad. La circunstancia de que en el caso el legislador haya dispuesto no sustanciar con el oferente la petición de la otra parte, aunque atípica, carece de relevancia pues se trata de una decisión de política procesal dirigida a satisfacer los principios de celeridad y economía, sin perjudicar al de disposición<sup>29</sup>.

En el régimen de Buenos Aires debe añadirse, entre los casos de caducidad ya analizados, el de libramiento de oficios y exhortos (art. 381) respecto del cual subsiste el antiguo texto del artículo 383 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que consagraba la pérdida automática de la prueba si dentro del quinto día de librados no se dejase constancia en el expediente de habérselos entregado<sup>30</sup>.

Para el código de Córdoba se pierde automáticamente la prueba al no proponerse interrogatorio antes de receptarse la primera testimonial; en tal caso se tendrá por desistida a la parte sin sustanciación ni recurso alguno (art. 295, terc.).

En Corrientes caduca el derecho de presentar posiciones si el ponente no compareciere a la audiencia señalada y lo hiciere el absolvente (aunque el precepto —art. 137— no lo diga, la incomparecencia del ponente sólo juega si se abstuvo de presentar el pliego). También se pierde la prueba de cotejo de letra en caso de inasistencia injustificada del interesado en la comprobación (art. 155) a la audiencia respectiva;

<sup>29</sup> *Contra*: PALACIO, para quien todos los casos incluidos en el art. 432 constituyen hipótesis de caducidad (*Derecho Procesal*, IV, p. 634).

<sup>30</sup> *Conf.*: FASSI: "La negligencia en la presentación del exhorto u oficio para la firma, según nuestro criterio, actúa *automáticamente*. Es decir, si tiene lugar después del quinto día, no procede su libramiento, aun cuando la parte contraria no haya acusado negligencia" (*ob. cit.*, p. 186). PALACIO: "La norma transcripta (art. 383, CPN, en su actual versión) implica un acierto en tanto elimina la caducidad automática que preveía en su anterior redacción, y guarda coherencia con la supresión de los requisitos exigidos por los arts. 455 y 456 del CPN en su versión originaria" (*Estudio de la reforma...*, p. 142).



y se pierde la pericial si dentro del sexto día no se deposita el importe para gastos de la diligencia (art. 184, ley 3951); y la testimonial, si la parte no pidiere nueva audiencia o no presentare el interrogatorio dentro del tercero día de fracasada la anterior (art. 196).

El código de Santa Fe instituye como norma general, según se lleva dicho, el desistimiento de cualquier diligencia de prueba que, fracasada, no se urgiere dentro de tres días de la fecha en que conste en autos su no producción (art. 148).

Antes de concluir con el punto, conviene señalar que al igual que en los casos de inadmisibilidad, la caducidad no necesita ser declarada; de ahí que vencido el respectivo término procesal sin actividad del oferente, la petición de la contraria resulte inocua y no genere incidencia alguna; tampoco costas, desde luego. Únicamente procederá la declaración sobre caducidad en dos circunstancias: a) cuando el proponente de la prueba requiera su producción, no obstante el vencimiento del plazo; b) cuando la parte contraria interponga reposición contra el auto que ordena recibir la prueba, en la inteligencia de que el plazo está vencido. En el primer caso no corresponde sustanciación de ninguna clase, pero sí en el segundo, por tratarse de revocatoria.

En lo relativo a los recursos, salvo lo que en cada ordenamiento se contemple para los respectivos medios de prueba, considero que no existe otra vía impugnativa que la reposición, como en la declaración de inadmisibilidad, por las razones expuestas al tratar de dicho instituto. Si la resolución decretare la pérdida de la prueba, queda expedita al oferente la vía del replanteo, en los términos del artículo 260, inciso 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

**4. Negligencia.** De lo dicho hasta ahora, cabe deducir que toda pérdida de prueba que por voluntad de la ley no proceda de pleno derecho, exige la acusación de negligencia, esto es, una actividad de la parte contraria al oferente dirigida a obtener la pertinente declaración

jurisdiccional. En otras palabras, todo lo que en la etapa de producción no sea caducidad, es negligencia.

Ya expresé anteriormente que la circunstancia de no preverse la sustanciación del acuse, carece de relevancia para entenebrecer la comprensión del instituto: hay ocasiones en que confrontado el vencimiento del plazo, aparece tan evidente el desinterés de la parte, que sin resignar el principio dispositivo el legislador ha creído innecesario escucharla, privilegiando los principios de economía y celeridad. Naturalmente, la negligencia sin sustanciación es excepcional y debe hallarse expresamente prescripta por la norma.

El ancho campo residual reservado al instrumento en examen, opera de dos formas distintas: como acción incidental y como revocatoria. A su estudio se destinarán los próximos puntos de este capítulo.

4.1. *Incidente*. Es el trámite mediante el cual la parte contraria al oferente de la prueba denuncia la inactividad de éste en los plazos acordados por la ley, excitando a la jurisdicción para que declare la pérdida de uno, varios o todos los medios de prueba cuya producción se ordenara.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Capítulo I del Título IV, bajo el acápite de “Incidentes”, legisla lo relativo a esta contingencia procesal. Siguiendo sus prescripciones, el escrito en que se planteara la acusación de negligencia deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y el derecho, ofreciéndose en él toda la prueba (art. 178). Si el incidente promovido fuere manifiestamente improcedente, el juez deberá rechazarlo sin más trámite (art. 179): es el caso de la negligencia acusada respecto de la prueba de posiciones y de testigos antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia, y de peritos, antes de que hubiese vencido el plazo para presentar la pericia (art. 385). La parte final del artículo 179 autoriza la apelación en efecto devolutivo, mas sobre ella prevalece la cláusula específica del artículo 385, donde se dispone que en los casos señalados la resolución del juez será irrecurrible.

En cuanto a los efectos de la promoción del incidente sobre el proceso principal, el artículo 176 establece como regla general que no suspende su prosecución; pero el mismo precepto hace la salvedad que opera la suspensión en caso de que el código disponga lo contrario o así lo resolviere el juez cuando lo considere indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada. Tratándose de incidente de negligencia, la producción de la prueba respecto de la cual se acusa obviamente debe suspenderse. En tal sentido se ha resuelto que la acusación de negligencia en la producción de la prueba impide la recepción de ésta hasta la resolución del incidente<sup>31</sup>. El código de Tucumán resuelve expresamente el punto, disponiendo en su artículo 323 que “los incidentes o articulaciones sobre la prueba no suspenderán el término probatorio sino con relación a la cuestión que motive la discusión, siempre que las pruebas fueran separables”.

4.1.1. *Oportunidad del planteo*. La carga de producir prueba dentro del plazo opera solamente si ese plazo existe. Pero esto que parece una perogrullada no siempre es reconocido como tal, obligando a los tribunales a pronunciarse, reiteradamente, en el sentido de que si no se fijó término para la producción de la prueba, no está legalmente justificada la negligencia invocada<sup>31-1</sup>.

Por otra parte ya se ha visto que el juez debe rechazar *in limine* la acusación de negligencia respecto de las pruebas de posiciones y de testigos antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia, o de peritos antes de que hubiera vencido el plazo para presentar la pericia (CPN, art. 385). En esos casos, por ser la acusación manifiestamente prematura, no es necesario sustanciarla. El mismo artículo, en su primer párrafo, manda desestimar el pedido de declaración de negligencia cuando la prueba se hubiere producido y agregado antes de

<sup>31</sup> CNCom., sala A; ED, 3-194. *Conf.*: sala B: La sustanciación del incidente de negligencia impide, a la parte oferente de la prueba, insistir en su diligenciamiento (ED, 12-669).

<sup>31-1</sup> CNCom., sala B; ED, 12-668.

vencido el plazo para contestarlo. O sea que procede la sustanciación y si en su transcurso, pero antes del quinto día, la prueba se agregase, el pedido de negligencia no puede prosperar; ello, por cuanto la producción o agregación de la prueba en ese lapso no incide en la celeridad, que es fundamento de las cuestiones de negligencia<sup>32</sup>, pero las costas deben imponerse al interesado en la prueba por haber dado lugar a la incidencia, a menos que resulte que no haya sido negligente<sup>33</sup>.

Para los códigos que no contienen una cláusula análoga a la del artículo 385 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el límite temporal que éste fija se extiende hasta el momento en que quede firme el pronunciamiento que hace lugar a la negligencia, conforme una reiterada línea jurisprudencial anterior a la sanción de la ley 17.454 según la cual, no procede hacer lugar a la negligencia cuando la prueba se produce antes de que la incidencia haya quedado definitivamente resuelta<sup>33-1</sup>.

¿Puede la negligencia purgarse de algún otro modo? El principio general dice que no cubre la inactividad procesal de la parte la presentación de escritos posteriores a la acusación de negligencia en la producción de la prueba<sup>33-2</sup>; pero cuidado: ante la comprobación de la incuria del oferente, la contraparte debe formular la pertinente acusación o interponer revocatoria en su caso. Si dejase consentir el auto que ordena producir la diligencia demorada, deberá aguardar a que el interesado incurra otra vez en negligencia para acusarla, toda vez que

<sup>32</sup> CNCiv., sala F; ED, 13-879.

<sup>33</sup> Conf.: PALACIO, IV, 405.

<sup>33-1</sup> CNCom., sala A; ED, 5-234. Debe estarse a favor del criterio que no admite la negligencia acusada cuando la prueba se produce antes de resolverse el acuse, siempre que con ello no se atente contra la celeridad del proceso, lo que constituye una cuestión de hecho (CNCiv., sala C; ED, 10-469). Es improcedente aplicar la sanción de negligencia cuando la prueba se encuentra cumplida antes de la decisión definitiva del artículo (CNCom., sala B; ED, 10-472).

<sup>33-2</sup> CNCom., sala B; ED, 12-668.

su silencio frente a la primera muestra que no sufrió perjuicio alguno o que la prueba también le interesa<sup>34</sup>.

4.1.2. *Sustanciación*. Excepto los casos taxativamente enumerados por la ley, el pedido de negligencia debe sustanciarse con traslado por cinco días a la contraria (art. 180, primera parte, CPN)<sup>35</sup>. Conforme lo establece la misma norma, el traslado se notificará personalmente o por cédula dentro del tercero día de la providencia que lo ordenare<sup>36</sup>.

Frente a la acusación de negligencia el interesado en la prueba puede pedir su rechazo, o no contestarlo —en cuyo caso ello no importará consentimiento a las pretensiones de la contraria, según lo previene el artículo 150, última parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>37</sup>—, o allanarse. Con alguna frecuencia, para exonerarse de las costas, el oferente desiste de la prueba alegando que no le interesa; pero tal desistimiento es inoperante: siendo procedente la negligencia acusada en cuanto a la declaración de un testigo, a la que la contraparte se allana, desistiendo al mismo tiempo del mismo, corresponde declarar tardío el desistimiento y procedente la negligencia<sup>38</sup>.

4.1.3. *Prueba*. La negligencia, como cualquier hecho, es susceptible de prueba. Para el que la acusa la carga probatoria será más fácil de soportar, puesto que solamente debe mostrar el agotamiento de los

<sup>34</sup> El consentimiento, por la contraparte, del urgimiento de una prueba o la realización de diligencias para su cumplimiento efectivo, purgan la demora anterior (CNCom., sala B; ED, 12-661).

<sup>35</sup> Buenos Aires, 180.

<sup>36</sup> La doctrina y jurisprudencia elaboradas en torno al antiguo código de la Capital, coincidieron en que correspondía la notificación por nota.

<sup>37</sup> El art. 150 del código de Buenos Aires no contiene esta cláusula, que fue incorporada al CPN por ley 22.434.

<sup>38</sup> CNFed., sala contenciosoadministrativo; ED, 4-429. Es inoperante el desistimiento de la prueba formulado por el actor, si fue realizado luego del acuse de negligencia (CNCiv., sala E; ED, 20-246).

plazos sin que la diligencia se haya practicado, lo cual suele surgir de las propias constancias de la causa. Para el que resiste la acusación el problema es más complejo: ¿Cuál es —por ejemplo— la “justa causa” que impide comparecer a una audiencia? El interesado en la producción de la prueba, para evitar su pérdida, tendrá que presentar certificados, solicitar informes, proponer testigos, etc. A ese objeto el juez deberá fijar la audiencia prevista por el artículo 181 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>39</sup>, para una fecha que no podrá exceder de diez días desde que se hubiere contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo; audiencia que podrá postergarse y suspenderse una sola vez por un plazo igual, cuando hubiere imposibilidad material de producir la prueba que deba recibirse en ella (art. 182, CPN)<sup>40</sup>. En el trámite incidental el régimen probatorio está considerablemente concentrado y restringido, disponiendo el artículo 183 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>41</sup>, la designación de un solo perito, la proposición de no más de cinco testigos y la recepción de sus declaraciones exclusivamente en la sede del juzgado.

¿Qué ocurriría si en el incidente de negligencia se acusa a su vez la negligencia de alguna de las partes? La pregunta es pertinente pues por esa vía podrían repetirse los incidentes hasta el infinito, como se reflejan infinitamente las imágenes en un salón de espejos. El legislador, a efectos de prevenir tal desnaturalización del proceso, ha dispuesto en el artículo 184 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>42</sup>, que las cuestiones que surgieren en el curso de los incidentes y que no tuvieren entidad suficiente para constituir otro autónomo, se decidirán en las interlocutorias que lo resuelvan. No obstante, es el

<sup>39</sup> Buenos Aires, 181, en la versión de la ley nacional 17.454.

<sup>40</sup> Buenos Aires, 182.

<sup>41</sup> Buenos Aires, 183, en la versión de la ley nacional 17.454.

<sup>42</sup> Buenos Aires, 184, en la versión de la ley nacional 17.454.

“prudente arbitrio judicial”, como dice Fassi<sup>43</sup>, el que determinará cuándo la cuestión accesoria atenta contra la funcionalidad del proceso.

Para clausurar el tema conviene retener dos reglas deducidas del plexo general: a) El juez puede no admitir las pruebas que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias (art. 364, última parte, CPN); y b) El juez puede ordenar prueba de oficio (arts. 36, inc. 2º y 185, CPN).

4.1.4. *Resolución.* Dispone el artículo 185 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>44</sup>, que contestado el traslado o vencido el plazo, si ninguna de las partes hubiese ofrecido prueba o no se ordenase de oficio, o recibida la prueba, en su caso, el juez sin más trámite, dictará resolución. Habida cuenta que todo traslado o vista se considera decretado en calidad de autos (art. 150, CPN<sup>45</sup>), no se requiere el llamamiento para resolver, debiendo dictarse resolución sin más trámite.

Al resolver la negligencia, el juez no puede alegar fundamentos de hecho diversos a los invocados en la acusación<sup>46</sup>, atendiendo al principio de que la pérdida del derecho a ofrecer la prueba debe ser considerada con cautela y aplicada con criterio restrictivo<sup>47</sup>.

4.1.5. *Recursos.* ¿Qué reglas juegan respecto de la impugnabilidad de las resoluciones dictadas en los incidentes de negligencia? ¿Las relativas a los incidentes? ¿Las mismas que se examinaron al tratar de la inadmisibilidad y caducidad? No me parece que deba contestarse afirmativamente a las dos últimas preguntas.

<sup>43</sup> *Ob. cit.*, I, p. 511.

<sup>44</sup> Buenos Aires, 185.

<sup>45</sup> Buenos Aires, 150.

<sup>46</sup> CNCom., sala B; ED, 6-586.

<sup>47</sup> CNCiv., sala C; ED, 20-244.

Respecto de los incidentes se impone la negativa, porque su régimen general de impugnación es sustituido por el muy especial del artículo 379 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que declara inapelables las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas. También es negativa en cuanto a la inadmisibilidad y caducidad, toda vez que si excepcionalmente se dicta alguna resolución, cabe contra ella únicamente la revocatoria por tratarse de providencia simple. Tratándose de negligencia y debiendo ésta sustanciarse, la resolución que recaiga tendrá necesariamente la naturaleza de una sentencia interlocutoria, que no admite el recurso de reposición. Estas premisas me llevan a concluir que lo decidido en el incidente de negligencia no tolera recurso alguno; mas para el caso de que se decretare la pérdida de la prueba, la parte interesada podrá solicitar a la cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva (art. 379, segunda parte, CPN). Es decir, tendrá derecho a replantear las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia (art. 260, inc. 2°, CPN).

Reitero que esta posición es prácticamente solitaria, ya que la más prestigiosa doctrina admite la apelación en número muy amplio de hipótesis, tan amplio, que en realidad no alcanzo a comprender cuándo la apelación no procede. Opongo al respecto los mismos reparos expuestos al tratar de la inadmisibilidad y la caducidad: si las decisiones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas son inapelables, el tribunal de alzada —en caso de negarse alguna medida— examinará la cuestión *dos* veces: al conocer del recurso y al decidir sobre el replanteo. Si así fuese, ¿qué probabilidad de éxito tendría esta última petición, en caso de haber confirmado previamente la cámara lo resuelto por el primer juez? O mejor: si procediese la apelación, ¿qué sentido tiene haber legislado sobre el replanteo?



4.2. *Revocatoria*. La parte interesada en la declaración de negligencia puede omitir acusarla, pero no supone la pérdida definitiva de su derecho a hacerlo: contra el auto que manda diligenciar una prueba demorada cabe el recurso de reposición. En tal sentido la jurisprudencia es constante: Procede el acuse de negligencia mediante la revocatoria del auto que ordena la prueba, cuyo decaimiento se pretende obtener por esa vía procesal<sup>48</sup>; es pertinente la solicitud de negligencia mediante la interposición del recurso de revocatoria contra el auto que ordena la prueba cuestionada<sup>49</sup>; es procedente la negligencia acusada por vía de revocatoria, pues el derecho a solicitar nuevas audiencias para la declaración de un testigo exige que las anteriores hayan fracasado por culpa no imputable a quien ofreció la prueba<sup>50</sup>; etcétera.

Atento a lo dispuesto por el artículo 239 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>51</sup>, el recurso deberá interponerse por escrito fundado dentro de los tres días siguientes al de la notificación, salvo que ésta se dictare en audiencia. De dicho escrito se dará traslado por tres días (o en el mismo acto si fuera en una audiencia) al solicitante, y habiendo hechos controvertidos el juez podrá imprimir al recurso el trámite de los incidentes (art. 240, CPN)<sup>52</sup>. En cuanto a la resolución, hará ejecutoria en todos los casos —a mi entender— por no corresponder la apelación subsidiaria conforme a la doctrina que vengo sosteniendo.

¿Existe alguna otra forma de acusación de negligencia que no sea mediante incidente o revocatoria? La respuesta del pretorio es que la construcción jurisprudencial sobre la negligencia, el rito de su declara-

<sup>48</sup> CNCom., sala A; ED, 4-278.

<sup>49</sup> CNCom., sala A; ED, 6-801.

<sup>50</sup> CNCom., sala B; La Ley, 122-908; N° 13.376.

<sup>51</sup> Buenos Aires, 239.

<sup>52</sup> Buenos Aires, 240.

ción y efectos inmediatos en la prueba de las partes, no importa haber creado una forma solemne y única para sancionar al litigante que no ofrece y produce sus probanzas en término con la diligencia mínima que la buena marcha de los juicios exige<sup>53</sup>. El criterio expuesto ha permitido receptor otro medio, más elíptico pero igualmente eficaz para conseguir que la contraria pierda su prueba: el pedido de clausura del término probatorio. El escrito en el que se solicita el cierre del término de prueba y la agregación de los respectivos cuadernos para que las partes formulen sus alegatos, es un acto equivalente a la habitual denuncia de negligencia, pues pone de resalto que el término probatorio ya está concluido y se solicita su clausura en forma categórica<sup>54</sup>.

Pienso que si frente al pedido de clausura el juez provee “clausurar el término de prueba sin perjuicio de la oportuna agregación de las pendientes”, aquél no significaría acusación de negligencia, o al menos no tendría ese efecto. Pero si en cambio resolviese la clausura y además pone los autos a disposición de las partes para alegar, ello supondría lisa y llanamente decretar la pérdida de la prueba para la parte que tiene alguna pendiente de diligenciamiento. En tal caso procedería el recurso de reposición.

4.3. *Costas*. Cualquiera fuese el medio escogido para la acusación de negligencia, rige respecto de las costas el principio general del artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>55</sup>, según el cual la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Sin embargo —añade la norma— el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad.

El derogado artículo 69 del Código Procesal Civil y Comercial de

<sup>53</sup> C1a. Apel. Bahía Blanca; ED, 20-246.

<sup>54</sup> C1a. Apel. Bahía Blanca; ED, 20-244.

<sup>55</sup> Buenos Aires, 68; Córdoba, 356; Santa Fe, 251; Tucumán, 111.

la Nación, aplicaba el principio también a los incidentes, pero limitando la eximición únicamente a las cuestiones dudosas de derecho. El texto —que perdura en Buenos Aires<sup>56</sup>— fue reformado por ley 22.434, suprimiendo cualquier distingo entre procedimiento ordinario o incidental, lo que merece la censura de Palacio<sup>57</sup>.

La parte que promoviere el incidente deberá recordar que con arreglo a lo prescripto por el artículo 69, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por quien hubiere sido condenado al pago de las costas en otro anterior, mientras no satisfaga su importe o, en su caso, lo dé a embargo. También en este aspecto la ley 22.434 ha innovado: hoy se prevén dos posibilidades: que al promoverse nuevo incidente el tema de la imposición de costas o eventualmente el monto de los honorarios esté o no concluido; en el primer caso el importe debe depositarse en calidad de pago, y en el segundo, a embargo. El código de Buenos Aires, no adecuado a la reforma, admite a pesar de ello el depósito en pago cuando exista pronunciamiento firme, conforme a la exégesis doctrinaria formulada en tiempos de la ley nacional 17.454.

En general, las reglas sobre costas operan en el área de la negligencia con los mismos alcances que en cualquier otro sector del proceso, excepto en circunstancias muy especiales, derivadas de las características del instituto o por expresa disposición de la ley. En cuanto a lo primero, difícilmente sea aplicable el principio de que el allanamiento real, incondicionado, total y efectivo exime de costas al vencido. Ello así porque el negligente, aun cuando se allane a la acusación, ha dado motivo a la misma con su conducta culpable, obligando a la contra-

<sup>56</sup> Art. 69.

<sup>57</sup> “Nos parece sin embargo preferible el régimen anterior, que se fundaba en la conveniencia de restringir, mediante la institución de una eventual responsabilidad patrimonial más estricta, el planteamiento de cuestiones que inevitablemente gravitan en desmedro del normal desarrollo y duración del proceso” (*Estudio de la reforma...*, p. 100).

parte a una actividad sin la cual el procedimiento no se impulsaría. Todavía más: aunque se desestimase la acusación de negligencia por haberse agregado la prueba antes de vencido el plazo para contestarla (art. 385, CPN) o de resuelta definitivamente la incidencia (doctrina jurisprudencial de otros códigos), igual deben imponerse las costas al causante de la misma<sup>58</sup>.

Respecto de los casos expresamente previstos por la ley, cabe mencionar:

Los códigos de Córdoba (art. 162), Corrientes (art. 83), Santa Fe (art. 137) y otros que imponen las costas causadas por la presentación tardía de la prueba documental; mas como se dijo antes (Sec. 2a., Cap. I, 1.2.), la presentación tardía de documentos sólo hace cargar con las costas si la parte contraria se allanase, en vista de ellos, a la pretensión de fondo, o sea que de haberse impuesto oportunamente de los instrumentos, no la hubiese resistido.

El artículo 374 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual cuando sólo una de las partes hubiere ofrecido prueba a producir fuera de la República y no la ejecutare oportunamente, serán a su cargo las costas originadas en ese pedido, incluidos los gastos en que haya incurrido la otra para hacerse representar donde debieran practicarse las diligencias. El precepto se orienta a reparar la injusta pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero, que no tiene por qué soportar la parte que no ofreció la prueba.

4.4. *Procesos con partes múltiples.* El esquema típico “actor vs. demandado” suele alterarse cuando el derecho o el interés de otras personas determinan su participación en la causa, sea en forma litisconsorcial o en calidad de tercero. En tales circunstancias, las pretensiones coinciden o se entrecruzan, con efectos en la actividad probatoria que varían según la naturaleza asignada a la intervención de cada parte. Obviamente, las cargas y deberes en orden a la negligencia también serán distintas.

<sup>58</sup> Conf.: PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, IV, p. 405.

En el régimen nacional —y en los códigos locales que a él se adaptaron— cabe hacer una primera gran distinción entre *litisconsorcio e intervención de tercero*; a su vez, el litisconsorcio puede ser *necesario* o *facultativo*, y la intervención de tercero, *coactiva* o *voluntaria*, y esta última *principal* (excluyente), *adhesiva simple* y *adhesiva litisconsorcial*.

El análisis de cada una de las modalidades referenciadas excede el objeto de este trabajo, por lo que me contraeré a examinar sus efectos sobre el instituto de la negligencia, que es la materia propia de la obra.

En el litisconsorcio (varios actores frente a varios demandados; varios actores frente a un demandado; un actor frente a varios demandados), puede ocurrir que los litisconsortes sean aliados entre sí, o se hallen enfrentados. Dado que cada uno de ellos goza de autonomía de gestión, es decir, que cada litisconsorte es considerado sujeto autónomo de deberes procesales, cargará independientemente con las sanciones que su inactividad procesal origine. En consecuencia, cada litisconsorte puede acusar y ser objeto de acusación de negligencia sin que ello afecte a los demás. Incluso pueden acusarse negligencia entre sí, toda vez que en caso de sustentar derechos distintos, pueden pedirse posiciones y citarse recíprocamente como testigos<sup>59</sup>.

Respecto de la intervención de terceros, ella es principal o excluyente, cuando frente a las partes originales se opone una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo; adhesiva simple o coadyuvante, cuando el interés del tercero coincide con el reclamado por cualquiera de las partes originales, y adhesiva litisconsorcial, cuando se hace valer un derecho propio.

La intervención principal no se halla disciplinada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ni, desde luego, en los códigos que le siguen; pero lo está en Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santa Fe y Tucumán. Atento a que las partes originales y el inter-

<sup>59</sup> Conf.: PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, III, p. 206.

viniente revisten el carácter de autónomas y contrarias entre sí, pueden acusarse recíprocamente negligencia.

Tratándose de intervención adhesiva simple o coadyuvante, el tercero carece de autonomía, hallándose subordinado a la parte con quien coadyuva, “no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a ésta” (art. 91, CPN). Pero puede subrogarse procesalmente a la parte principal en el caso de que ésta obrase negligentemente<sup>60</sup>, por ejemplo: notificar a los testigos, pedir se los traiga por la fuerza pública, urgir los pedidos de informes, redactar cédulas y oficios, etcétera.

Por último, el tercero que interviene en forma adhesiva litisconsorcial es parte autónoma y puede asumir actitudes independientes e incluso contrapuestas a la de la parte principal, entre ellas, ofrecer y producir pruebas distintas a las de dicha parte<sup>61</sup>, razón por la cual cabe que acuse o le sea acusada negligencia.

<sup>60</sup> Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, III, p. 240.

<sup>61</sup> PALACIO, *ob. cit.*, III, p. 245. Conf.: CNCiv., sala B; JA, 1979-III, p. 668.