

Capítulo III

PRUEBA DE CONFESION

1. Ofrecimiento	95
2. Producción	97
2.1. Notificación al absolvente	98
2.2 Entrega del pliego y concurrencia del ponente	101
2.3. Fracaso de la audiencia y fijación de otra	103

Capítulo III

PRUEBA DE CONFESION

SUMARIO: 1. Ofrecimiento. 2. Producción. 2.1. Notificación al absolvente.
2.2. Entrega del pliego y concurrencia del ponente. 2.3. Fracaso de la
audiencia y fijación de otra.

1. Ofrecimiento. Se pierde el derecho a ofrecer la confesional:

a) Código de la Nación: en proceso ordinario y en primera instancia, si la parte no lo hace dentro de los primeros *diez* días del plazo de prueba (art. 361, 367 y 404), no correspondiendo su petición anticipada salvo que el proceso ya esté iniciado (art. 326, *in fine*). La ley 22.434 suprimió el tratamiento privilegiado que el régimen anterior confería a esta prueba, que ahora queda incluida en el régimen general. En segunda instancia, la pérdida se opera si el oferente deja vencer el término de *cinco* días de notificada la providencia de trámite. En el proceso sumario y en el sumarísimo, si no se ofrece con la demanda, la reconvencción y la contestación de ambas. En el juicio ejecutivo, no haciéndolo dentro de los *cinco* días de la intimación de pago (art. 542) y al contestar el traslado de las excepciones (art. 547).

b) Buenos Aires: no habiéndose modificado el sistema de la ley 17.454 al que se adscribió en su oportunidad, la prueba se pierde no ofreciéndola en el lapso que transcurre entre la contestación de la demanda y los *diez* días de haber quedado firme la providencia de apertura (art. 402).

c) Córdoba (art. 196), Corrientes (art. 134) y Santa Fe (art. 157): el plazo de ofrecimiento corre desde la contestación de la demanda hasta la citación para sentencia. Respecto del momento efectivo de la clausura del plazo, subsisten las discrepancias generadas por la exégesis del artículo 125 del entonces código de la Capital, fuente de las normas locales citadas.

La doctrina judicial cordobesa acoge el criterio amplio: "La expresión *hasta citación para sentencia* debe entenderse *hasta que esta providencia quede firme y consentida*"¹.

La tesis intermedia fue receptada por los tribunales santafesinos, en el sentido de que la confesión sólo podrá pedirse hasta el momento en que el interesado se *notifique* de la providencia de autos, sin necesidad de que ésta se halle firme².

El criterio estricto, al que adhiero, sostiene que el mero *dictado* de la providencia tiene efectos preclusivos sobre el ofrecimiento de la confesional. Me persuadieron, para aceptarlo, las razones esgrimidas por Natale primero, y Peyrano - Chiappini después, que sucintamente transcribo:

"...el artículo 157 que habla de que la confesión puede ser impetrada *hasta el llamamiento de autos*... denota la existencia de un término de lugar, acción, número o tiempo. Lo contrario, es decir que... debe leerse *consentido* el llamamiento de autos, a más de violar la letra... importa no sólo *confundir los efectos de una resolución judicial con el plazo para que quede firme*, sino también atribuir a la prueba confesional... una preminencia mayor aún de la que tiene con respecto a los demás medios probatorios... y sabido es que las excepciones deben interpretarse restrictivamente"²⁻¹.

"Nos inclinamos por la doctrina más restrictiva; es decir, la que permite el ofrecimiento de confesional mientras no se haya dictado el

¹ C3 CCC, en MARTINEZ CRESPO, *Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, p. 76.

² C.F.L.R.: La oportunidad para absolver posiciones caduca con la notificación del llamamiento de autos, sin requerirse el consentimiento del mismo (J., 14-259). CAR, sala 2a.: No procede la absolución de posiciones solicitada después de estar notificado el llamamiento de autos, aunque el mismo no se encuentre consentido (JTSF, 27-352); *Conf. ALSINA*: Es la buena doctrina, "no sólo porque eso es lo que dispone el artículo, sino porque esa providencia cierra toda discusión" (*ob. cit.*, III, p. 334).

²⁻¹ NATALE, Roberto Miguel, *La prueba confesional, el llamamiento de autos y la improcedencia de meritar aquella, dictado éste*; Revista de Estudios Procesales, N° 25, Rosario, septiembre de 1975.

llamamiento de autos para sentencia; por consiguiente, el mero dictado de dicha providencia (notificada o no), hace precluir a las partes el ofrecimiento en cuestión... Así, la disposición debe leerse 'Desde la contestación de la demanda hasta el (*dictado de*) el llamamiento de autos...' En primer lugar... no distinguir donde la ley no lo hace. Esta metodología derivada del racionalismo dogmático romanista, es de insoslayable aplicación en la teoría de la hermeneútica de las normas procesales; solamente podemos apartarnos de ella por una razón de orden sistemático, o bien por muy obvias razones teleológicas. Empero, cuando no concurren ninguna de estas dos motivaciones, y nos hallamos ante una disposición axiológicamente neutra, hemos de estar a la letra de la ley: hasta el llamamiento de autos para sentencia. Y ese llamamiento de autos para sentencia está en el proceso, claro, cuando es dictado. Y no cuando, como quien no quiere la cosa, pueda ocurrírsenos"²⁻².

2. Producción. Se tiene dicho que la negligencia consiste en la inactividad culpable y perjudicial hacia el proceso o hacia la otra parte, que demora injustificadamente la solución del caso. Pero a la desidia del oferente, muchas veces se opone la mala fe de su contraria, por lo que corresponde determinar cuándo la acusación de negligencia se orienta a la celeridad de los procedimientos, y cuándo lleva el simple propósito de hacer perder la prueba o de embrollar el pleito. El legislador nacional ha tratado de prevenir esta última anomalía, disponiendo en el artículo 385 que se desestimará sin sustanciación alguna el pedido de negligencia respecto de la prueba de posiciones, formulada antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia.

La solución no es tan traída de los cabellos como parece sonar: "Parecería superflua, pero no lo es" —dicen Ayarragaray y De Gregorio Lavie— "pues con el régimen anterior debía sustanciarse el inci-

²⁻² PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio, *Tácticas en el Proceso Civil*, t. II, p. 63 y sgtes.

dente, aunque fuere infundado, lo que implicaba la postergación de la audiencia y constituía una maniobra dilatoria amparada en una facultad legal”²⁻³. El aserto se puso a prueba en mayor número de oportunidades de lo que puede suponerse y, para colmo, con éxito: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala C, declaró que no actúa con la debida diligencia quien pretende diligenciar en el lapso de cinco días hábiles, la notificación de una audiencia señalada dos meses antes, pues es de prever que en ese reducido tiempo la posibilidad de lograr una notificación eficaz disminuye considerablemente³. A tenor de la cláusula que nos ocupa, el decisorio es correcto si se refiere a una negligencia acusada *después* de la fecha de la audiencia, siempre, claro está, que ella hubiere fracasado por falta de notificación oportuna. Recién entonces podrá evaluarse la inactividad en la notificación.

Esta es, justamente, la materia a abordarse en el próximo punto.

2.1. *Notificación al absolvente.* El artículo 409 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴, impone al oferente de la prueba confesional la carga de diligenciar la cédula con *tres* días, por lo menos, de anticipación a la fecha fijada para la absolución de posiciones. El plazo puede reducirse en caso de urgencia debidamente justificada, pero no será menor de *un* día.

Queda claro entonces que desde que la parte se notificó de la fecha de la audiencia, debe preocuparse en redactar la cédula y entregarla a secretaría con tiempo suficiente para que pueda notificarse antes

²⁻³ *Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación*, p. 435: el “régimen anterior” a que se refieren los autores, es el antiguo código de la Capital.

³ La Ley, 131-1103, N° 17.705.

⁴ Buenos Aires, 407: mantiene el texto adaptado a la ley nacional 17.454, que no fijaba plazo, limitándose a señalar que la citación del que deba declarar se hará “con la anticipación necesaria”; Córdoba, 200: “Por lo menos el día anterior al designado para la absolución de posiciones o en el mismo en caso de urgencia”; Corrientes, 136: “Con un día de intervalo, por lo menos”; Santa Fe, 162: “Con una anticipación no menor de tres días al del acto”; Tucumán, 329: “Con dos días por lo menos de anticipación”.

de vencidos los términos del artículo 409. El fracaso de la audiencia será imputable a la negligencia del ponente, tanto en el supuesto de total inactividad (sencillamente no redacta la cédula), como si esa actividad es errónea, por ejemplo, notificando al absolvente en el domicilio constituido y no en el real⁵, o si entrega la cédula en Secretaría con tal demora que no se logra diligenciarla en los plazos legales. Consecuentemente con tales hipótesis, se ha resuelto que la total inactividad de la parte actora en la producción de su prueba, sancionada con la negligencia, alcanza también a la confesional, cuya tramitación se encontraba obligado a urgir⁶, ya que a él incumbía realizar las diligencias necesarias para que la prueba se produjera en la audiencia designada a ese efecto⁷. En el mismo orden de ideas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala E, decidió que hay negligencia cuando una parte, pedida la designación de audiencia para la absolución de posiciones de la contraria, no la hace notificar ni solicita postergación por imposibilidad de concurrir y no dejó tampoco el pliego correspondiente⁸.

Sin embargo, la pérdida de la prueba deberá decretarse no sin antes examinar cuidadosamente la conducta del oferente y de la contraria, habida cuenta del carácter restrictivo con que se aplican las reglas sobre negligencia. Así, la cédula por la que se intimó al actor la denuncia de su domicilio real actual para notificarle la audiencia de posiciones, librada antes del acuse de negligencia, constituye una acti-

⁵ No obstante, la CNCiv., sala B, decidió que tornan improcedente la negligencia la concurrencia a la audiencia por parte del letrado apoderado de los absolventes —probando el conocimiento que tenía de la celebración del acto— y el pedido de nueva audiencia formulado antes de la acusación (La Ley, 134-1037, Nº 20.029). Cabe recordar que la notificación en el domicilio real corresponde en caso de que el litigante actúe mediante apoderado, pero no cuando éste omite la denuncia de dicho domicilio o la parte litiga por derecho propio.

⁶ CNCiv., sala B; La Ley, 128-987; Nº 16.113.

⁷ CNCiv., sala C; La Ley, 122-948; Nº 13.675.

⁸ La Ley, 117-834; Nº 11.588. *Conf.*: CNCiv., sala F: Hay negligencia cuando el litigante no efectuó al tiempo de la presentación del escrito de acuse, los trámites necesarios para que la audiencia de posiciones pudiera llevarse a cabo (La Ley, 114-833; Nº 10.013).

vación efectiva de los trámites tendientes a la producción de la prueba⁹. Tampoco es negligente el demandado, si la dilación en producir la prueba confesional obedece a la actitud del apoderado del actor, que en diversas oportunidades manifestó que su mandante se encontraba en el extranjero, poniendo de resalto una conducta reprochable en la gestión procesal, que de admitirse para fundar la negligencia de la contraria, legalizaría una falta de seriedad y lealtad hacia la justicia¹⁰.

Hasta aquí se han revisado hipótesis de absoluciones que se reciben ante el mismo juzgado de la causa. Si la prueba debiera producirse fuera del asiento del tribunal mediante oficio o exhorto, la parte interesada deberá gestionar el libramiento de los mismos, retirarlos para su diligenciamiento y hacer saber, cuando correspondiere, en qué juzgado y secretaría han quedado radicados (art. 383, CPN)¹¹. En el derogado régimen de la ley 17.454 se instituía la caducidad automática en el caso de que los oficios o exhortos no se presentaran a la firma dentro del quinto día de ordenado su libramiento, lo que debía hacerse constar en el expediente. El precepto, que sigue rigiendo en Buenos Aires (art. 381) es reprochado por Fassi como de redacción objetable¹², y su reforma en el orden nacional por la ley 22.434 mereció la aprobación de Palacio¹³.

Va de suyo que el incumplimiento de las cargas impuestas por los preceptos referenciados, conducen a la declaración de negligencia o de caducidad en su caso: pierde el derecho a producir la absolución de posiciones de su contraparte —dijo la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I— el litigante que después de seis

⁹ CNCom., sala C; La Ley, 127-774.

¹⁰ CFed. Resistencia; JA, 966-II, 281.

¹¹ Santa Fe (94): "Los exhortos u oficios... o se entregarán a la parte a cuya solicitud se hubieran librado dejándose recibo en el expediente. En este último caso se le fijará un término al que los retire para presentarlos al juzgado comisionado, bajo pena de caducidad por no hacerlo en el plazo fijado, si se tratare de diligencias de prueba".

¹² Ob. cit., II, 185.

¹³ *Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial*, p. 142.

meses de aceptada aquélla, ignora si el exhorto (para que la absolución se produjera en otra jurisdicción) se ha librado y ninguna gestión realizó durante ese tiempo para que la rogatoria se confeccionara y se despachara¹⁴. Asimismo, retirado el oficio o exhorto, el oferente está obligado a interesarse en que el tribunal comisionado practique la prueba con la celeridad necesaria, poniendo en conocimiento del juez de la causa cualquier inconveniente extraño a su actividad y urgiendo la reiteración de nuevas rogatorias. De cualquier manera, no basta con el mero urgimiento: el peticionante debe practicar actos concretos, redactando los oficios, presentándolos ante el juzgado para su firma, remitiéndolos para su diligenciamiento; y todo ello con una celeridad que ha de ser proporcional a la demora producida.

2.2. *Entrega del pliego y concurrencia del ponente.* Según lo dispone el artículo 410 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁵, el pliego de posiciones deberá ser entregado en secretaría media hora antes de la fijada para la audiencia, en sobre cerrado al que se le pondrá cargo; y si la parte que pidió las posiciones no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiese dejado pliego, y compareciese el citado, perderá el derecho de exigir las.

Tres son, por lo tanto, los requisitos que condicionan la caducidad de la prueba: a) Falta de entrega del pliego en tiempo oportuno; b) Incomparecencia injustificada del ponente; c) Comparecencia del absolvente.

Respecto del primero, corresponde aclarar que la media hora se computa en relación con la hora fijada para la audiencia y no con la hora en que efectivamente se llamó al acto¹⁶. Ahora bien: compareciendo el ponente y el absolvente, ése produce la caducidad si el

¹⁴ J., 28-215.

¹⁵ Buenos Aires, 408.

¹⁶ Conf.: CNCiv., sala F; ED, Rep. 13, p. 799, sum. 5.

pliego no se presenta con la antelación legal? Estimo que estando las partes presentes, no hay motivo de negligencia aun cuando el pliego se entregue al momento de iniciarse el acto¹⁷. Visto que la exigencia de la anticipación se funda en el propósito de evitar el doble pliego (uno para el caso de que el absolvente comparezca y otro más riguroso para el caso de que no lo hiciera), tal propósito queda cumplido simplemente no teniéndolo por fictamente confeso si el pliego se entregare con menos de media hora de anticipación.

El segundo requisito se halla conectado con el anterior, en el sentido de que el ponente cumple con sus deberes procesales haciendo citar debidamente al absolvente y acompañando con la antelación correspondiente el pliego de posiciones; pero su asistencia al acto no está impuesta por ningún texto legal¹⁸. O sea que la ley no tolera otras interpretaciones cuando exige que la parte que pidió las posiciones no comparezca sin justa causa y no se hubiere dejado el pliego, para decretar la pérdida de la prueba.

A fin de justificar la incomparecencia se han proporcionado las más variadas (y hasta insólitas) explicaciones, de las que he escogido a guisa de ejemplo, las siguientes: *otra audiencia a la misma hora, en diferente juzgado*; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala B, rechaza la excusa, sosteniendo que ha incurrido en negligencia quien trata de justificar su tardía concurrencia a la audiencia de posiciones —45 minutos—, alegando la existencia de otra en diferente juzgado, pues bien pudo justificar su inasistencia previamente o presentar oportunamente el pliego respectivo¹⁹. *Falta de notificación o notificación defectuosa del absolvente*; la misma cámara, sala A, tampoco acepta la excusa, diciendo que debe admitirse la negligencia en la prueba de confesión, si la ponente no compareció a la

¹⁷ Conf.: FASSI, *ob. cit.*, II, 258.

¹⁸ CNCiv., sala F; La Ley, 135-533. Conf.: CNCCom., sala C: La ley adjetiva no obliga al ponente a concurrir a la audiencia fijada para recibir la confesión de su contraria, siempre que haya habido oportuna agregación del pliego de posiciones (ED, 92-659).

¹⁹ CNCiv., sala B; La Ley, 127-1158; N° 15.841.

audiencia ni dejó el pliego de posiciones, no pudiendo excusarse sosteniendo que la absolvente estaba mal notificada, pues debió prever la posibilidad de su concurrencia advertida por su letrado, que también fue notificado del acto²⁰.

El tercer requisito —comparecencia del absolvente— se me ocurre insustancial y quizá su eliminación no conduzca a ninguna injusticia. No veo la razón por la cual, frente a la falta de pliego e inasistencia del ponente, el hecho de que el absolvente comparezca o no, pueda influir sobre la calificación que merezca la inactividad de la otra parte. La inasistencia del absolvente depara un riesgo específico: el de ser tenido por confeso en caso de que el ponente haya dejado el pliego. Es decir, se trata de cargas independientes, referidas a actividades propias de cada parte; la circunstancia de que el absolvente deje de concurrir a la audiencia, no libera al ponente de las consecuencias de su desidia. Por supuesto, la ley contradice expresamente estas reflexiones, y en trance de aplicarlas, deberá tenérselas como inexistentes, o a lo sumo, a como afirmaciones *de lege ferenda*.

2.3. *Fracaso de la audiencia y fijación de otra.* Para que el interesado en la producción de la confesional tenga el derecho a pedir nueva audiencia de posiciones una vez fracasada —sin culpa suya— la anterior, debe demostrar que subsiste su interés, mediante una actividad inequívoca. Por lo pronto la petición ha de ser inmediata: si deja transcurrir más de un mes sin hacerlo, incurre en negligencia²¹. En caso de que el ponente haya triunfado en un incidente de negligencia anterior, consentida la resolución por ambas partes, le incumbe la obligación de tomar las medidas necesarias para que la audiencia se realice²². La errónea fijación por el juzgado de la audiencia para absolver posiciones en un día inhábil sin que las partes se apercibieran de ello en su mo-

²⁰ CNCiv., sala A; La Ley, 116-776; N° 766.

²¹ CNCiv., sala C; La Ley, 122-949; N° 13.676.

²² CNCiv., sala E; La Ley, 129-990; N° 16.440.

mento, atento a la naturaleza del juicio —ejecutivo— y el error incurrido, hacen que no sea posible aceptar que la parte interesada en la producción de la prueba recién pida nueva audiencia a los siete días de la fecha en que ella debió realizarse, pues mayor debió ser la diligencia en reiterar la prueba²³.

Se dijo más arriba que el fracaso de la audiencia anterior no debe ser imputable al ponente, pues de lo contrario le estaría vedado solicitar nueva audiencia. Por lo tanto, es negligente el peticionante de la audiencia de posiciones que, conociendo con mucha antelación la fecha a celebrarse pide la suspensión de aquélla un día antes del fijado, en forma vaga, sin indicar debidamente las causas que fundan la solicitud. No obsta a tal conclusión el hecho de existir prueba pendiente, por cuanto la negligencia debe ser juzgada con referencia a cada actuación individualmente²⁴.

En algunos ordenamientos provinciales —como al principio del capítulo se dijo— la prueba de posiciones puede pedirse hasta el llamamiento de autos para sentencia. Ello hizo suponer a más de un litigante, de buena o de mala fe, que fracasada una audiencia podía seguir peticionando indefinidamente la fijación de otras hasta agotarse el término, por lo que una y otra vez los tribunales han respondido que si bien la prueba de posiciones puede pedirse hasta el llamamiento de autos para sentencia, una vez propuesta y señalada la audiencia, la inactividad injustificada del interesado en producirla, importa negligencia que hace perder el derecho a la misma²⁵.

²³ CNCCom., sala C; La Ley, 119-997; N° 12.422.

²⁴ CNCiv., sala B; La Ley, 129-990; N° 16.437.

²⁵ CNCiv., sala F; La Ley, 116-785; N° 10.845.