

ANÁLISIS DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN UN MARCO GLOBAL.

Por *Juan Manuel Hitters*

Sumario: I) Introducción. II) Concepto. Diligencia preliminar, prueba anticipada, medidas preparatorias y medidas cautelares. III) Recaudos de admisibilidad de la prueba anticipada. IV) Legitimación. V) Oportunidad de planteamiento. VI) Clases de pruebas admitidas. VII) ¿En qué clases de procesos puede ser planteada? VIII) Competencia. Efectos de la incompetencia y el archivo de las actuaciones. IX) La defensa en juicio. X) Valor de la prueba y su apreciación. Prueba compuesta. Oportunidad para alegarla. XI) Caducidad. XII) Honorarios. Costas. XIII) Posibilidad de interrumpir la prescripción. XIV) Recursos. XV) Conclusiones. XVI) Bibliografía.

I.- Introducción. Nos proponemos efectuar un análisis de la **prueba anticipada** en un contexto general, intentando abarcar las posibles contingencias que puedan plantearse con la utilización de este instituto. También hemos considerado que su tratamiento no puede aislarse de la influencia que la figura posee en el proceso principal, al ser una herramienta facilitadora del acceso a la justicia y garantizadora del éxito de las demostraciones de los antecedentes factico-jurídicos de la demanda.

II.- Concepto. Diligencia preliminar, prueba anticipada, medidas preparatorias y medidas cautelares. El término *diligencia preliminar*, según el criterio seguido por el codificador, comprende a las ‘medidas preparatorias del juicio’ (art. 323 CPCCN) y a la ‘producción de pruebas anticipadas’ (art. 326 CPCCN). Ambas constituyen una especie dentro del género “diligencias preliminares”.

Para algunos,¹ no deberían estar legislados bajo el mismo título. Por ello se propone que la prueba anticipada constituya un subtítulo dentro del propio procedimiento probatorio,² criterio que compartimos.³

Sin embargo poseen ciertas características en común, a saber:

a) Ambos institutos pueden ser previos a la interposición demanda y no introducen la instancia principal.⁴ No constituyen una pre-demanda,⁵ pudiéndose calificar como un procedimiento y no un proceso.

b) Son accesorios, y la competencia se corresponde con la del órgano jurisdiccional que debe entender en el proceso principal.

c) No son taxativos.

d) De ellos no se obtiene una resolución judicial de una controversia.

e) Cualquiera de las partes tiene legitimación para incoarlos.

La prueba anticipada importa un adelantamiento *excepcional y preventivo* de las demostraciones, en una etapa que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción posterior.

En cambio, las *medidas preparatorias* son aquellas que tramitan (siempre) con anterioridad a un proceso, procurando a quien ha de ser parte en un juicio de conocimiento, coleccionar hechos o informaciones que no se pudieron obtener por otros medios,⁶ buscando la posibilidad de plantear la demanda con la certidumbre correspondiente.⁷

¹ **MORELLO – SOSA – BERIZONCE.** Códigos Procesales... Librería Editora Platense, T. IV-A (2º edición, año 1994), págs. 432/3; y **FALCON, Enrique.** Gráfica Procesal. Ed. Abeledo-Perrot. T. I, año 1982, pág. 39.

² Para **FENOCHIETTO-ARAZI**, la prueba anticipada no constituye una categoría jurídico-procesal con personalidad propia, y no comparten el encuadramiento efectuado por el legislador (Código Procesal... Ed. Astrea, Tomo 2 año 1983, pág. 154).

³ **HITTERS, Juan Manuel,** Las medidas preparatorias del proceso (Art. 323 CPCCN), publicado en la revista digital www.eldial.com (Suplemento de Derecho Procesal, artículo Nro. 38).

⁴ Consideramos que existe un cierto paralelo entre las diligencias preliminares *latu sensu* y la etapa sumarial de un proceso criminal, si se toma como punto de inicio del *juicio* a la demanda (en juicios civiles) y a la acusación fiscal (en los penales). Todo lo que ocurra con antelación a este hito procesal podría caer dentro de la naturaleza jurídica de procedimiento.

⁵ Pero como luego veremos logran el efecto interruptivo de la prescripción en el marco del art. 3986/7 CC.

⁶ **MORELLO – SOSA – BERIZONCE.** Códigos T. IV-A, pág. 432.

⁷ CNCiv, Sala F, sentencia del 28-10-71.

También se ha tratado de diferenciar a las pruebas anticipadas de las *medidas cautelares*. El punto neurálgico del antagonismo entre ambas figuras lo constituye el carácter provisional de estas últimas, mientras que aquéllas quedan incorporadas en forma permanente al proceso.⁸ También se ha dicho que las primeras tienden a allanar el camino hacia la demanda, y las medidas cautelares apuntan a la ejecución de sentencia.⁹

III.- Recaudos de admisibilidad de la prueba anticipada. A los efectos de resguardar las garantías de la contraparte, el legislador ha rodeado a esta diligencia de ciertos recaudos:¹⁰

a) Como se trata de un régimen es de excepción,¹¹ deberán existir motivos serios para su admisión, tales como la imposibilidad o dificultad para realizarla en el período pertinente,¹² o la posibilidad de su adulteración.¹³

La producción de pruebas no puede desvincularse de su adecuación a las circunstancias en que habría de desarrollarse el ulterior proceso.¹⁴ Nos referimos a la pertinencia y necesidad del medio probatorio requerido.

⁸ **ARAZI, Roland.** Derecho Procesal Civil y Comercial. Ed. Astrea, 2º edición, año 1995, pág. 561.

⁹ Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2º, fallo del 29-04-99 ('Machado c/ Bassi'). A nuestro criterio el sentido aquí otorgado a la prueba anticipada podría confundirse con las medidas preliminares.

¹⁰ Sin prejuicio de ello debemos advertir que resulta dificultoso efectuar demasiadas generalizaciones acerca de los presupuestos de admisibilidad de la prueba anticipada, ya que los mismos deben atender a cada circunstancia y medio de prueba peticionado. Ante la solicitud de producción de prueba anticipada, el juzgador debe examinar en cada ocasión la procedencia de la medida que se impetra según la naturaleza de la prueba que se intenta asegurar y los motivos que justifican la pretensión, admitiéndola sólo en caso de comprobar que la parte que la propone esté expuesta a perder dicha prueba. CFCA, Sala J, Capital Federal, 20-7-1995 ('Ulloa c/ Sejas').

¹¹ Es necesario que se justifique que ésta es la única manera en la que podrá probarse el hecho, y que si se dejara para más adelante ya no sería posible hacerlo o, por lo menos, que exista una grave presunción de que así habrá de ocurrir (Cám. Civ. y Com. 1ª, Neuquén, RSD 242-99, Interloc. del 27-05-99, 'Bosco c/ Adriana Lafon').

¹² En aquellos procesos en que están involucrados objetos que requieran reparaciones, cabe posibilitar el adelantamiento de los trabajos periciales tendientes a constatar los daños correspondientes, en orden a obviar el inevitable lapso que demanda la tramitación del proceso para que el propietario pueda disponer de las mismas (art. 326, inc. 2do. Cód. Proc.). Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1ª, Causa 910760, RSI-832-91, Interloc. del 26-12-1991 ('Fane SA c/ Rosario Refrescos SACIFI').

¹³ Para que proceda la petición anticipada de prueba documental en poder de la futura contraparte, el peticionario debe alegar y aportar elementos de juicio que autoricen a presumir la posibilidad de que se adulteren documentos. CFCA, Sala I, Capital Federal, 18-4-1996 ('Vicente Robles S.A. c/ Dirección Nac. de Vialidad').

¹⁴ CNCom, Sala E, 08-06-09, LL 1991-C 385

Es de destacar que aquí juega un rol preponderante la carga de la prueba,¹⁵ vista desde la actual tesitura de la *carga dinámica*, y el deber de colaboración de la contraparte. En esta línea de pensamiento, su producción estará en cabeza del sujeto procesal que se encuentre en mejores condiciones de probar.¹⁶ Por ende, y considerando esta nueva visión probatoria, el juez deberá balancear prudentemente la actividad de cada sujeto en la *litis*.

b) Se aplica el mismo régimen de producción que para las probanzas comunes (327 *in fine* del citado código), razón por la cual se acota el arbitrio del *iudex* en este ámbito.

c) El magistrado dispondrá de la prueba *in audita pars*, atendiendo tan solo a los fundamentos alegados (327 2º ap. CPCN), pero conforme al principio de bilateralidad o contradicción, generalmente se practica una posterior citación a la contraria, previo a su producción.

En supuestos de urgencia que impidan la citación, se deberá notificar al Defensor Oficial (de Ausentes)¹⁷.

IV.- Legitimación. Se encuentran legitimados para solicitarla tanto el actor que luego presentará su demanda (o ya lo ha hecho) y el accionado, que presume que va a participar en juicio en tal carácter (o junto con su contestación de demanda o posteriormente y previo a la apertura a prueba de la causa).

También se está legitimado para plantear medidas admitidas en el instituto *sub examine* el tercero, antes de la *litis contestatio*, en el momento del responde o previo a la apertura a prueba.¹⁸

V.- Oportunidad de planteamiento. La oportunidad para plantearlas puede ser en tres momentos diferentes:

¹⁵ **CAPPELLETTI – GARTH** (En su obra: El acceso a la justicia, publicado en 1983 por el Colegio de Abogados de La Plata), destacan que la situación económica de cada litigante constituye una gran ventaja en el marco del proceso, y ello se ve agravado aún más en los sistemas procesales dispositivos, en donde la carga de la prueba recae en cada parte en su propio interés. Por ello, se encontrará en mejor situación quien pueda soportar los gastos de producción de pruebas costosas y a quien no le afecte la demora judicial (ver pág. 30).

¹⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, allá por el año 1973, había dicho que la carga probatoria no atiende tanto al carácter de actor o de demandado, sino a la situación en que cada parte se coloca dentro del proceso, considerando la naturaleza de los hechos alegados (DJBA 102-133). En el ámbito nacional se ha dicho que el principio que emerge del art. 377 (375 CPCCBA), no implica una tajante demarcación en la distribución de la carga probatoria (Cnac. Esp. Civ. y Com., Sala II, 12-05-80).

¹⁷ Dependiendo de la organización del Ministerio Público de cada provincia.

¹⁸ Si lo solicita antes de la contestación de demanda deberá acreditar los extremos expuestos en el punto V-a.

a) Antes de trabada la litis. Existe la posibilidad de efectuarlo antes de presentar la demanda, o luego de dicho acto. En el primer caso, deberán acreditarse los recaudos máximos, exponiendo la particular situación, detallar lo mejor posible el objeto del futuro proceso y los hechos, identificar a las futuras partes que la integrarán¹⁹ y demostrar *prima facie* el *peligro en la demora*.²⁰ Planteada ya la acción, habrá que remitirse a ella en cuanto al objeto, partes y hechos.

b) Después de trabada la litis (art. 328 del código ritual).²¹ Se reconoce en el órgano jurisdiccional la potestad de practicar dichas medidas, con basamento en el art. 36 inc 2º (“facultades instructorias”), que le permiten al juzgador ordenar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad (llamadas tradicionalmente ‘diligencias para mejor proveer’), siempre respetando el principio de bilateralidad.

En este segundo supuesto, la doctrina pretoriana le ha prohibido a los jueces investigar hechos no alegados,²² o admitidos.²³

Pero aquí el *poder-deber* del pretor se relaciona, en puridad de verdad, no con una “medida para mejor proveer”, sino con la facultad instructoria de ordenar la producción de una prueba anticipada.

VI.- Clases de Pruebas Admitidas. Dentro del contexto de la prueba anticipada consideramos que existen tres posibilidades.²⁴

¹⁹ Repárese que luego de ser admitida la prueba, se deberá dar intervención a la/s contraparte/s.

²⁰ A pesar de no tener naturaleza de medida cautelar, éste sería un punto de conexión, y el *periculum* dependerá de cada medio de prueba.

²¹ El límite temporal para esta variante finaliza con la apertura a prueba (**MORELLO – SOSA – BERIZONCE**. Códigos... Op. cit, T. IV-A, pág. 471).

²² CNCom, Sala A, JA 1968-I-153.

²³ CNCom, Sala F, LL 1980-D-295.

²⁴ Para **FALCON**, cualquier prueba es posible con la limitación de la última parte del art. 326 (Op. cit., T. I, pág. 47).

a) La primera de ellas la constituye la prueba consagrada en el art. 326. De dicha norma extraemos cinco²⁵ medidas probatorias permitidas: 1) la testimonial,²⁶ siempre y cuando el deponente sea de muy avanzada edad,²⁷ esté gravemente enfermo,²⁸ o próximo a ausentarse del país²⁹ (inc. 1°); 2) la de reconocimiento (inc. 2° y 477),^{30 31} 3) la pericial (inc. 2°),³² 4) la informativa (inc. 3°), y por último, la de absolución de posiciones (*in fine*).³³

b) La segunda opción que hemos mencionado anteriormente corresponde a la prueba legislada dentro capítulo pertinente (excluyendo las ya nombradas en el art. 326).

c) La última de las posibilidades es la producción de prueba no legislada, con carácter de anticipada.³⁴ El art. 378 del CPCCN, autoriza expresamente a llevar a cabo las probanzas por

²⁵ Con la sanción de la ley 25.488 se incorporó otro medio de prueba anticipada en el CPCCN: la exhibición, resguardo o secuestro de documentos. De este modo, se permite al peticionante resguardar los documentos de una posible modificación o mutilación (**ARAZI – ROJAS**, CPCCN, Análisis exegético de la reforma. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe año 2002, pág. 91). Pero este medio se asemeja más a una medida cautelar o a una preliminar (art. 323 incs. 2 y 3, 325 y 329), que a una prueba propiamente dicha. Es de destacar que en materia contencioso-administrativa, previamente al pedido de secuestro se deberá haber superado la etapa del pedido de remisión del expediente administrativo con resultado negativo (CNac. Fed., Capital Federal, Sala 1°, fallo del 18-04-96, 'Vicente Robles SA'), salvo hechos notorios de probable destrucción de archivos, etc.

²⁶ Deberá tenerse en cuenta el máximo de testigos permitidos para cada tipo de proceso. Además no podrá preguntársele sobre los mismos hechos, si es que ese testigo declara nuevamente en el proceso (**FENOCHIETTO-ARAZI**. Código... Op. cit., T. 2, págs. 157/8).

²⁷ Situación que ha de estar referida a la ausencia o disminución de aptitudes, y no a la edad en particular (CNac. Civ., Sala B, fallo del 17-02-83, ver también en LL 1983-B, 481).

²⁸ Puede ser acreditado con un oficio una institución hospitalaria, sin violar el secreto profesional médico.

²⁹ Se puede demostrar con constancias de agencias de viajes, o por una declaración jurada extrajudicial de alguna persona efectuada ante Notario Público (ya que si es citado como testigo se perderá tiempo valioso).

³⁰ Esta clase de prueba ha sido admitida para supuestos como juicios por responsabilidad médica, en los cuales la historia clínica llevadas por la institución demandada constituyen prueba instrumental de importancia capital que bien puede alterarse o extraviarse una vez notificada la demanda. Por ello se permite el reconocimiento judicial en el domicilio de la demandada para hacer constar la existencia de la historia clínica correspondiente a la actora (de las que extraerán fotocopias que, y previa certificación, se agregarán a los actuados). Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1ª, Causa 56969, RSI-799-91, Interloc. 3-12-1991 ('Tedesco c/ Centro Médico Paraná').

³¹ El inventario a fines de dejar constancia del stock de mercaderías existentes en el negocio sobre el que se pretende haber participado, ha sido calificado como prueba de reconocimiento. También constituye una prueba imprescindible en orden a lograr determinar la composición del fondo de comercio correspondiente, siendo insusceptible de trabar el normal desenvolvimiento del negocio. Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1ª, Causa 910161, RSI-214-91, Interloc. del 25-4-1991 ('Torres c/ Solezzi').

³² Hay veces que las prueba de reconocimiento o pericial pueden ser alternativas, dependiendo de los conocimientos técnicos que se requieran en el caso. (Cámara del Trabajo y Minas, 4º Nominación, Santiago del Estero, causa Nro. 10908, fallo del 29-06-00, en autos 'Zurita c/ Guardería Nivel Inicial Shishilo'). La jurisprudencia ha establecido que si se imputa entre vecinos responsabilidad por el ingreso de humedad que derivaría de haberse calado el muro medianero, justifican el reconocimiento o dictamen previstos por el art. 326 con miras a constatar el estado del muro y de esa manera evitar la posible modificación de elementos de juicio durante el trámite de la causa a promoverse. Cám. Civ. y Com. 1ª, San Nicolás, Causa 910153, RSI-199-91, Interloc. del 23-4-1991 ('Guerrina s/ Prueba Anticipada').

³³ La razón de ser del momento en que debe pedirse este medio probatorio radica en que la contraparte no puede confesar antes de iniciado el "juicio" (en el sentido que antes le hemos dado). Los motivos que la autoricen deben ser similares al de la prueba anticipada testimonial.

³⁴ Nos atrevemos a incorporar dentro de esta categoría a las pruebas producidas fuera del proceso con carácter anticipado, por ejemplo un testimonio extrajudicial (en juicios no criminales). Será indispensable que existan

medios previstos o los que el juez disponga (de oficio o a pedido de parte). El límite se encuentra en la moral, la libertad de los litigantes, las buenas costumbres o prohibición legal. En cuanto al procedimiento para su concreción, se aplicarán analógicamente las reglas de medios semejantes o las que el juez disponga.

La primera acotación que debemos hacer al respecto, es que la enumeración que establece el código a continuación no es taxativa, sino meramente enunciativa (*numerus apertus*).

Resulta importante diferenciar el sistema de “pruebas legales” con el de “tarifa legal” para su apreciación.³⁵ El primero se refiere a la taxatividad de los medios probatorios, mientras que esta segunda figura le impone al juez la valoración con determinado mérito de convicción, justificado en pos de la seguridad jurídica.

El litigante solo podrá acudir a los medios no enumerados, cuando los legislados no fueran eficaces para acreditar cabalmente el *factum* materia de la litis, generando la convicción del juzgador acerca de su relevancia.

VII.- ¿En qué clases de procesos puede ser planteada? A pesar de la previsión legal acerca de los procesos en los que puede interponerse (de conocimiento, art. 326), no podría plantearse en un juicio sumarísimo en razón de su naturaleza abreviada.³⁶ Sin embargo, existen procesos de este tipo que dada su complejidad prácticamente se han “ordinarizado”, perdiendo así su esencia *monitoria*.

Tanto en el ámbito Federal³⁷ como en la Provincia de Buenos Aires,³⁸ también se admite la producción del instituto *su examine* en pleitos contenciosoadministrativos.

razones de urgencia para hacerlo, y además citar a la diligencia a la futura contraparte o de no ser así, declarar bajo juramento que se ignora su paradero (**DEVIS ECHANDÍA, Hernando**. Compendio de la prueba judicial. Ed. Rubinzal-Culzoni, T. II, pág. 89). En este sentido también destacamos que según el criterio de **GOZAINI**, esta clase de pruebas deben denominarse como *extraprocesales*, y constituye un mecanismo suasorio de las partes que debe ventilarse en una etapa anterior al proceso y en el marco de una negociación profesional (“La prueba extraprocesal”, publicada en LL 1995-C, pág. 1367). A nuestro criterio este sistema extrajudicial es de extrema utilidad para que las partes, luego de este trámite, consideren probados ciertos hechos, y evitar así diligenciamientos probatorios inútiles.

³⁵ **CLARIA OLMEDO** denomina al primero como “legalidad de la prueba”, y al último como “pruebas legales” (Derecho Procesal. Ed. Depalma, T. II año 1991, págs. 181 y 199).

³⁶ **FENOCHIETTO-ARAZI**. Código... Op. cit., T. 2, pág. 156.

³⁷ CFCA, Sala J, Capital Federal, 20-7-1995 (‘Ulloa, Guillermo A. c/ Sejas, Ernesto J.’).

³⁸ Con fundamento en los arts. 25 y 54 ley 2961 y ; 36 inc. 2, 326, 457 y ss. del CPCC. (SCBA, Causa B 55948, Interloc. del 27-6-1995, *in re*: ‘Videlpo S.C.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa’).

VIII.- Competencia. Efectos de la incompetencia y el archivo de las actuaciones. Si la demanda aún no ha sido planteada, la medida probatoria deberá practicarse ante el juez con competencia en el futuro expediente principal.

Tratándose en la especie de una pretensión en las que se permita el pacto de competencia, éste deviene inobjetable, sin perjuicio de la suerte que en definitiva pudiere corresponderle (arts. 6 inc. 4 del C PC).³⁹

Si existiere más de un juez ante los cuales pueda radicarse el juicio principal a promoverse con posterioridad, la producción anticipada de pruebas fijarán la competencia.⁴⁰ Alguna resolución judicial justificó este *fuero de atracción impropio*⁴¹ por razones de unidad intelectual, conexidad y economía procesal.⁴²

Pero ha de destacarse que, como las pruebas anticipadas no son introductorias de la instancia principal ni productoras de estado de litispendencia, no sanarán la incompetencia del *iudex* ante el cual luego se entable la acción, si esta correspondiere.⁴³ Siguiendo estas aguas, también se ha puesto de relieve con buen tino, que no registra fuente legal que la acción principal deba tramitar por ante el mismo judicante que interviene en los autos sobre medidas preliminares, toda vez que el artículo 6 inc. 4 del CPCC., prevé el supuesto inverso.⁴⁴

Cabe mencionar que la Justicia Federal es incompetente para entender en las diligencias preparatorias de prueba anticipada, si el futuro proceso debe tramitar ante los estrados de provincia.⁴⁵

Consideremos también que la consecuencia de una excepción de incompetencia federal (o local que declare competente a la Federal)⁴⁶ interpuesta con éxito, es (debería ser) precisamente el

³⁹ Fallo de la Cámara Civil y Comercial 2ª La Plata, Sala 1ª, Causa B 90256, RSI-286-98, Interloc. del 30-11-1998 ('Ortali s/ Diligencias Preliminares').

⁴⁰ Cámara Civil y Comercial 2ª La Plata, Sala 1ª, Causa 93506, RSI-60-00, Interloc. del 6-4-2000 ('Cordero c/ Desantis').

⁴¹ El término es nuestro.

⁴² CNCO, Sala A, Capital Federal, del 8-10-1997 ('Vega Lecich, Rodolfo A., succ. c/ Citibank S.A. y otro').

⁴³ Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala 1ª, Causa 1691, RSI-52-98, Interloc. del 16-4-1998 ('De Rosa c/ Barrios').

⁴⁴ Cámara Civil y Comercial Quilmes, Sala 1ª, Causa 3482, RSI-68-00, Interloc. del 11-4-2000 ('Ayala c/ V.N.P. Sanitarios S.C.A.').

⁴⁵ Cám Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala 2ª, Causa 38, RSI-37-00, Interloc. del 24-10-2000 ('Aguero c/ Telefónica de Argentina').

⁴⁶ Cám.Civ.y Com.1ª Mar del Plata, Sala 2ª, Causa 82164, RSI-969-91, Interloc. del 18-12-1991 ('Goette c/ Galucci').

archivo de las actuaciones, careciendo el sentenciante de facultades al respecto,⁴⁷ ya que es una cuestión de orden público. Ello acarrea asimismo, la pérdida de todo el material probatorio ya colectado. Bajo ningún concepto el legislador ha permitido el envío de expedientes de la jurisdicción local a la Federal, luego de decretada una excepción de competencia de esta índole.⁴⁸

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha delimitado el concepto de **‘sentencia definitiva’** a los fines del los Recursos extraordinario provinciales, estableciendo que el pronunciamiento de la Cámara que determina que debe entender la Justicia Federal y ordena el archivo de las actuaciones, se enmarca dentro de dicho concepto en los términos del art. 278 del código ritual local.⁴⁹

IX.- La defensa en juicio. El art. 327 del CPC, que regula el diligenciamiento de las medidas anticipatorias, no prevé una sustanciación previa, pues será el magistrado quien luego de oír las razones del peticionante, debe decidir sobre su procedencia. La notificación que prevé la misma norma es al solo efecto de que la contraria tenga conocimiento y pueda controlar el acto, a fin no transgredir el principio de bilateralidad.

Existen supuestos en que puede omitirse la citación a la contraparte,⁵⁰ si el anoticiamiento previo a ésta o a la destinataria de la medida, puede frustrar el éxito de la misma,⁵¹ o cuando existan razones de urgencia impostergable.⁵² De ser así, deberá darse intervención al Defensor Oficial, lo cual es suficiente para resguardar adecuadamente el principio de bilateralidad, ya referido.

La omisión de notificar a las futuras partes del proceso, acarrea la nulidad de las diligencias que se hayan practicado, pues la incorporación de las mismas puede ser definitiva e imposible de rever en el futuro.

⁴⁷ Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala 1ª, Causa 2092, RSI-64-99, Interloc. del 6-5-1999 (‘Zarate c/ Credito Automotor Argentino S.A.’). Cotejar con **DI IORIO, Alfredo**, Prueba anticipada, ver libro de ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná año 2003), T. I pág. 354.

⁴⁸ Cám. Civ. y Com. 2ª La Plata, Sala 1ª, Causa 94555, RSD-247-00, Sent. del 13-9-2000 (‘Albornoz de Petroff c/ Y.P.F. S.A.’).

⁴⁹ Acuerdo 51273, Interloc. del 25-8-1992 (‘Gomerías Rodar S.A. c/ Telefónica de Argentina S.A.’).

⁵⁰ Pueden darse hipótesis en que resulte conveniente realizar la diligencia sin su intervención (**ARAZI, Roland** Derecho Procesal... Op. cit., pág. 452).

⁵¹ Cámara del Trabajo y Minas, 4º Nominación, Santiago del Estero, causa Nro. 10908, fallo del 29-06-00, en autos ‘Zurita c/ Guardería Nivel Inicial Shishilo’.

⁵² Conforme lo sostuvo la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala 2ª, en la causa 173, RSI-117-1, Interloc. del 18-12-2001 (‘G. J. P. c/ V. N. M.’).

Cualquier desviación que impida la asistencia de la contraria ha de impugnarse a través del remedio de la nulidad, garantizando de este modo el derecho constitucional de defensa en juicio,⁵³ pero debe tenerse presente a la par, el principio de *trascendencia* (art. 172 CPC), que -como es sabido- significa que no hay nulidad por el mero interés de la ley y requiere que quien invoca el vicio formal, alegue y demuestre que tal defecto le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse con esa sanción procesal.⁵⁴

Tampoco cabe suspender el plazo concedido a uno de los codemandados para contestar la demanda hasta la producción de un medio de prueba anticipada. Ello no constituye circunstancia imprevisible o irresistible que impida la ejecución del acto procesal en cuestión o dificulte seriamente la actividad procesal impuesta (art. 157 CPC).

Las supuestas falencias que pudieron obstaculizar la bilateralización de la prueba anticipada no deben afectar la sustanciación del proceso principal, pues el trámite de tal prueba (art. 326 CPC) puede realizarse durante el curso del pleito, antes del período probatorio, pero sin que obste a la traba de la litis.⁵⁵

X.- Valor de la prueba y su apreciación. Prueba compuesta. Oportunidad para alegarla. El valor probatorio en el supuesto de prueba anticipada es pleno en el proceso principal, obviamente que sujeto a su influencia en relación a la acción que se deduce,⁵⁶ y a las reglas de la sana crítica en cuanto a su apreciación; es decir, que no son medidas provisionales, sino que cuando han sido llevadas a cabo se incorporan definitivamente al expediente.⁵⁷

⁵³ MORELLO – PASSI LANZA – SOSA – BERIZONCE. Códigos Procesales... 1ª edición, T. IV, pág. 208.

⁵⁴ CONDORELLI, Epifanio. Estudio de Nulidades Procesales (obra publicada por varios autores), Ed. Hammurabi, año 1980, pág. 99. Hay que considerar la clase de prueba que se vio privada de controlar la contraparte, habida cuenta que si se trata de un reconocimiento judicial, la intervención de las partes carece de mayor relevancia toda vez que aquélla consiste en una percepción sensorial realizada por el órgano jurisdiccional (Cám. Civ. y Com. 2ª, La Plata, Causa B 39.009, año 1975).

⁵⁵ Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1ª, Causa 970672, RSI-522-97, Interloc. del 21-10-1997, 'Zannato c/ Girotti S.A.'.

⁵⁶ Su efectiva "admisibilidad" queda postergada hasta el momento de la apertura a prueba de los autos principales, ya que es en ese momento en que se evalúa su pertinencia (arts. 360 inc. 3º y 364 CPCCN).

⁵⁷ Cám. Civ. y Com. 1ª La Plata, Sala 1ª, Causa 200516, RSI-472-92, Interloc. del 18-8-1992 ('Agronomía El Salado c/ Industrias Químicas').

No existe diferencia 'de valor' entre la prueba producida de manera anticipada y la despachada en la etapa normal. Además no debería reiterarse la misma medida en el proceso principal por la propia parte que la ha ofrecido, salvo que existan nuevas circunstancias que así lo justifiquen.⁵⁸

En este orden de ideas, se ha establecido que si la pericia mecánica practicada como anticipada establece un determinado costo total de reparación, y la segunda peritación -verificada por el mismo experto- determina un valor superior, incluso, al que merecen los índices inflacionarios, sin causa alguna que lo justifique, siendo en suma, ambos dictámenes exactamente iguales en tanto determinan los mismos daños, corresponde tomar en cuenta el valor estimado en el primer dictamen.⁵⁹

Queremos destacar también la importancia de las medidas anticipadas en los pleitos en los cuales se requiere prueba compuesta⁶⁰ como camino necesario para generar la convicción del juzgador.

Con los elementos colectados en la etapa anticipada (testimonial) más los que obran en la etapa probatoria común (pericial o informativa) se puede constituir una prueba compuesta.

En aquellos litigios en los que existe la oportunidad de alegar,⁶¹ también se hará mérito de las medidas desarrolladas anticipadamente en dicha oportunidad, sin importar que el incidente de prueba anticipada no sea agregado al principal. Bastará simplemente con requerir del Actuario que certifique la existencia de dichas probanzas para no tener inconvenientes, recordando que en esta etapa rige con toda plenitud la prohibición de apelar dispuesta por el art. 379. El mismo trámite deberá seguirse si se pretende utilizar el camino de la idoneidad de los testigos (art. 456) en un proceso ordinario.⁶²

⁵⁸ Se ha interpretado que existe la posibilidad de ampliarla o impugnarla en el juicio por la contraparte. Cám. Civ. y Com. 2º Nom., Santiago del Estero, causa 10514, fallo del 13-05-98 (autos: Faule c/ Belgrano Distribuciones SA'), criterio que ha de emplearse con carácter restrictivo.

⁵⁹ Cám. Civ. y Com. Trenque Lauquen, Causa 8559 RSD-16-46 S 10-9-1987 ('Nuñez c/ Gandini'). No compartimos la razón del empleo de la misma prueba (repetición) nuevamente en la etapa de juicio.

⁶⁰ Existe prueba compuesta cuando se configura un conjunto de medios que se apoyan unos con otros con sinergia en su sentido de convicción (arts. 384, 456, 474, CPCCBA). La jurisprudencia ha interpretado que la singularidad de la "prueba compuesta" en esta materia, veda al sentenciante fundar su sentencia con apoyo exclusivo en la prueba testimonial; exige que ésta prueba sea corroborada o integrada por evidencias de otro tipo (art. 679 inc. 1º del CPCCBA; 24 inc. "c" de la ley 14159). Cám. Civ. y Com. 1ª La Plata, Sala 3ª, Causa 212528, RSD-195-92, Sent. del 7-7-1992 ('Pistorio c/ Abranovick s/ Adquisición de dominio').

⁶¹ En juicios ordinarios, art. 480 del CPCCN.

⁶² Ya que se efectúa cuando los cuadernos de prueba aún no han sido agregados al expediente, y la certificación se practicará en estos.

XI.- Caducidad. La doctrina del foro es conteste en sostener que se ha excluido de la caducidad de instancia a la prueba anticipada,⁶³ pero lo que sí puede suceder a nuestro criterio es que se produzca la caducidad de un medio probatorio (conforme las reglas generales).

Al no poseer carácter de medidas precautorias, consideramos inaplicable la caducidad del art. 207, como la prevista en el art. 323 *in fine*, habida cuenta que se ha excluido expresamente.

XII.- Honorarios. Costas. La regulación de honorarios debe practicarse una vez que en el proceso al cual acceden esas demostraciones se determine, en primer lugar, quién se hará cargo de las costas de dichas actuaciones, y luego cuál es la base regulatoria;⁶⁴ ya que dichas actuaciones no tienen carácter autónomo o independiente respecto al proceso en el cual se hará valer.⁶⁵

En lo que concierne a la regulación de honorarios periciales, también corresponde que se practiquen al ser pronunciada la sentencia definitiva, pues solo en ese estadio es posible merituar la incidencia del dictamen técnico en la solución de los problemas planteados y apreciar el alcance económico de los intereses comprometidos en el pleito. Sin embargo, el tribunal puede llevar a cabo una regulación provisional, sujeta a una ulterior modificación al tiempo del fallo definitivo.⁶⁶ Si la parte que hubiese soportado los gastos de una pericia anticipada, luego es eximida del cargo de las costas del proceso, podrá reclamar dichas erogaciones al perdidoso.

XIII.- Posibilidad de interrumpir la prescripción. El artículo 3986 del Código Civil dispone con meridiana claridad que el curso de la prescripción se interrumpe con la interposición de la demanda, encontrando coto en el art. 3987 al establecer este que la dicha interrupción no se operará si existiera desistimiento o caducidad.

⁶³ Cám. Civ. y Com. 1ª, Mar del Plata, Sala 1ª, Causa 82737, RSI-5-92, Interloc. del 4-2-1992 (‘Melo c/ Nuñez’).

⁶⁴ Cám. Civ. y Com. 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, Causas 109976, RSI-546-99, Interloc. del 10-6-1999 (‘Patrino c/ Redaelli’), y 110103, RSI-1520-99, Interloc. del 23-12-1999 (‘Sanchez s/ Incidente de determinación’).

⁶⁵ En este sentido también se ha estalecido que las diligencias preliminares no constituyen una verdadera demanda y, por consiguiente, no puede hablarse de litigante “vencido” para imponerle costas, toda vez que esa cuestión debe quedar reservada para cuando se dicte sentencia en el futuro proceso. (Fallo de la Cámara Civil y Comercial 2ª La Plata, Sala 2ª, Causa B 74954, RSI-103-93, Interloc. del 11-3-1993, en autos: ‘Contin, s/ Medidas preliminares’).

⁶⁶ CFCC, Sala II, Capital Federal, 13-6-1996 (‘Cerno S.A. c/ Saponara, José y Hnos S.A.’).

Por su parte, la jurisprudencia ha enmarcado dentro del concepto de demanda también a las diligencias preliminares (entre las que se incluye la prueba anticipada), en tanto la actuación que ellas originan constituye un procedimiento que puede constituir principio de un proceso, por lo cual, cabe atribuir a tales medidas carácter interruptivo de la prescripción en los términos del art. 3986 del Código Civil.⁶⁷ Como ya hemos anticipado, si existe caducidad de instancia, tal efecto se desvanece.⁶⁸

Obviamente el carácter interruptivo opera toda vez que habrá que efectuar somero (aunque preciso) relato de los hechos, anticipando de esta manera el objeto de la demanda.

XIV.- Recursos. Dentro de las variantes de los remedios impugnativos, es de destacar que en principio solo la resolución que deniegue la diligencia será apelable (art. 327) y el recurso se concederá en relación (art. 246).

El problema se plantea si se decreta la caducidad de un medio probatorio. Imaginemos un ejemplo en el que un testigo no comparece a la primera audiencia fijada sin justificativo válido, circunstancia que le impedirá acudir a la supletoria, pudiendo así la contraparte solicitar la caducidad de la testimonial. Y teniendo en cuenta que en lo pertinente a la prueba se aplicará el sistema de inapelabilidad del art. 379 (queda a salvo en el código nacional, la revocatoria), a la parte perjudicada solo le restaría el replanteo de la prueba en la Alzada, lo que en principio tornaría inútil la razón de ser de este instituto habida cuenta del tiempo que transcurrirá *inter in*.

Por ello, consideramos que en esta hipótesis, el juez deberá admitir el recurso de apelación y concederlo con efecto inmediato (y suspensivo porque es la regla general, art. 243 CPC).

En la producción de prueba anticipada en procesos sumarios,⁶⁹ no resultan de aplicación los arts. 494 y 377 del ritual⁷⁰ en lo atinente a la irrecurribilidad de decisiones relativas a la producción, denegación y sustitución de pruebas en el proceso sumario, sino que es de estricta observancia el art.

⁶⁷ CNCO, Sala A, Capital Federal, del 18-9-1998 ('Sucesores de Vega Lecich, Rodolfo Alfredo c/ Citibank, S.A.').

⁶⁸ Así lo entendió la Cámara Nacional Civil, Sala A, Capital Federal, fallo del 15-2-1995 ('Berón, César Agustín c/ Hospital Militar Central'). Ver también su publicación en ED 164- 497.

⁶⁹ La ley 25.488, con vigencia desde el 22-05-02, ha borrado de un plumazo al proceso sumario del CPCCN, quedando solo en pie el ordinario, el sumarísimo y las acciones declarativas (véase **Fernando J. CESARI**, "Reforma al CPCCN", publicado en diario JA del 22-05-02, pág. 10), pero esta regla se aplica a las provincias que lo conservan.

⁷⁰ Del código bonaerense.

327 párrafo tercero del CPCC que autoriza la apelación de las resoluciones denegatorias de medidas preliminares.⁷¹ Este constituye una diferencia de trámite con la prueba común.

En cambio, la providencia que hace lugar a la producción de prueba anticipada deviene inapelable, por aplicación de lo dispuesto en el art. 327 tercer párrafo.⁷² Es importante también considerar que en la Provincia de Santa Fe, según lo entendió la Cámara Civil y Comercial de Rosario, la inapelabilidad en materia de prueba presupone que la reparación respectiva podrá obtenerse *a posteriori* mediante el tratamiento del recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia definitiva dictada con indebida marginación o admisión de probanzas.⁷³

El recurso de queja por apelación denegada es procedente para revocar la providencia denegatoria de medio de impugnación, y lo declare admisible,⁷⁴ y eventualmente, se dispondrá sustanciar la prueba ofrecida en la forma y efectos que corresponda

También es pertinente traer a colación que la resolución que desestima la acusación de negligencia, es inapelable (arts. 327, 3er. Párrafo; 377 y 494, 4to. párrafo, del C.P.C.C.B.A., aunque dicho cuerpo legal hable de *irrecorribilidad*).⁷⁵ Y si tal resolución es irrecurrible en lo principal que decide, también lo es en lo relacionado con la imposición de las costas, por tratarse de una cuestión accesoria que sigue la suerte de lo principal.⁷⁶ Pero en el caso en que lo principal sea apelable, también se correrá la misma suerte en materia de costas.

Solo podrán ser materia de Recurso Extraordinario ante la Suprema Corte bonaerense, las cuestiones sobre apreciación de la prueba, en caso de haberse estimado por el juez de manera

⁷¹ Cám. Civ. y Com., San Martín, Sala 2ª, Causa 42801, RSI-288-97, Interloc. del 20-11-1997 ('Jofman de Schimkiewicz c/ Jofman').

⁷² Nos referimos a los juicios sumarios (numeración del CPCCBA). Fallo de la Cám. Civ. y Com. Azul, Sala 1ª, Causa 42338, RSI-87-00, Interloc. del 13-4-2000 ('Transporte Atlántico del Sud SRL c/ AOMA Loma Negra CIASA').

⁷³ Sala II, fallo del 29-04-99 ('Machado c/ Bassi'). Ver también comentario a dicha sentencia en donde se destaca que la inadmisibilidad de la apelación encuentra su razón de ser en la naturaleza de probatoria (y no cautelar) de las pruebas anticipadas (**GARDELLA, Luis Luciano**. "Inadmisibilidad de la apelación en materia de prueba anticipada", publicado en LL Litoral-2000, pág. 20.

⁷⁴ CFCA, Sala I, Capital Federal, 7-3-1995 ('Aeronáutica S.A. c/ Fuerza Aérea -Comando de Regiones Aéreas').

⁷⁵ Cám. Civ. y Com., Trenque Lauquen, Causa 10584, RSD-115-21, Sent. del 17-9-1992 ('Beratz c/ Beratz').

⁷⁶ Cám. Civ. y Com. 2ª, La Plata, Sala 3ª, Causa B 71319, RSD-144-91, Sent. de 16-7-1991 ('Cepeda c/ Dapino').

groseramente contraria a lo que de ellas se infiere,⁷⁷ pero siempre vinculado al ataque de la sentencia de fondo y no a cuestiones de prueba en forma independiente.

XV.- Conclusiones. Hemos intentado llevar al cabo un análisis -muy somero- de la **prueba anticipada**, en un marco global. Ello significa que tratamos de abordar este huidizo tema, no solo describiendo la figura analizada en su aspecto que podríamos llamar **anatómico** (o estático), sino también desde la perspectiva **fisiológica** (o dinámica) teniendo en la mira poner el microscopio en los diversos ángulos que se observan en todo el *iter* de su desarrollo; esto es desde su ofrecimiento, pasando por su producción, valoración, hasta los efectos que produce en el pleito y en los recursos que contra ella se pueden interponer, todo sobre la base preceptiva del Código Procesal de la Nación, aunque con ciertas referencias a algunos ordenamientos provinciales.

Remarcamos aquí la imperiosa necesidad -válida para cualquier proceso de conocimiento- de permitir la producción de prueba -cuando corresponda- aún en las etapas previas al inicio de la acción, pero respetando siempre -aunque sea *a posteriori*- el postulado de la bilateralidad, cuyo sentido final es la justicia del caso en concreto.

Reiteramos que todas las medidas probatorias deben ejecutarse en tiempo idóneo, como los demás trámites que enmarcan el enjuiciamiento, pero en ciertas oportunidades, por las circunstancias que hemos descrito a lo largo de este trabajo, es necesario **anticiparlas**, es decir darles vida antes de que mueran, y evitar que por ende pierdan virtualidad para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

Las normas adjetivas tienen que disciplinar el trámite, pero son los jueces quienes deben valorarlas a cabalidad para que no originen efectos impropios, ahogando al derecho fondal que deben tutelar. En este orden de ideas si bien los magistrados judiciales tienen que manejarse con un criterio amplio, deben a la par evitar que los litigantes utilizando los carriles anticipadores preconstituyan probanzas para tener ventajas luego el litigio, por ejemplo postergando el control de la contraparte, o buscando que el accionado sin tener a la vista la demanda -y sin saber cuáles son los verdaderos

⁷⁷ **HITTERS, Juan Carlos.** Técnica de los recursos extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense, 2º edición año 2002, págs. 452/3.

puntos litigiosos- se defiende a ciegas y a tuestas, ignorando por dónde puede venir el ‘golpe’.

En suma, en los andariveles del proceso todos los actos tienen que llevarse a cabo en el momento pertinente, salvo -como estos casos- que por circunstancias excepcionales deben ‘anticiparse’; pero si ello acontece es menester rescatar por sobre todo la defensa en juicio, y la solución justa del pleito.

XVI.- Bibliografía. Ver notas al pie.