

**ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y TRIBUTARIO DE
MENDOZA –LEY 9001-**

I.- La oralidad como regla formal de actuación en la justicia.

Para evaluar en profundidad el mérito de la ley 9001 de la provincia de Mendoza, que pone en vigencia el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario (en adelante: "CPCCyTMza."), conviene tener presente el estado actual de los estudios en torno al llamado "principio" de oralidad y los límites dentro de los cuales se admite su proyección como una de las bases sobre la que se construye el sistema legislativo que rige el proceso civil; haremos una breve referencia a ello, a modo de introducción al análisis crítico del nuevo régimen procesal.

Se sostiene en la actualidad, que el procedimiento en materia no penal inexorablemente va camino a la oralidad¹; la ley mendocina transita, ciertamente, por ese camino.

Reconociendo ese mérito, incuestionable, del cuerpo legal objeto de nuestro estudio, resulta altamente conveniente, previo a analizar los aspectos esenciales de la oralidad consagrada por el nuevo ordenamiento procesal, llamar la atención acerca de la necesidad de producir una transformación de las estructuras judiciales y un cambio radical en las prácticas procesales, para transitar, sin sobresaltos ni retrocesos, ese camino, y garantizar el arribo a la meta propuesta; y si bien en el tema hay pocas cuestiones originales², no siempre se encuentran consideradas con el nivel de prioridad adecuado y en el momento oportuno.

La doctrina actual parece haber descartado, al menos en el ámbito del proceso civil, aquél enfoque ideológico de la oralidad, que lo caracterizaba como un *sistema* procesal, localizando

¹ En las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial de la Nación, CABA, 2017, Ed. SAJ –Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se pone énfasis en que se parte "de la premisa de que la oralidad...transforma un sistema lento e ineficiente en uno más ágil y sencillo" (pág. 1).

² Véase Roland ARAZI, para quien "Antes de proponer cualquier cambio a la legislación procesal, debe tenerse presente que es prioritario un cambio cultural de todos los operadores jurídicos: jueces, abogados y funcionarios judiciales" (*Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial*, en LA LEY, AÑO lxxX Nº 182; BUENOS AIRES, argentina - lunes 26 de septiembre de 2016; Cita on line: AR/DOC/2924/2016; Tomo La Ley 2016-E.); en el mismo sentido, Enrique M. FALCÓN, sostiene que "Por supuesto que a los cambios, necesarios, no puede llegarse de modo instantáneo ni tampoco por el solo hecho de dictar leyes. Tiene que haber una política de Estado destinada a establecer objetivos; para ello hay que evaluar los insumos que requiere la tarea, que son humanos, económicos, financieros, científicos y tecnológicos. A su vez el costo de estos insumos en una sociedad debe convalidarse desde dos ángulos. El primero es el de las proporciones económicas relativas que otorguemos a este logro, ubicándolo claramente en un tiempo que llevará el mismo; el segundo es que a la vez debe correlacionárselo con otros aspectos sociales que también requieren una atención primaria, como la educación, la salud y la seguridad. Y todos estos aspectos deben considerarse de manera conjunta, porque, por su estrecha relación de necesidad, requieren un balanceo permanente." (LA LEY - AÑO XXX Nº 157, Bs As, Argentina - lunes 22 DE agosto de 2016 - Cita on line: AR/DOC/2233/2016).

su alcance ora como “*principio procesal*” –directiva o pauta, general que informa toda la estructura procesal-, ora como simple “*regla formal*”, que rige el modo de expresión de los actos procesales para adquirir validez y eficacia.

Sin entrar en un debate -rico en su significación doctrinaria, aunque inútil para los propósitos de esta exposición-, nos limitamos a señalar que, aun considerando a la oralidad como una simple regla de actuación procesal, debe reconocerse la importancia superlativa que la misma adquiere en relación con su aptitud para potenciar la plena vigencia de ciertos principio procesales, como los de intermediación³, concentración, economía (en su aspecto jurídico procesal), buena fe procesal, etc., que, en un proceso gobernado por el modo escriturario de expresión, tienen escasa posibilidad de proyectar sus beneficios para la eficacia de la actividad que desarrollan los sujetos procesales.

Se cierne, sin embargo, un grave riesgo sobre aquellos sistemas que abrazan la oralidad sin “parar mientes” en las dificultades de implementación práctica que presentan las legislaciones informadas por aquél, particularmente, cuando se sancionan luego de un prolongado predominio de sistemas informados por la escritura. Este riesgo puede advertirse en numerosos casos que se han presentado en las legislaciones procesales penales y no penales.

Las citadas “Bases...” advierten, en una actitud de plausible prudencia, que “no existe ningún proceso de reforma a la justicia civil y comercial, que pueda obtener resultados razonables, sin cambios esenciales en materia de gestión y de organización”.

Para eludir ese riesgo es necesario no perder de vista los obstáculos con que se enfrenta la implementación de los procesos penetrados de la regla de la oralidad cuando sustituyen a otros regidos por la regla de la escritura.

El equilibrio entre las ventajas y riesgos, que plantea la adopción de la oralidad, se pretende lograr, en la legislación comparada, a través de un sistema procesal, plasmado ya en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁴, que combina la escritura –en soporte papel o digital, según el avance que se vaya logrando en cada país o circuito territorial-, impuesta para los actos constitutivos del proceso –demanda; contestación; excepciones

³ Tan estrecha es la relación entre el principio de intermediación y la regla de la oralidad, que el CPCCyTMza., cuando enuncia esta “regla general”, como una de las bases del sistema legal, lo hace describiendo un de las notas tipificantes de aquél principio –presencia física del juez en la audiencia-; dice así: “ORALIDAD: Deber de los juicios de encontrarse presente: Tanto las audiencias como las diligencias de prueba en las que así se indique, se realizarán ante el Juez o Tribunal, no pudiendo ser delegadas en otros funcionarios, bajo pena de nulidad, salvo cuando este Código excepcionalmente lo permita” (artículo 2-I, inciso e).

⁴ Su texto puede consultarse en la publicación realizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, editada por Editorial M.B.A, Montevideo, 1988.

previas-, y la oralidad, para los actos de recepción de la prueba y su valoración por las partes litigantes.

Este es el sistema adoptado por la ley 9001 y que analizaremos a continuación, en sus aspectos más esenciales, sin dejar de señalar, con la brevedad que nos impone el espacio con que contamos, aquellos puntos en donde la eficacia del sistema puede ponerse a prueba, ante la omisión de tomar los recaudos, que aconseja técnica procesal, para despejar los riesgos puestos de manifiesto precedentemente.

II.- La oralidad en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza.

Hemos dejado dicho que el antecedente más remoto del nuevo código debe buscarse en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; agregamos, que ese precedente, remoto, se completa con inmediato seguidor: el Código General del Proceso, de la República Oriental del Uruguay⁵.

Los antecedentes más próximos, se localizan en los recientes códigos provinciales⁶, que siguieron la tradición de aquél modelo, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española⁷.

El sistema del proceso por audiencias, con una etapa constitutiva integrada por los actos introductorios de la controversia, producidos por escrito –en soporte papel o electrónico-, y con dos audiencias orales –una, “inicial”, y otra, “final”-, donde, en la primera, se despejan las posibles deficiencias del procedimiento y se preparan los elementos con que será conocida y juzgada la contienda, y en la segunda, se introducen al proceso todos los elementos de prueba que pueden rendirse en forma oral, alegan las partes y el juez dicta sentencia. Esa es la estructura procesal básica para todos los procedimientos previstos en el código, con la sola excepción de los “procesos de estructura monitoria”, “de ejecución”⁸ y “atípicos”⁹.

Se prevé una sola estructura de conocimiento: –“Proceso de Conocimiento”, Libro Segundo, Título I-. Se han eliminado las estructuras “sumaria” y “sumarísima”, clásicas en las leyes procesales de la última mitad del Siglo XX, y adoptadas en el

⁵Se sancionó en el ley 15982, con vigencia a partir de noviembre de 1989.

⁶ Códigos de la provincia de San Juan, Tierra del Fuego y Río Negro, “entre otros”, según reza la Nota de Elevación con que el Poder Ejecutivo acompañó la remisión del proyecto a la Legislatura.

⁷ Ley 1/2001.

⁸Libro Tercero, integrado por dos Títulos: “Procesos de Estructura Monitoria y de Ejecución” y “Ejecución de Resoluciones Judiciales”.

⁹ Reunidos en el Libro Cuarto, que comprende los “Procesos especiales” –Título I: deslinde (Capítulo I) y “árbitros” (Capítulo II)- y “Procesos universales” (“Sucesorios” (Capítulo I) y “Concurso de persona humana que no realiza actividad económica organizada” (Capítulo II)-.

Código Procesal Civil de Mendoza, proyectado por José Ramiro Podetti, sancionado en 1953. Los "Procesos de conocimiento especiales"¹⁰ y los "en Instancia única ante la Suprema Corte de Justicia", tienen prevista una regulación especial, que se dibuja sobre la estructura básica del "proceso de conocimiento", a la que se adunan reglas particulares.

No creemos conveniente imprimir semejante amplitud a la regla de la oralidad, hasta comprender tipos de conflicto que demandan un procedimiento especial.

En lo que sigue nos ocuparemos solo de la estructura fundamental de conocimiento, analizándola en sus líneas más generales, según los límites impuestos a este trabajo. Abordaremos las dos etapas regidas por la oralidad: la audiencia inicial y la audiencia final.

III.- Audiencia inicial (arts. 172 y 173).

En esta primera etapa oral, luego de incorporadas las pretensiones de las partes y ofrecida toda la prueba, en actos procesales escritos, y planteadas, contestadas y sustanciadas, las excepciones de previo y especial pronunciamiento, bajo la misma forma escrita, se reúnen los sujetos esenciales del proceso –juez y partes- para entablar un diálogo, directo y personal, a través del que se intente una conciliación entre las partes y se deje delimitada la materia sobre la que recaerá la controversia e individualizados los instrumentos que deben reunirse para resolverla.

El CPCCyTMza. regula la "audiencia inicial" en sus artículos 172, relativo a su "preparación", y 173, reglamentario de su "contenido".

A continuación analizaremos las actividades que deben cumplirse, según las normas legales citadas, antes y durante dicha audiencia, no sin antes advertir, en palabras de doctrina especializada, que "La preparación adecuada de la audiencia preliminar, exige que el juez arbitre los mecanismos necesarios para lograr la incorporación temprana o anticipada de los documentos, expedientes judiciales o administrativos que, ofrecidos como prueba, no hubiesen sido acompañados con los escritos postulatorios, por no estar en poder de las partes. Ello, a fin de contar con la mayor cantidad de elementos posibles al momento de intentarse una conciliación o bien, a fin de poder efectuar un análisis completo de la

¹⁰ Título II, que comprende: "Procesos de consumo de mayor cuantía" (Capítulo I), "Prescripción adquisitiva" (Capítulo II), "Acciones posesorias y de tenencia" (Capítulo III), "Reposición de títulos" (Capítulo IV), "División de bienes comunes" (Capítulo V), "Rendición de cuentas" (Capítulo VI) y "Proceso de pequeñas causas" (Capítulo VII).

pertinencia y admisibilidad de las pruebas ofrecidas por los litigantes, en los términos del art. 364, CPCCN”¹¹

a) Objetivos generales¹²:-

- 1.** Intento de **conciliación**;
- 2.** Resolución de **excepciones previas** y dictado de **“medidas de saneamiento”** por el juez.
- 3.** **Fijación de los hechos** sobre los que versará la prueba;
- 4.** Pronunciamiento sobre la **admisión de la prueba** y las **medidas para su incorporación** al proceso. Ejercicio de las **potestades instructorias** del juez.
- 5.** Fijación del **plazo de prueba** para las que deban rendirse antes de la audiencia final;
- 6.** Fijación de **fecha** de la **audiencia final**.

b) Presupuestos:-

1. La realización de la audiencia inicial se condiciona, en primer lugar, a la verificación de un presupuesto de orden procedimental -agotamiento de las “etapas previas”- y a otro, que se vincula con la materia sobre la que se desenvuelve la actividad procesal -“hechos sobre los cuales no haya conformidad entre las partes”- ((artículo 172-I).

Las etapas previas, que deben hallarse cumplidas para posibilitar la realización de la audiencia inicial, son tres: una, necesaria, integrada por demanda y reconvención, con sus traslados (artículos 156, 160 y 162), y sus respectivas contestaciones (artículo 161); y dos, contingentes: diligencias preliminares y prueba anticipada (artículos 152, 153 y 154), y excepciones previas (artículos 168 y 170). En cuanto a esta última, solo su iniciación y sustanciación, se cumplen con anterioridad a la audiencia inicial; la

¹¹ PAULETTI, Ana Clara y RAMÍREZ AMABLE, María Valentina, *La prueba en el proceso por audiencias*, Cita: RC D 1033/2018.

¹² PAULETTI, Ana Clara y RAMÍREZ AMABLE, María Valentina, entienden que “fin primordial” de la audiencia preliminar radica en “intentar...la conciliación”, a lo que se adunan otros como el de “sanear la causa, fijar los hechos controvertidos, y en base a los mismos, planificar la audiencia de juicio” (*La prueba en el proceso por audiencias*, Cita: RC D 1033/2018). Agregan, más adelante, que “La conciliación judicial en sí misma, excede el alcance de este trabajo. No obstante, por tratarse de la solución más eficaz de poner fin a la disputa que además sirve al sistema para descomprimir la carga de asuntos que llegan al juicio propiamente dicho, no podemos dejar de resaltar la importancia de capacitar a los operadores en metodología para conciliar, incorporando destrezas y guías de buenas prácticas que logren fomentar la cultura del acuerdo y eleven el índice de soluciones autocompuestas”. En nuestro criterio, las autoras asignan excesiva importancia al intento conciliatorio.

resolución se difiere al desarrollo de ésta¹³. Todas se integran con actos procesales escritos sujetos a la observancia de plazos preclusivos (artículo 62).

El texto de la citada norma del artículo 172-I, se ajusta al del artículo 177-I del código derogado y al artículo 359 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –en adelante “CPCCN”–, en cuanto dispone que basta la falta de conformidad entre los litigantes, con relación a los hechos “conducentes” alegados en los escritos constitutivos del proceso, para que resulte necesaria la realización de la audiencia inicial; basta la ausencia de acuerdo entre las partes con relación a los hechos objeto de sus alegaciones para que se verifique el supuesto en que debe fijarse audiencia inicial.

Queda excluida la audiencia inicial, cuando las partes convergen en sus alegaciones fácticas y también cuando se “estimare” –debe entenderse: por el juez– que la prueba agregada con los escritos iniciales o bien, producida como anticipo de prueba, resulta “suficiente” para resolver el “litigio”¹⁴.

2. La audiencia se fija por resolución que no requiere petición de parte y tiene forma de providencia simple, en razón de tratarse de una resolución que provee al “desarrollo del proceso” (artículo 86-II), y su contenido se limita a señalar el día y hora para que tenga lugar la audiencia inicial (artículo 172-II), la que deberá realizarse “dentro de los veinte (20) días siguientes” a la fecha del decreto.

3. El segundo párrafo del citado artículo 172-II impone la notificación a los “litigantes” de la providencia referida por medio de TRES tipos de notificación:-

a) Cédula, soporte papel, al domicilio real: artículos 172-III; 21-I; 68 inc. 1, b; y 70-A.

b) Cédula electrónica a “la dirección electrónica de los litigantes”¹⁵: artículos 21-I; 50-B; 68, inc. 2, b; y 70-B.

¹³ La ley mendocina ha optado por una solución intermedia, entre aquellos sistemas que difieren a la “audiencia preliminar” el trámite íntegro de las excepciones previas, interpuestas en la demanda y su reconvencción (artículo 301, incisos 2º, 4º y 5º, Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica –en adelante “CPCMI”– y artículo 341, incisos 2, 4 y 5, Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay –en adelante “CGPU”–) y aquellos que se inclinan por ubicar todo el trámite de las excepciones previas en una etapa anterior a la “audiencia inicial” (artículos 308 a 316, Código Procesal Civil y Comercial de la San Juan –en adelante “CPCCSJ”– y artículos 360 a 368, Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de Mario E. Kaminker y colaboradores –en adelante “PCPCCN”–).

¹⁴ La resolución que dispone la prescindencia de la audiencia o la declaración de puro derecho, es apelable con efecto suspensivo (artículo 172-I, primer párrafo).

¹⁵ El nuevo código de Mendoza trae, como novedad, la imposición a las partes –“litigantes”– de denunciar una “dirección electrónica” (artículo 21-I), en donde se le deben notificar diversas resoluciones, entre las que interesa mencionar, ahora, “La citación a comparecer a la audiencia inicial y

c) Cédula electrónica al “domicilio procesal electrónico”: artículos 21-I; 68, inc. 3, a; y 70-B.

A las partes se les comunica la providencia por los tres medios de notificación y a sus representantes solo al domicilio procesal electrónico.

4. Los sujetos que integran los elementos personales de la audiencia y por tanto, deben encontrarse presente para que la audiencia pueda tener lugar son los siguientes:-

El juez: su ausencia impide la realización de la audiencia y la celebración de ésta sin su presencia provoca la “nulidad” de todo lo que se actuare (artículo 173).

Los litigantes: deben concurrir “en forma personal”; se entiende, sin perjuicio de que comparezcan junto a su apoderado y/o patrocinante.

Solo en dos casos se faculta al litigante a comparecer por medio de apoderado:-

- Cuando medie “previsión legal”, que impida “la presencia personal simultánea de ambos litigantes”¹⁶;
- Por “orden judicial” que, de oficio o a “petición de parte”, por “razones fundadas”, declare la inconveniencia de tal comparecencia simultánea de ambos litigantes.

Patrocinantes: nada dice el artículo analizado sobre este sujeto, sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33-I-II, que impone el “patrocinio letrado” para “litigantes y procuradores representantes” en “las audiencias inicial y final”, debe entenderse que su presencia condiciona, también, la validez de la audiencia, salvo el caso en que el abogado actúe en el doble carácter, de procurador y patrocinante (artículo 33-III).

El apartado II del citado artículo 33, dispone, para el caso de “presentaciones realizadas sin patrocinio”, un emplazamiento a “subsana la omisión” y ulterior “desglose y...devolución al presentante” del escrito respectivo”. Esa norma resulta, según nuestro criterio, inaplicable en los casos de audiencia

a la audiencia final” (artículo 68, inciso 2, literal b). Asimismo, se les impone a las partes la constitución de “domicilio electrónico” (artículo 21-I, cit.). Ambas imposiciones nos parecen inconvenientes: la primera, por razones prácticas que pueden obstaculizar seriamente el cumplimiento del deber impuesto –no todas las personas que litigan tienen acceso a un ordenador en el que puedan fijar un “domicilio electrónico”; la segunda, por la inutilidad, para quien litiga mediante representante –legal o voluntario- de la constitución de un “domicilio procesal electrónico”, y de la duplicidad de notificaciones electrónicas –al litigante y a su representante- a ese domicilio (artículo 68, inciso 3).

¹⁶ Por ejemplo, artículo 28, ley 26485.

inicial y final. El vacío debe llenarse con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 172-III, al que nos referiremos más adelante.

Incapaces (artículos 25, 26 y 32, último párrafo, CCyCN) y las personas jurídicas (artículo 158, CCyCN): comparecen por medio de sus representantes necesarios "o asesor letrado con instrucciones específicas sobre posible conciliación".

El precepto legal debe entenderse en el sentido de que, los primeros –incapaces- comparecen por medio de los representantes que les asigna la ley, mientras que los segundos, lo hacen a través de los representantes que han sido designados de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto social.

La referencia a "asesor letrado" solo puede tener sentido referida a la representación del Estado, ejercida por su servicio jurídico.

Personas con capacidad restringida (artículo 32, 1º, 2º y 3º, párrafos, CCyCN): comparecen "acompañadas por su apoyo".

Incomparecencia injustificada: se prevén DOS supuestos:-

De ambos litigantes ("partes"): se fija una nueva audiencia, por "única vez"; si en esta segunda audiencia persiste la contumacia, se ordena el "sobreseimiento de la causa" y el "archivo de las actuaciones" (artículo 172-IV, inc. e).

De uno de los litigantes: la audiencia no se suspende y se celebra con "la parte que concurra" (artículo 172-IV). Se faculta al Juez para tener al incompareciente por desistido de la prueba ofrecida, salvo aquella que "se encuentre agregada y la instrumental que se encuentre en poder de terceros" (artículo 172-IV, inc. b). Para este supuesto, las citadas "Bases...", prevén que "se tendrá por reconocidos los hechos alegados por el contrario" al incompareciente, con la salvedad de los que fueren "indisponibles" o "surgiere lo contrario en forma ostensible de la probeyaya aportada al proceso".

c) Contenido:-

El artículo 173 del nuevo código dispone que en esta audiencia preliminar se cumplirán las actividades siguientes:-

Conciliación: el juez debe promover la conciliación, en el momento inicial de la audiencia, a cuyo efecto se aplicará el artículo 83.

La norma hace referencia a otros "medios de solución de conflictos", sin precisar a cuál de ellos puede recurrirse en esta etapa; es obvio, sin embargo, que se está remitiendo a la mediación y al arbitraje, puesto que agrega que sobre ello deben acordar las partes "en la audiencia".

No dice la norma cuál será el modo de proceder en caso que las partes acuerden someter el litigio a alguno de estos medios de solución de conflictos, a diferencia de lo que ocurre con la audiencia final (artículo 201-II, inc. a). Debe interpretarse que, en caso de producirse ese acuerdo, el juez deberá suspender la audiencia y remitir la causa al cuerpo de mediadores, en el caso que el medio elegido sea la mediación, o al árbitro designado, en caso que hubiere recaído el acuerdo en este medio de resolución de contiendas.

Rectificación de errores materiales: si bien los actos constitutivos del proceso -demanda; contestación; reconvención; y su responde- no pueden, a esta altura del proceso, modificarse o ampliarse, la norma autoriza a rectificar los "errores materiales" en que pudiera haberse incurrido en tales actos. Debe cuidarse que los litigantes no se excedan, en el ejercicio de esta facultad, de los límites que el artículo 164 señala para proceder a la "modificación de la demanda y el responde".

Pronunciamiento sobre las excepciones previas: las excepciones de previo y especial pronunciamiento se sustancian, como dijimos, en incidente previo a la audiencia inicial, según la norma del artículo 170; el auto que resuelve estas excepciones, se dicta en la dicha audiencia. Teniendo en cuenta que el artículo 51 dispone que en el acta de la audiencia debe asentarse las "resoluciones tomadas en el acto por el Juez o Tribunal", es de prever que la resolución sobre excepciones previas será dictada con anterioridad a la audiencia y en ella se limitará a transcribir la decisión.

En realidad esta disposición no es conveniente, teniendo en cuenta que el procedimiento incidental que se abre con el planteo de esta especie de defensas procesales se sustancia íntegramente en forma previa a la audiencia, en la que el juez se limita a dar a conocer su decisión y asentarla en el acta.

El auto es "apelable con efecto suspensivo", según el último apartado del artículo 171. El recurso debe interponerse en la misma audiencia (artículo 133-II); aunque puede suscitarse en este punto algunas cuestiones, que deberán ser abordadas por la jurisprudencia; esto es así en razón de que, por un lado, el artículo 133-II dispone que la interposición del recurso en la misma audiencia se impone al "interesado" que "se encuentre

presente”, mientras que, por el otro, el artículo 172-IV, inc. d), estatuye que luego de la audiencia inicial “las partes no podrán...plantear cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la misma”. Por nuestra parte, nos inclinamos por el predominio de este último dispositivo, que contiene el precepto particular, que debe preferirse a la norma general; de cualquier manera, para evitar desagradables sorpresas, aconsejo interponer la apelación en la misma audiencia.

En caso de apelación del auto que resuelve las excepciones previas, será necesario, habida cuenta del efecto “suspensivo” del recurso, suspender la audiencia inicial hasta que la resolución respectiva quede firme.

Fijación de los hechos sobre los que recaerá la prueba: la norma hace referencia al “objeto del proceso”, recurriendo a una expresión con significado algo equívoco en la doctrina y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que ciertos sectores entienden que aquél radica en la “pretensión procesal” mientras que otros lo localizan en el “bien de la vida” sobre el cual gira el litigio; ello nos mueve a interpretar la expresión conforme el sentido integral del precepto legal, que mienta “los hechos...sobre los cuales versará la prueba”. Se le impone al juez oír “a las partes”, antes de proceder a la fijación “definitiva” de los hechos que serán objeto de prueba, lo que realizará mediante resolución fundada –“auto” (artículo 89)- que será transcripta íntegramente en el acta de la audiencia (artículos 88-I y 51-II).

Entendemos, a mayor abundamiento, que en esta oportunidad, pueden desplegarse las siguientes actividades, no explicitadas en la norma, pero que se desprenden de los fines que la misma persigue:-

a) Las **partes** pueden aclarar ciertos aspectos de sus escritos e incluso, acordar la admisión de ciertos hechos o la existencia de controversia respecto de otros.

b) El **juez** podrá requerir a las partes que precisen los hechos cuya “conducencia” no aparezca clara de los escritos constitutivos, a efectos de posibilitar un acertado juicio acerca de su aptitud para ser objeto de prueba.

En todo caso, corresponde al juez dictar resolución en la que quedarán fijados, “en forma definitiva”, los hechos sobre los que habrá de versar la prueba. Esta decisión puede asumir dos formas, según haya sido la actitud asumida por las partes:-

a) En caso de que las partes hayan individualizado, de común acuerdo con el juez, los hechos objeto de

prueba, la decisión que fija éstos asumirá la forma de **decreto** (artículo 86-II);

b) En caso de discrepancia entre las partes o de desestimación del peticiones formuladas por alguna de las partes con relación a determinados hechos, la resolución debe tener la forma de **"auto"** (artículo 86-III) debidamente fundado (artículo 89).

Aunque guarde silencio el artículo 173, inc. d), cabe interpretar que la resolución es recurrible por la vía de la reposición (artículo 131-I) y en su caso, de nulidad (artículo 94).

6.- Admisibilidad y recepción de la prueba:-

Admisibilidad: fijados los hechos y vinculados, en su caso, con los instrumentos de prueba propuestos por las partes, el juez estará en condiciones de juzgar la "pertinencia" y la relevancia o "necesidad" de la prueba, conforme lo prescribe el artículo 173, en su inciso e).

La *pertinencia* se vincula con la relación existente entre la prueba propuesta y el hecho que se quiere probar; su ausencia o deficiencia -"impertinencia"- debe resultar "notoria" para que justifique la inadmisión de la prueba; ello es así en razón de que esta cualidad de la prueba solo puede juzgarse en profundidad una vez receptada la prueba, cuando el juez pueda evaluar el dato o información que ella aporta al proceso.

La "*necesidad*" del elemento probatorio dice de su suficiencia para contribuir al conocimiento del hecho incierto, de modo que aquella que resulta sobreabundante deviene inadmisibile. También aquí el rechazo de la prueba se justifica solo si la deficiencia en la referida cualidad del elemento de prueba se muestra en forma "notoria".

La norma examinada declara apelable la resolución del juez que declara inadmisibile la prueba. El recurso debe interponerse en la misma audiencia (artículo 133-II, segundo párrafo) y se concederá con trámite abreviado (artículo 142) y sin efecto suspensivo (artículo 134-III).

Recepción: Con relación a la prueba admitida, el juez debe disponer las diligencias que resulten idóneas, según las prescripciones del propio código, para incorporar los instrumentos probatorios al proceso.

Previsión especial ha merecido la recepción de prueba *pericial*: el inciso contiene una norma referida, particularmente, a la recepción de la prueba pericial, que ordena proceder, en la misma audiencia, a la designación de perito. El

trámite se designación se encuentra previsto en el artículo 180-IV, que distingue los casos en que el perito sea uno, supuesto en que la designación se practica de común acuerdo entre las partes y en defecto de éste por sorteo de la lista a que se refiere el artículo 19-V, o que sean tres, hipótesis en que la designación se realiza por cada parte y el juez, a razón de uno por cada sujeto.

Plazo: por último, con relación a la prueba propuesta por las partes, el inciso g), dispone que el juez fijará un plazo dentro del cual deberá producirse toda la prueba "que no deba rendirse en la audiencia final", es decir, la documental, informativa, pericial, examen judicial, reproducciones y experiencias. El plazo es prorrogable a petición de parte y "por única vez", según el criterio "prudencial" del juez.

Con respecto a las **reproducciones**, es necesario destacar que el artículo 194 contiene una disposición algo confusa en orden al momento en que deben realizarse las diligencias para la incorporación de este instrumento de prueba; prescribe que tales medidas "se tomarán" en la audiencia inicial -de acuerdo con lo ordenado en el inciso e) del artículo 173- o "en la audiencia final". Esto último parece incompatible con lo previsto para la audiencia final por el artículo 200, al que nos referiremos más adelante, en cuanto exige que se encuentre rendida "toda la prueba que no pueda recibirse oralmente", entre la que se encuentra, evidentemente, las reproducciones. Esto es más evidente en cuanto la producción de este medio de prueba exige, como le prevé la misma norma del artículo 194, en su última parte, "la designación de perito o experto" al que se difiere la realización de la reproducción. Interpretamos, que, respondiendo a los principios de concentración y celeridad y lo previsto en el artículo 173, inciso e), citado, para la prueba pericial, este medio de prueba debe seguir la suerte del resto y ordenarse las modalidades de su recepción en la audiencia inicial.

Caducidad: conviene atender cuidadosamente a lo dispuesto en el artículo 175-III, que conmina con caducidad automática a la prueba no recibida dentro del plazo fijado por el juez en esta audiencia inicial. Han sido eliminados los emplazamientos que preveía el artículo 179 del código derogado, de modo que los profesionales deben obrar con la diligencia suficiente para tener incorporadas la pruebas ofrecidas dentro del plazo de producción de la prueba previsto en este artículo 173 o bien, si ello no fuere posible por causas ajenas a quien ofreció la prueba, solicitar la ampliación prudencial del plazo, que autoriza la última parte del inciso g) analizado.

7.- Disponer prueba de oficio:-

En esta oportunidad el juez puede hacer uso del poder instructorio que le confiere el inciso 5° del artículo 46, ordenando oficiosamente la incorporación de prueba no ofrecida por las partes.

Sabemos que alrededor de esta potestad judicial se ha desatado una fuerte polémica entre las visiones activistas y garantistas del juez, sosteniendo los que parten de esta última perspectiva que el ejercicio de aquella lesiona la condición de imparcialidad que debe mantener el juez con relación a los intereses y posiciones de las partes.

Sin entrar al fondo de esta interesantísima polémica –lo que nos insumiría un espacio del que no contamos–, nos limitamos a señalar aquí que el artículo 46, inc. 5°, junto con el poder de incorporar prueba de oficio, le impone al juez “mantener la igualdad de los litigantes” y “asegurar una solución justa”, lo cual muestra la intención legislativa de poner límites al ejercicio de esta potestad, los que han sido precisados por la doctrina y jurisprudencia, de donde se extrae que el juez no puede suplir la inactividad de las partes ni ordenar la incorporación de prueba cuya existencia no surja de las actuaciones.

8.- Fijación de la fecha para la audiencia

final:-

Por último, el juez fijará la fecha de la audiencia final; la norma del inciso h) exige que medie “acuerdo” entre el juez y las partes respecto de la fecha a fijar, el que deberá considerar “las características del caso”, es decir, el volumen y la intensidad de la actividad que se pueda prever será necesario emplear para la incorporación de la prueba que deba rendirse antes de la audiencia final. Esta norma debe interpretarse en relación a la que contiene el artículo 200, en su primer párrafo a lo que nos referiremos a continuación.

IV.- Audiencia final (artículos 200 y 201).

Recibida la prueba que no admite su incorporación oral o producida su caducidad, la ley impone una nueva reunión de los sujetos procesales, pero, esta vez, con los terceros que han sido designados para colaborar con los fines del proceso aportando datos fácticos, técnicos o científicos, que será utilizados para formar un juicio sobre los hechos controvertidos, posibilitando una decisión del litigio ajustada a la realidad en cuyo seno se originó y desarrolló el conflicto que debe resolverse.

Nos ocuparemos de la reglamentación a la que los artículos 200 y 201, CPCCyTMza., someten a esta etapa de proceso.

a)Objetivos:-

Un nuevo **intento de avenimiento** entre las partes

Recepción de la prueba que debe rendirse en forma oral

Recibir los **alegatos** de las partes

2.- Presupuestos:-

En forma análoga a lo que rige para la audiencia inicial, la realización de la audiencia final se encuentra condicionada a la concurrencia de ciertos actos procesales a los que se sujeta su apertura y celebración. A ellos nos referimos a continuación.

a) No debe haber *prueba pendiente de producción*, sea por encontrarse incorporada oportunamente o por haber caducado en el modo estipulado en el artículo 175-III.

b)Resolución judicial en la que se disponga *emplazar* a “las partes, testigos y peritos” a comparecer a la audiencia, “bajo *apercibimiento*” de, a los *testigos*, ser conducidos con la fuerza pública (artículo 187), a los *peritos*, de ser conducidos con la fuerza pública e imponerles una sanción de multa (183-V), y a las *partes*, de realizarse la audiencia con la que se encuentre presente” (artículo 200-I).

c)La misma resolución debe contener la *fijación* del día y hora de la *audiencia final* en caso de que no lo hubiere sido en oportunidad de la audiencia inicial (artículo 173 inc. h); la audiencia debe ser fijada “dentro de un plazo mínimo de diez (10) días y máximo de veinte (20)” (artículo 200-I, segundo párrafo).

b) Comunicación:-

La audiencia debe ser notificada a todas las personas que deben concurrir para que tomen conocimiento del acto y queden obligadas a comparecer, a fin de que la actividad a cumplir en la misma resulte completa y conclusiva del debate, según lo previsto en el artículo 201.

Las personas que deben ser notificadas, por los medios que se indican en cada caso, son las siguientes:-

Los *litigantes, sus representante y patrocinante*, (artículo 201-II, inc. b -exige que los litigantes comparezcan en forma "personal"-), que serán notificados por cedula en el domicilio real (artículo 68, inc. 1, literal b) y por medio electrónico, en el domicilio electrónico denunciado, *los primeros* (artículos 21-I y 68 inc. 2, literal b, citados), y en el domicilio procesal electrónico constituido, todos ellos (artículo 68, inc. 3, literal a).

Testigos y peritos (artículo 200-II). Los primeros en su domicilio real (artículos 187 y 68 inc. 1 literal b) y los segundos, en el domicilio procesal electrónico constituido (artículo 19-III), por medio de cédula y notificación electrónica (artículo 68 inc. 3, literales a y g), respectivamente.

Estatuye la norma analizada que estas notificaciones constituyen una "carga" para las partes (artículo 200-II). En particular, se carga al litigante que ofreció la prueba a recibirse en la audiencia final, con la responsabilidad de cuidar que "no fracasen" las notificaciones "por cambio de domicilio", imponiéndole el peso de, en tal caso, denunciar el nuevo domicilio "hasta cinco días antes de la audiencia", bajo apercibimiento de tenerlo "por desistido de la prueba".

Amigo del tribunal, Ministerio Público, Fiscal o Pupilar. Estas notificaciones se ponen "a cargo del Tribunal". El primero será notificado por cedula (artículo 68 inc. 3, literal g), en el domicilio constituido dentro de la "jurisdicción del Tribunal" (artículo 46-II, inciso 8); los restantes "por vía de comunicación interna" (artículo 17-IV).

c) Continuidad de la audiencia final:-

El artículo 201-I, dispone que la audiencia final tendrá carácter de *continua*, con lo cual se indica que no podrá sufrir interrupciones ni suspensiones, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley. Se intenta garantizar por este medio la plena eficacia de los principios de concentración, inmediación y celeridad; la discontinuidad de la audiencia final provocaría, en efecto, la dispersión de la actividad que debe cumplirse en ella, el distanciamiento del juez con los actos cumplidos en la primera parte y la demora de la sentencia final.

Es el apartado VI del artículo citado, el que contiene las previsiones adecuadas para asegurar la continuidad de la

audiencia final, prohibiendo sus suspensión por un lapso mayor a los quince (15) días y estableciendo, taxativamente, las causales en las que puede adoptarse esa medida. Tales casos son los siguientes:-

- Necesidad de resolver un incidente que “por su naturaleza” no admita su resolución en la audiencia. Un ejemplo de este supuesto puede ser la impugnación de un informe pericial, con pedido de remoción del perito (artículo 183).

- Desintegración del Tribunal “por razones justificadas”. Mientras se mantengan los juzgados unipersonales este es un supuesto que se limita a los casos de acefalía o licencia del titular del órgano judicial interviniente.

- Incomparecencia de testigos y peritos “debidamente notificados” o necesidad de agregación de una prueba que el Tribunal “considere indispensable”. En este caso se fijará una nueva fecha de audiencia, quedando notificados, los que hubieren comparecido a la audiencia, en el mismo acto, y los que no hubieren comparecido quedarán notificados fictamente; esta previsión se entiende referida a los litigantes y sus representantes y asistente, puesto que los terceros, peritos y testigos, no pueden ser notificados en forma ficta.

d) Contenido de la audiencia final:-

Nuevo intento de avenimiento (artículo 201-II inciso a). Inmediatamente de abierto el acto, el juez debe intentar el acuerdo entre las partes sobre el fondo del litigio.

En esta oportunidad, se hace referencia expresa a la mediación, prescribiendo que, en caso de que las partes aceptaran someterse a ese medio de solución del conflicto, se hará “intervenir un mediador”, el que solo podrá actuar por un lapso no superior a los “treinta (30) minutos”. Esta previsión, si bien tiene la intención de no prolongar en demasía la audiencia, parece algo arbitraria, debiéndose, a nuestro criterio, haber diferido la duración de la mediación a la discrecionalidad judicial.

Lectura de prueba a recibirse y de los acuerdos alcanzados por las partes. Fracasado el intento de avenimiento, el inciso c) de la norma examinada exige que se dé lectura a “la prueba a recibirse en la causa”, informándose, además, de los acuerdos logrados por las partes en relación con los hechos

objeto de prueba y respecto del desistimiento o renuncia que hubieren efectuado de ciertos medios de prueba.

e) Poderes del juez:-

Recepción de la prueba: se autoriza el libre interrogatorio de testigos y perito por parte de los litigantes y del propio juez.

f) Alegatos:-

Una vez recibida la totalidad de la prueba, dispone la ley, que "las partes se expedirán sobre el mérito total de la causa" (artículo 201-II, inciso f), con lo que se ha querido significar que los alegatos no se restringen al mérito de la prueba sino a todos los puntos controvertidos, tanto los que se vinculan con los hechos como con el derecho.

La norma analizada no especifica el orden en que deben alegar las partes, sin embargo, debe entenderse que corresponde seguir el que surge de toda la sistemática de la ley procesal, según la cual se expide primero quien formula una pretensión, sea principal (demanda) o accesoria (incidente o recurso), y luego, quien puede resistir esa pretensión. Esa lógica indica que debe alegar primero el actor y luego el demandado.

Agrega el precepto que la "contraria" puede petitionar que se le otorguen cinco (5) minutos "a cada parte para ejercer el derecho de réplica y súplica –sic-", a lo que el juez "podrá" acceder solo "por una sola vez". La referencia a la "contraria" obedece a la mentada omisión de establecer un orden en el que las partes deben ejercer su derecho de alegar, sugiriendo que el legislador ha omitido la referencia al orden de los alegatos en razón de que ha dejado ese aspecto a criterio del órgano judicial; en ese orden de ideas, cabe entender que la petición debe formularla la parte "contraria" a la que alega por última vez. Si se siguiera en criterio propiciado en el párrafo anterior, la petición corresponderá, siempre, al demandado.

Se limita el tiempo a veinte (20) minutos, con posibilidad que el juez autorice, discrecionalmente, su ampliación cuando se tratare de casos complejos; debe entenderse, aunque el dispositivo legal no lo diga, que la ampliación debe petitionarse por alguna de las partes.

Se permite, la alegación por escrito, en caso que las partes lo pidan; en tal supuesto, el alegato deberá presentarse en un plazo "común" de cinco (5) días.

En los casos en que se haya autorizado la intervención del "Amigo del Tribunal" (artículo 46-II), éste tendrá derecho a alegar (artículo 201, inciso g), en las mismas condiciones que las partes, aunque esto último no se dice expresamente.

g) Sentencia:-

Cerrado el debate por el juez, éste debe dictar un decreto llamando los autos para sentencia, la que se dictará en el plazo de treinta (30) días, "a contar desde la ejecutoria del llamamiento" (artículo 201, inciso h).

El llamamiento de autos para sentencia se deberá dictar en la misma audiencia, aunque él no marca el cierre de ésta, puesto que, el inciso i) de la norma examinada, dispone que "La audiencia no terminará hasta que no -sic- sean ventiladas todas las cuestiones y dictado el fallo".

El plazo para dictar la sentencia comienza a correr, de acuerdo a lo expuesto, al día siguiente hábil después del cierre de la discusión, puesto que el recurso de reposición que las partes pueden interponer contra el decreto de llamamiento de autos, debe presentarse en la misma audiencia y resolverse en ella.

h) Documentación:-

La audiencia queda documentada en un doble juego de instrumentos:-

Acta: que debe contener "lo sustancial de la audiencia" y el "nombre de los comparecientes" (artículo 202). Por "sustancial de la audiencia" debe entenderse la sola mención de los actos que se cumplan durante su desarrollo, sin detallar el contenido de los mismos y sin perjuicio de la observancia de los requisitos generales que impone en artículo 51.

Medios técnicos: "aptos para contener los datos" (artículo 203). Se mencionan la "grabación", el "video" y "cualquier otro mecanismo", que tenga la capacidad de captar, almacenar y reproducir, las imágenes, sus movimientos y el sonido; la amplitud con que ha sido concebido el precepto legal permite que

sea el tribunal de superintendencia –Suprema Corte- el que, de acuerdo con el avance tecnológico, determine el mecanismo más idóneo para documentar las audiencias. El documento debe admitir la extracción de “copia, para el caso que las partes lo requiere”, en cuyo caso, aquellas deberán soportar el costo de la extracción.