

Oralización de los procedimientos civiles y la audiencia preliminar. Una experiencia fructífera.

Por Alejandro Lesser

*Juez en lo Civil y Comercial de San Isidro,
Provincia de Buenos Aires, República
Argentina.*

1. La oralidad en el proceso civil

Es advertible en la práctica procesal latinoamericana, luego de la irrupción del Código General del Proceso de Uruguay, una tendencia a acentuar la oralidad y al proceso por audiencias en el proceso civil. No se intenta poner finiquito a una discusión estéril que ubica como categorías antagónicas a la oralidad y la escritura. Plantear en términos binarios esas modalidades implica un simplismo reduccionista. Una y otra deben ser utilizadas de modo preferente o combinado y no de modo excluyente. Así como no se concibe una demanda expuesta de modo verbal por la cual se reclame la simulación de una escritura pública, no se concibe que el testigo vierta su testimonio de modo escrito.

Se advierte que, a pesar de las virtudes que la oralidad puede aparejar, implica más allá de la normativa un cambio de costumbres y de actitud resistido por abogados y jueces. Ya en 1935 Piero Calamandrei refería "...la oralidad es la expresión de la confianza ("me basta tu palabra"), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... ("las palabras vuelan, los escritos quedan") ...desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario" y agrega "hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez ...(el papel no se sonroja)" ("Elogio de los jueces escrito por un abogado", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs.As.1969, pág.211). En lo que hace a los jueces, el agudo florentino decía que a los magistrados no les gusta estar frente a las partes aduciendo para ello que "en las causas civiles lo que cuenta es el problema jurídico, en que las partes cuentan como peones sin rostro, de manera que conocerlas directamente solo serviría para introducir en la decisión elementos de simpatía o antipatía que perturbarían las reglas del juez". Pero el procesalista agregó: "Puede ser que esta contestación de los jueces tenga una parte de verdad; pero posiblemente en esa tendencia del juez a evitar en lo posible la conversación directa con las personas que tiene que juzgar, entre una cierta dosis de pereza y caso también de orgullo. Las páginas escritas, que quedan inertes, resignadas al polvo o al canasto, inquietan menos que el interlocutor vivo que te mira con sus ojos indiscretos. Y el juez, mientras permanezca aislado, tras el cómodo emporio del papel sellado, puede todavía soñar que es un semidios infalible. Pero cuando se abate a llamar ante sí a las personas a quienes tiene que juzgar, le resulta difícil no advertir que, a solas con los hombres, tampoco él, bajo su augusta toga, pasa de ser un hombre (ídem, pág. 215).

2. La audiencia preliminar

Se ha erigido como herramienta insuperable la audiencia preliminar, de índole polifuncional, que se convoca una vez cerrada la etapa postulatoria del proceso en busca de una conciliación o el saneamiento, de la determinación de los hechos a probar y de la prueba a producirse. La convocatoria a tal género de audiencia requiere de la activa participación de los jueces a la vez que intenta que las partes alcancen un mayor protagonismo sin delegar todo en su abogado, siendo ellos quienes, asistidos por el director del proceso y su letrado, protagonizan la exploración de posibilidades de avenimiento, a lo que se agregan finalidades saneatorias (fijación de la legitimación de las partes, simplificación del objeto controvertido, determinación de los hechos litigiosos y de las pruebas a aportarse, lo que implica tareas de colaboración y actos de disposición de las partes (actos de renuncia, aceptación, simplificación, reconocimientos y declinaciones).

La ley 24573 introdujo en el ámbito de la Justicia Nacional de la República Argentina dos innovaciones de notable impacto en el ámbito jurisdiccional, ya que por un lado impuso la mediación prejudicial -cuestionada por lo obligatoria- y por otro, haciéndose eco de recomendaciones efectuadas en los Congresos Nacionales de Derecho Procesal, estableció la denominada audiencia preliminar.

Centraremos el foco en este último instituto.

Finalidad del instituto.

La audiencia preliminar tiene estos objetivos:

- 1) **Obtener economía y celeridad.**
- 2) **Propiciar la conciliación total o parcial.**
- 3) **Sanear el proceso, subsanando causas de nulidad.** Es el momento de verificar que la etapa postulatoria de las pretensiones de las partes está debidamente agotada y no han quedado cuestiones irresueltas antes de avanzar hacia la prueba.
- 4) **Recibir y ordenar la producción de la prueba.**

La audiencia debe transitar en todos los casos una etapa de conciliación, la que concluye el litigio –haciendo innecesario producir prueba- si la misma se verifica. Dependerá si tal cosa ocurre o no, el avanzar a una segunda etapa: la producción de la prueba.

Si la prueba se ha de producir se requiere fijar los hechos litigiosos, antecedente necesario para el ordenamiento de la prueba conducente. Cuando no quedó claro si se ha desconocido un hecho, cabe solicitar en esta audiencia una precisión. Siendo que la prueba está destinada a formar convicción del juez, las partes pueden dar respuesta a alguna inquietud sobre el objeto de ésta o acerca de alguna en particular;

Seguidamente se habrá de decidir acerca de la producción de la prueba, ordenando la conducente y desestimando la que no lo es. Con ello se logra economía de esfuerzo, tiempo y recursos.

5) Reajustar pretensiones y ordenar todo otro acto que haga a la economía y eficacia procesales¹

Es obvio que es un instituto que requiere de un juez activo, ya que no basta la convocatoria o la mera intermediación con los disputantes sin el protagonismo buscado para que el mismo rinda sus frutos. De todos modos, el trabajo que para el magistrado implica su implementación se justifica ampliamente: a poco que se utilice se hace notorio que el tiempo que insume la audiencia se gana con creces concluyendo litigios o disminuyendo el trabajo innecesario cuando ello no es posible. Es sabido –sobre el particular hay excelentes trabajos que lo demuestran- que la mayor cantidad de tiempo del proceso lo insume la prueba. Obvio es que si se reduce tal actividad, todo el proceso se agiliza y acorta, provocando inmediato alivio en la labor judicial y permitiendo arribar antes a la solución del litigio.

Aunque en la Provincia de Bs.As. no existe norma semejante al art.360 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPN), sí hay una norma equivalente al art. 364 y hay normas genéricas que dan al juez la condición de director del proceso (arts.34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial –CPCC-). Es por ello posible en dicho ámbito una convocatoria a idénticos fines mediante el uso de las facultades que el ordenamiento otorga a los jueces. De allí que haya quienes adoptan la modalidad que se propicia sin contar con una norma expresa.²

Después de varios años tomando tal tipo de audiencias advierto que no es algo gravoso para el juez. Presidiendo dos audiencias de tal tipo por día alcanza para cubrir los expedientes sumarios u ordinarios que llegan a la etapa de prueba en un Juzgado que tramita mas de 8.000 causas civiles y comerciales de distinta índole. Los resultados son para entusiasmar, ya que es muy propicia la oportunidad para tentar la conciliación total o, al menos la parcial (por caso, en los juicios de daños es muy frecuente producir solo la prueba pericial para volver a convocar a una audiencia o para habilitar la directa negociación entre partes). Es notorio el efecto benéfico en el cúmulo de trabajo, advirtiéndose un gran descenso del trabajo de Secretaría. Por caso, antes de comenzar a tomar ese tipo de audiencia era muy difícil en el Juzgado a mi cargo tener fechas para una audiencia testimonial en un plazo menor a tres meses. Hoy podría encontrarse lugar en la agenda en un término no mayor a quince días.

3. La convocatoria a la audiencia

Dispone el art.359 del CPN :

“Contestado el traslado de la demanda o reconvenición en su caso o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas, si la cuestión pudiera ser resuelta como de puro derecho, así se decidirá y firme que se encuentre la providencia, se llamará autos para sentencia. Si se hubieran alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiere conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo a lo preceptuado en el art.360. La audiencia allí prevista se celebrará también en el proceso sumarísimo”.

¹ Gozaini, O.A., “La audiencia preliminar en la Argentina, ED 138-873.

² Es del caso recordar que un buen juez puede hacer justicia aun con leyes inapropiadas y un mal juez puede cometer una injusticia aun con una ley aceptable (Cueto Rua, J.C., “Perfil del juez ideal”, La Ley del 29/6/99).

El artículo 34 del CPN impone e los jueces el deber de asistir a las audiencias preliminares. Por su parte, el art.360 del CPN establece:

“A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

- 1) *Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solucionar los conflictos.*
- 2) *Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el art. 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto³.*
- 3) *Oídas las partes, fijará por si los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.*
- 4) *Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.*
- 5) *Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con la presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado.*
- 6) *Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluída para definitiva.”*

La convocatoria para tomar esta audiencia la hace quien esto escribe al abrir la causa a prueba. Junto con el auto respectivo se convoca a una audiencia en la que se intentará una conciliación y para el caso que la misma no prospere, se tomará en ese mismo acto la prueba de absolución de posiciones y se proveerá la restante prueba⁴, quedando las partes notificadas en ese acto.

Queda claro que se abren en el curso de la audiencia dos caminos posibles: la conciliación y otros medios alternativos, por un lado, y la apertura a prueba y su proveimiento por otro.

³ el art.361 dispone: “ Si alguna de las partes se opusiese a la apertura a prueba en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte”.

⁴ El auto respectivo está redactado así: “En orden a lo establecido en los arts....ábrese el juicio a prueba por el término a fijarse en la audiencia que se convoca. En atención al estado de autos y en orden a las facultades que le confieren al infrascrito los arts.34 y 36 del CPCC, convócase a las partes a la audiencia que se habrá de celebrar el día...a las....hs., a la que deberán concurrir en persona y asistidos por sus letrados. Se requiere a éstos colaboración activa para el éxito de la convocatoria, a cuyo fin quien suscribe ruega transmitan a sus clientes el alcance de una audiencia de conciliación y elaboren junto con éstos, de ser posible, una o mas propuestas de acuerdo a los efectos de su tratamiento y consideración en el curso de la audiencia. De no lograrse un acuerdo se procederá con la respectiva absolución de posiciones y al reconocimiento de firmas y, en su caso , a la formación de cuerpo de escritura. El pliego para absolver posiciones deberá presentarse media hora antes de la hora fijada precedentemente. Cumplida la prueba confesional se proveerá la restante prueba y se fijará el término para su producción. Notifíquese este auto en los domicilios reales y constituidos de las partes”.

4. La solución autocompositiva del conflicto.

Dispone el artículo 36, inciso 2º del CPCC respecto del deber de conciliar y simplificar que pesa sobre los magistrados: "...los jueces y tribunales deberán: ...2º) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto ...pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos... En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento."

Es claro que se trata de un deber, mas que de una facultad.

¿Cuales son las "otras formas de solución de conflictos" a los que alude el artículo 360 del CPN o los "otros medios alternativos de resolución de conflictos" a los que alude el artículo 36 del CPN?

En rápido vuelo y aludiendo a los más utilizables está refiriéndose a:

***mediación:** es un procedimiento no adversarial el por el cual un tercero entrenado y neutral ayuda a los disputantes a negociar un acuerdo.

***negociación:** es un método de resolución de conflictos por el cual las partes interesadas sin intervención de terceros discuten informalmente sus diferencias para intentar un acuerdo.

***arbitraje:** es un método adversarial por medio del cual un tercero neutral- distinto de un juez- decide una disputa de acuerdo a derecho (árbitro) o de acuerdo a equidad (en tal caso estamos ante el arbitrador, quien decide, como los viejos jueces de paz, según su leal saber y entender) y respecto del cual las partes tienen algún poder decisorio sobre algunos aspectos del proceso y en la elección de los árbitros.

***mediación/arbitraje:** en que ambos métodos se siguen secuencialmente, de modo que las partes acuerdan que si fracasa la mediación se recurre al arbitraje.

***conciliación/arbitraje:** igual temperamento que el anterior.

***experto neutral:** cuando ante una cuestión litigiosa que depende de una cuestión técnica y se recurre a un experto que dictamina imparcialmente sobre los hechos litigiosos o las pautas técnicas aplicables (perito).⁵

El método de resolución de conflictos que expresamente refiere el Código Procesal es la Conciliación, a la que sucintamente habremos de referirnos seguidamente.

La **conciliación** según el diccionario es: "*componer y ajustar los términos que estaban opuestos entre sí; poner de acuerdo*".

Según el Código Procesal, que refiere pero no define la conciliación, es un medio "*anómalo*" de terminación del proceso. En rigor no es un medio anómalo, debiera ser catalogado como el medio mas normal para resolver los conflictos. Lo anómalo es la heterocomposición, que debe funcionar cuando el otro método –la conciliación- no es

⁵ Highton, Elena I. y Alvarez, Gladys S. , "Mediación para resolver conflictos", Ed. Ad Hoc, 1995, pag.119 y ss.

viable. Debiera entenderse a la conciliación respecto del litigio, de la misma manera que se posiciona a la medicina general respecto de la cirugía. Esta solo debe utilizarse cuando no hay mas remedio.

En nuestra opinión la conciliación es la asistencia a las partes para la autocomposición de derechos litigiosos y el control de la legalidad del acuerdo al que pueda arribarse de modo de acordarle autoridad de cosa juzgada.

Algunas precisiones son necesarias:

La primera: La conciliación no es equivalente a la mera autocomposición del litigio, ni a la jurisdicción de equidad, ni a la denominada jurisdicción voluntaria, aunque comparta con ellas el tener netas diferencias con la heterocomposición.

La segunda: si es un reduccionismo atribuir a cada conflicto un litigio para solucionarlo, sería un reduccionismo equivalente suponer que cada conflicto puede resolverse por medio de un acuerdo.

Repasando las características del método heterocompositivo (litigio) y la conciliación, se pueden señalar para el primero (la heterocomposición) las siguientes:

- Tiene una lógica binaria: la de ganar/perder. Uno gana el litigio y ve prosperar su pretensión; correlativamente, ello implica la pérdida de las pretensiones del otro.
- Elimina opciones posibles.
- Transita la obligación /prohibición en la solución.
- Dificulta las relaciones, ya que propicia un trámite adversarial y soluciones tajantes.
- Genera más costos.
- Suprime el conflicto reactivamente, ya que los abogados y el juez enajenan el conflicto y se lo sustraen para su tratamiento y solución a los disputantes.
- Hay violencia ínsita en el proceso (es un “duelo” legalizado) y en la solución, ya que la sentencia reposa en la fuerza del Estado.
- Es perverso el efecto del tiempo, ya que aun quien habrá de ver reconocido su derecho debe esperar tiempos largos para que tal cosa ocurra.
- Elimina el diálogo.
- No aumenta habilidades para futuros conflictos. En todo caso deja una experiencia amarga y evitativa del litigio como forma de resolución de conflictos.

Por su parte el segundo (la conciliación) se caracteriza por:

- Una lógica distinta, ya que busca el ganar/ganar, vale decir que todos los disputantes puedan ganar, aunque no sea en la medida pretendida.
- Agrega opciones nuevas.
- Transita el permiso (Todo lo que no está prohibido o mandado está permitido).
- Posibilita la cooperación.
- Elimina costos.
- Suprime el conflicto proactivamente, devolviendo a los disputantes la posibilidad de decidir el conflicto.
- No hay violencia ni en el proceso ni en la solución.
- Solución en tiempo razonable.
- Incrementa el diálogo y mejora las relaciones.

- Aumenta habilidades de los disputantes para encarar otro conflicto al descubrir recursos propios y aprender a reconocer los intereses del otro a través de un dialogo constructivo y respetuoso. De ese modo lo aprendido se proyecta al futuro positivamente.

¿Que puede un juez hacer en el curso de la audiencia de conciliación? Hay muchas técnicas propias de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Para conciliar podemos mencionar a solo título de ejemplo estas técnicas:

- Previa lectura atenta de la causa.
- Discurso inicial.
- Escucha activa.
- Interrogación.
- Promoción de la empatía.
- Análisis de intereses.
- Utilización de parámetros objetivos.
- Uso del tiempo: impasse/paraguas.
- Legitimación
- Promoción del “fair play”
- Acertividad
- Análisis del MAAN
- Mención de costos y riesgos de litigar
- “Reframing”
- Parfraseo
- “Caucus”
- Ventilar la emoción
- Actuar como “abogado del diablo”
- “Agrandar la torta” de recursos.
- Actuar como agente de la realidad
- Solicitar “quid pro quo”
- Negociación con valor agregado
- Bloquear el pasado.

Estas son solo algunas de muchas técnicas que se pueden utilizar. Lo que se trata de enfatizar es que debiera incluirse en la capacitación de abogados, jueces y funcionarios judiciales técnicas de negociación y mediación.

Dispone el artículo 360 bis del CPN acerca de la figura de la conciliación: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36, inciso 2, apartado a, en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias. Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación...Tendrá efecto de cosa juzgada ...Si no hubiere acuerdo... se hará constar...sin expresión de causas...”

Importa señalar que el Juez al conciliar no es solo un personaje que asiste pasivamente a un regateo entre partes o abogados. Obviamente no se trata tan sólo de proponer fórmulas conciliatorias sin antes haber dialogado con las partes y sus letrados acerca de sus necesidades e intereses en juego.

5. La producción y ordenamiento de la prueba.

Como que no siempre es posible lograr un acuerdo es dable que deba darse por concluído el intento conciliatorio cuando el juez advierta que no es posible el avenimiento o cuando las partes se manifiesten en tal sentido. Insistir en la conciliación en esas hipótesis revela incomprensión acerca del cometido del instituto por parte del juez ya que el acuerdo no se persigue a toda costa, desmereciendo los frutos que se obtienen por la mera convocatoria. Reiner Knopff define el carácter democrático como el pone de relieve “la moderación, la voluntad de acuerdos y respeto mutuo entre partes opuestas” “Courts and carácter”, Brock University, Canadá, 1996). Pues bien, la conciliación es una expresión de ese carácter democrático, tanto mas importante para uno de los Poderes del Estado que no obtiene su autoridad vía electiva.

Por otra parte, insistir a ultranza en un acuerdo, contra evidencias de que este no surge con fluidez, implica una falta de respeto hacia las partes y sus letrados y, de algún modo un abuso de autoridad. La mera convocatoria, ya se dijo, es positiva. A ello se agrega que hay efectos positivos para los litigantes que han entendido mejor el porqué la otra parte tiene determinada pretensión, ha escuchado mas que oído de sus labios cuales son sus intereses mas relevantes, ha podido expresarse sin que la emoción empañe el diálogo, ha tomado turnos para hablar, ha buscado otras alternativas fuera de las que con lógica binaria ofrece el pleito, ha analizado con que recursos cuenta y ha oído parámetros objetivos de ponderación por parte de un tercero neutral como es el conciliador. Todo ello es positivo para afrontar este litigio y tiene una función educadora si las partes en el futuro debieran afrontar un nuevo pleito. Tendrán mas posibilidades de solucionarlo conociendo que hay alternativas mas rápidas, económicas y amables que la litigación.

Nos colocamos entonces en la alternativa de que el intento de avenimiento no prosperó. Fracasada la conciliación, el camino posible de recorrer se bifurca: puede declararse la cuestión como de puro derecho o abrirse la causa a prueba.

Dispone el artículo 360, inciso 2º, que el juez:

“2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolverse en el mismo acto”. (art.361: si alguna de las partes se opusiera a la apertura a prueba...el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte” .).

En rigor, el juez ya debió haber decidido acerca de si declarararía la cuestión como de puro derecho antes de convocar a la audiencia preliminar, tal como lo establece el artículo 359 del CPN. En caso de que hubiera decidido abrir la causa a prueba, el tema puede replantearse en la audiencia preliminar.

Nos interesa el trámite seguido cuando se decide mantener la apertura a prueba.

Dispone el artículo 360, en los incisos 3º y 4º respecto a la fijación de hechos y la producción de la prueba confesional:

“3.Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los que versará la prueba.

4. Recibirá la prueba confesional...”

Cabe recordar que el juez de acuerdo a lo normado por el artículo .415 del CPN *“puede interrogar libremente”* a las partes.

La convocatoria para absolver posiciones asegura la comparencia la audiencia de conciliación que le precede, ya que, en caso de no concurrir sin motivo justificado, se corre peligro de quedar confeso fictamente. De este modo es posible convocar para absolver posiciones en caso de que la conciliación que se intenta primero no prospere. Es corriente que las partes en ese acto desistan de producir la prueba confesional. Si las partes deciden producirla, el juez está en inmejorables condiciones para preguntar libremente antes de proceder conforme a los pliegos de posiciones.

Dispone el artículo 360, en el inciso acerca de la 3º prueba confesional: *“Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes”*.

De ser entonces necesario abrir la causa a prueba, producida en su caso la confesional, se proveen las restantes probanzas ofrecidas, de manera de limitarla a la que es necesaria para resolver la causa, en atención a los hechos litigiosos fijados. Cabe recordar, que además de las normas específicas que regulan la audiencia preliminar, ya citadas, el artículo 36, inciso 3º) autoriza al juez el *“Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas...respecto de la actividad probatoria”*. En el curso de esta audiencia podrá hacer gala de estas facultades. No solo ordenará la prueba conducente, eliminando la que no lo es, sino que simplificará su producción.

De acuerdo al artículo 360 del CPN, inciso 5º, el juez *“Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles...”*

Sobre la pertinencia y admisibilidad de las pruebas, mas abajo dispone el artículo 364 del CPN:

“No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”.

Lo corriente es que haya mucha prueba dentro de la ofrecida que es superflua o inconducente. Cabe entonces discernir que distancia o diferencia hay entre la prueba pertinente y admisible y la impertinente o improcedente.

En el Diccionario de la Real Academia se dice que **impertinente** es aquello *“que no viene al caso o que molesta.....pide o hace cosas fuera de propósito”* y que **improcedente** es aquello *“no conforme a derecho”*. Vale decir que de un análisis semántico el juez solo puede vedar la producción de pruebas notoriamente contrarias a derecho y puede obstar la producción de otras que, sin ser contrarias a derecho, no son útiles.

En el mundo procesal tales conceptos son igualmente válidos. Una prueba es pertinente o impertinente según tienda o no a la acreditación de la existencia de un hecho controvertido y es procedente o improcedente de acuerdo a su adecuación o falta de ella a la legalidad (cfe. Peyrano, J.W., *“Prueba inadmisibile, prueba impertinente, prueba improcedente y prueba maliciosa”*, en Zeus 20-J-95: Cabal, J. y Atienza, A., *“Anotaciones interpretativas al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Prov. de Sta. Fe”*, Zeus, Rosario 1975, p.15

No hay problema interpretativo con la prueba improcedente. Es la ley la que la excluye (por caso: pruebas ofrecidas fuera de término, ofrecimiento de testigos excluidos por la ley, la confesión en los juicios de divorcio).

Para resolver en el curso de la audiencia preliminar acerca de la procedencia de las pruebas ofrecidas conviene actuar de modo prudente y tratar de convencer antes de denegar. Unamuno, recordaba Fairen Guillen, estableció una diferencia entre los regímenes totalitarios y liberales contraponiendo los verbos “vencer” y “convencer”. No se olvide que corresponde tanto al juez como a las partes colaborar estrechamente en la claridad del debate judicial. Siendo ello así, el juez no tiene porque comportarse como un dictador. Así, entiendo preferible adoptar una postura proclive a convencer al abogado, antes que a imponer un criterio propio del juez.

La atribución para desestimar pruebas oscila entre la garantía de defensa en juicio y la economía y buena fe procesales. Por ello, en caso de duda razonable, la prueba debe de ser ordenada.⁶ Por parecida razón será aconsejable ordenar una prueba aunque el magistrado no la estime útil cuando el letrado insiste en su producción, siempre que de ello no se derive un grave dispendio de actividad (por tratarse de una prueba “manifiestamente” improcedente) o de tiempo (tal el caso de la prueba que se muestra “meramente dilatoria”).

Es notable la cantidad de supuestos en que cabe desestimar la producción de la prueba de informes si se analiza con detenimiento la razón de su ofrecimiento. Por caso, si se pide oficio a una Comisaría para que certifique sobre la autenticidad de un acta de choque, se puede preguntar al letrado que la ofreció si el instrumento acompañado como prueba documental ha sido redargüido de falso, ya que, en caso contrario, la certificación de la autenticidad del acta de choque es una prueba innecesaria por tratarse de un instrumento público.

Tratándose de acreditar la emisión de un presupuesto de reparación de un rodado chocado, se puede desestimar la prueba informativa tendiente a reconocer que fue realmente emitido, porque se hace saber que lo que interesa es la prueba pericial o la autenticación de la factura de reparación, si se hubiere reparado el vehículo. Si no obstante, el abogado insiste en ella, se invita a aplicar la “fórmula de Pergamino” (pergeñada por dos letrados de ese Departamento Judicial y difundida por el Dr. Ariel Labrada, ex Juez de esa circunscripción) que es recomendable para autenticar presupuestos, certificados médicos y otras constancias análogas. Cuando prima facie no hay sospecha de falsificación, el juez invita a *“reconocer la autenticidad formal de toda documentación agregada en autos, sin que ello implique admitir la veracidad de su contenido ni su vinculación con el juicio”*⁷.

Adviértase que tal fórmula puede ubicarse en la facultad que acuerda el artículo 36, inciso 3º del CPN que autoriza al juez a “proponer fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas durante el proceso o respecto de la actividad probatoria”.

⁶ cfe. Fenochietto-Arazi, Códigos...comentados, 2ª.edic. T.2, pág. 280.

⁷ Es conveniente añadir a los proveídos en que se corre traslado de la documental o en el que se convoca a audiencia preliminar – para el caso de ser necesario abrir la causa a prueba- una frase como ésta: “ A fin de procurar la mayor economía en la tramitación de la causa (art.34, inc.5 CPCC), invítase a las partes a que reconozcan la autenticidad formal de toda la documentación ...”

Por otra parte la misma no implica reconocer mas que lo que surgiría de una contestación favorable del oficio ni impide prueba en contrario. Que se tenga por reconocido un presupuesto de un arreglo por \$5.900, no implica reconocer que fuera necesario reparar el automóvil ni que en caso de serlo, lo sea a consecuencia del hecho dañoso motivo del litigio. Tampoco implica reconocer que sea necesario cambiar o reparar tales o cuales piezas, ni pintar tantos “paños” (unidades tales como el capot, puertas...) de la carrocería, ni que la reparación insuma tantos días o que el aludido sea un precio de mercado. El reconocimiento que pueda realizar el contrario del oferente de la prueba informativa no tiene relevancia alguna si un perito ingeniero mecánico establece que la reparación del vehículo insumía para esa época \$2.500, por ser necesario cambiar menos piezas o si no se acredita que el daño reparado fue ocasionado en el accidente que motiva el litigio.

Es mucha la prueba inconducente que se elimina. Es frecuente que se pida que la aseguradora manifieste si tiene reaseguro y denuncie el nombre de la entidad y número de cuenta. Esto será conducente luego de una condena, no para la dilucidación del caso.

En nuestro ámbito basta la calidad de usuario para reclamar por el valor de reparación y por la pérdida del valor venal del vehículo luego de reparado. Reconocida la calidad protagonista del choque por ser uno de los conductores, para nuestra alzada queda probada la calidad de usuario. En ese caso la prueba al Registro de la Propiedad Automotor es innecesaria.

Mucha prueba es innecesaria porque el hecho está reconocido o porque el medio probatorio se superpone con otro. Es frecuente que en los Juzgados en que no se realiza esta audiencia la prueba sea proveída por empleados con criterios que no son los del juez. En este caso lo corriente será en la duda proveer toda la prueba ofrecida.

En lo que hace a los testigos es factible inquirir: ¿para qué se lo cita? De acuerdo al artículo 333 del CPN :“se indicarán que extremos quieren probarse” y de conformidad con el artículo 362 del mismo ordenamiento se puede denegar la prueba superflua, de modo que es factible que, si por caso los mismos testigos ya declararon en sede penal, no se los admita en la causa civil.

Es de esperar que un empleado que no posea los conocimientos ni la experiencia del juez, al proveer la prueba, ante la duda, acceda a lo solicitado y ordene el sorteo de varios peritos médicos (traumatólogo, psiquiatra y cardiólogo, por ejemplo). Si el juez es quien provee la prueba estará advertido del planteo y podrá sortear únicamente un perito médico legista, que cubre todas las especialidades.

6. Economizando al proveer la prueba:

Hasta aquí se ha enfatizado el ordenar solo la prueba conducente y pertinente. Toca ahora abordar distintas maneras para economizar actividad y tiempo al ordenar las que así se considere.

El artículo 360 del CPN en su inciso 6º dispone que el juez “concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial...” A más de ello es referir que en el mismo proveído debe señalarse la audiencia y una supletoria.

De acuerdo al artículo 125, incisos 6 y 7 del CPN se pueden registrar las declaraciones por medio de la fonograbación. Un prestigioso juez de Trenque Lauquen, el Dr. Toribio Sosa, hoy Juez de Cámara en esa Localidad bonaerense, registraba las audiencias por medio de una web cam instalada en su computadora y luego volcaba la imagen y sonido a un disquete que se aneja a autos y puede ser oído y visto al momento de sentenciar.

Al respecto de tal prueba es aconsejable requerir a las partes que asuman la carga de citar a sus testigos y se eviten las cédulas de citación (art.434 CPN).

Con respecto a la prueba informativa es posible agilizar mediante un proveimiento, que inspirándose en la anticipación propia de los actos coligados del derecho administrativo, cubre contingencias futuras.⁸

Con respecto a la prueba de peritos, se procede de igual manera.⁹

También es posible para agilizar el trámite ordenar la supresión de cuadernos de prueba, ejercitando de este modo la facultad prevista por el art. 380 del CPN.

⁸ Al ordenar librar oficios se agrega en el proveído: “Autorízase al oferente de la prueba a librar oficios reiteratorios sin necesidad de petición alguna. Asimismo hágase saber que en los oficios a librarse deberá consignarse que el requerimiento deberá contestarse en el plazo de ley. Para el caso de no obrar en la Secretaría la contestación o no haberse justificado la demora, tratándose de una entidad pública, procédase sin más trámite en la forma prevista por el art.397 del CPCC, siempre que haya un antecedente de incumplimiento. Si se trata de una entidad privada impónese sin otro trámite una multa de \$25 por cada día de retardo, como autoriza la norma aludida. Los destinatarios deberán firmar recibo del oficio en el que harán constar fecha de su recepción, nombre y apellido de la persona que lo recibe y del cargo que ostenta, en copia que se adjuntará al efecto y que el oferente de la prueba deberá reintegrar al expediente sin que sea necesario hacerlo mediante escrito, bastando la mera agregación. Si hubiere justa causa de reserva o secreto que amerite el negarse a informar, deberá ponerse en conocimiento del Juzgado tal circunstancia de modo fundado, quien apreciará si es procedente la negativa a informar. Para el caso de que vencido el plazo para contestar el informe no se hubiere puesto en marcha el mecanismo aquí previsto para la reiteración del oficio, decretese la caducidad de tal medio de prueba (art.400 CPCC).

⁹ “Hágase saber la designación efectuada por el Organismo de Contralor Asimismo, consígnese en la cédula a librarse al perito y/o peritos que el mismo deberá proceder a aceptar el cargo en el plazo perentorio de 3 días a partir de su notificación (art. 467 Cód. Procesal.), bajo apercibimiento de ser comunicado al Organismo de Contralor correspondiente a sus efectos. Asimismo se hace saber que, una vez aceptado el cargo, si el/los perito/peritos renunciase sin motivo atendible, rehusase a dar su dictamen o no lo presentase oportunamente será reemplazado debiendo pagar los gastos de las diligencias frustradas y perdiendo el derecho a cobrar honorarios (art. 468 del CPCC). Asimismo se le hace saber al perito que deberá al momento de aceptar el cargo, indicar su número de teléfono. En el caso de los peritos ingenieros hágase saber que deberán presentar bono de pericia, al momento de presentación del informe pericial, conforme resolución N°421 art. 2 del Colegio de Ingenieros de la Provincia de Bs. As. Por razones de economía procesal y celeridad (art. 34 inc. 5 apartados “a” y “e” del Cód. Procesal), fijase la suma de \$50 en concepto de anticipo de gastos (art. 461 del Cód. Procesal) para el perito y/o para cada perito designado, con cargo para el perito de rendir cuentas en la oportunidad procesal correspondiente, bajo apercibimiento de darle por desistido el derecho de percibir honorarios total o parcialmente. Hágase saber a las partes, si la oferente de dicha pericia, hubiese promovido beneficio de litigar sin gastos, no excluye ello el pago del anticipo aquí dispuesto. Autorízase a la parte que ofreció la prueba a abonar directamente al perito la suma más arriba estipulada en conceptos de gastos de pericia. En caso de tratarse de prueba común, cada parte podrá limitarse a abonar su cuota parte. Asimismo hágase saber a la y/o las partes solicitantes de la o las pericias, que deberán acompañar en el plazo de 10 días la constancia de pago, bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos de la prueba pericial ofrecida (art.461 “in fine” del CPCC). Dándose el supuesto del art. 127 inc. 3 del CPCC. Otórgase al perito que ha aceptado el cargo el préstamo de las actuaciones por el término de cinco días, bajo recibo y dejando constancia en los libros. Hágase saber que el plazo para presentar la pericia correrá a partir del vencimiento del préstamo, en el caso de efectivizarse el mismo. De lo contrario, lo hará a partir de la aceptación de cargo. El plazo para presentar el dictamen será de diez días (art. 459 in fine del CPCC), con tantas copias como partes hubiere. Para una vez presentada la pericia o pericias córrase traslado de la misma por el término de cinco días. notifíquese oportunamente por cédula por secretaria con copias (art. 135, 120, 150, 155, 472, 473 del cpcc y conforme ley 11.874). Notifíquese con copia completa del presente despacho.

7- Resultados obtenidos.

Trabajos de campo realizados son alentadores: así entre el mes de agosto de 2003 y julio de 2004 sobre 224 audiencias preliminares tomadas en juicios de conocimiento por quien suscribe: 32% de los casos tuvieron finiquito por lograrse la conciliación total del conflicto, en un 30% de los casos se señaló una nueva audiencia para proseguir con el intento conciliatorio ante el juez, un 16% suspenden actuaciones para proseguir las partes negociando o realizar alguna prueba en especial (por caso en un supuesto de daños y perjuicios debidos a lesiones para producir tan solo la prueba de perito médico legista para establecer grado de incapacidad y lograr una base para negociar) y sólo un 22% se abrió a prueba.

El período que va de agosto de 2004 a julio de 2005, sobre 156 audiencias preliminares tomadas se obtuvieron estos guarismos: en un 25% de los casos se obtuvo una conciliación total, en un 32% de los casos se fijó una nueva audiencia para proseguir la conciliación, un 22% quedaron en proceso de acuerdo, suspendiendo actuaciones y se ordenó la apertura a prueba tan sólo en un 21% de los casos. Ello indicaría este promedio sobre cada 100 casos: 28,50% de conciliaciones totales, 21,50% de apertura a prueba por considerar agotada la conciliación y 50% de supuestos en que la negociación habrá de proseguir, sea fijando nueva audiencia o mediante la continuación de tratativas de negociación, con suspensión de términos procesales. En cualquiera de esos supuestos podría aumentar el número de acuerdos logrados.

En caso de ordenarse la apertura a prueba, se proveyó a su respecto en el curso de la audiencia. Durante el período que va de setiembre de 2004 a agosto de 2005, sobre 1016 medios de prueba solicitados en tan solo 47 expedientes se obtuvieron estos guarismos: se ordenó un 62% de las pruebas ofrecidas, habiendo las partes desistido luego de analizar su pertinencia en un 38% de los casos. Debe ponderarse que cada medio de prueba que se ordena implicará necesarias demoras derivadas de su producción debido a consultas en mesa de entrada, agregación de piezas a la causa, libramiento de cédulas u otras piezas, etc.

Con respecto al término para producir pruebas dispone el artículo 367 del CPN que es fijado por el juez y que no excede de 40 días. Es dable una propuesta diferente: fijar dicho término buscando el consenso con las partes. Quien esto escribe considera mejor que establecer un plazo de acuerdo al Código y que no será respetado en la práctica, establecer uno consensuadamente que habrá de ser rigurosamente respetado. Una vez fijado el plazo para producir la prueba en mi Juzgado se fija en el curso de la audiencia de prueba una audiencia, cuya fecha coincide con el vencimiento del plazo acordado, para verificar que esté toda la prueba cumplida. En la misma acta de la audiencia preliminar se deja constancia que el plazo surge del consenso y que las partes acuerdan que vencido el plazo sin que la misma se haya producido y sin mediar causa que lo justifique se cerrará el plazo de prueba y se pasarán los autos para sentencia. Para evaluar si hubo justa causa de demora en la producción de la prueba, es que se fija la audiencia de control y cierre de la actividad probatoria. Si existe una prueba pendiente y ello no obedece a la negligencia del oferente se acuerda un plazo adicional. En el curso de la audiencia preliminar se hace saber a los interesados que no necesitan acudir a la audiencia de control y cierre de la actividad probatoria si han agotado por el cumplimiento la prueba ofrecida.

Además de activar la producción de prueba pendiente cuando ello está justificado, se puede invitar a renunciar a la producción, tal como autoriza el artículo 363 del CPN.

De este modo puede concluirse que se trata de una audiencia de una utilidad inobjetable en donde la oralidad y la presencia del juez arrojan frutos claramente medibles.