

2ª EDICIÓN

EDUARDO A. DÍAZ

Actividad del abogado en torno a la prueba en el proceso civil

El ABC de la tarea probatoria

ANÁLISIS BAJO EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

PREPARACIÓN DE LA PRUEBA. OFRECIMIENTO. PRODUCCIÓN. CONTROL.
IMPUGNACIONES. AUDIENCIAS

MODELOS DE ESCRITOS

**ACTUACIÓN
PROFESIONAL**

6

EDUARDO A. DÍAZ
DIRECCIÓN

h

hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PREVIAS A LA SEGUNDA EDICIÓN	9
PALABRAS PREVIAS A LA PRIMERA EDICIÓN	11

CAPÍTULO I

«QUID» DEL TRABAJO CON LA PRUEBA

§ 1. Importancia del tema	27
§ 2. El abogado debe conjeturar lo que el juez hará	29
§ 3. La tarea probatoria se inserta en la de «resolver un caso»	30
a) El caso y su resolución	31
b) Especies de casos	32
c) Los hechos y su prueba	33
d) Teoría del caso	34
§ 4. Cuatro preguntas para guiarse en la tarea	34
a) «Qué» hay que probar	36
1. Hechos	36
I. Conducentes	37
II. Alegados	40
III. Controvertidos	41
IV. No exentos de ser probados	44
2. Derecho	45
b) «Quién» tiene que probar	48
1. Carga de las partes	48
2. Prever cuál regla de distribución de la carga aplicará el juez	50
I. Reglas usuales para determinar sobre quién recae la carga de la prueba	51
I.1. Sobre la actora	51
I.2. Sobre quien afirma los hechos, no sobre quien los niega	51
a. Negación de los hechos expuestos por la contraria	51
b. Invocación de un hecho negativo	52

1.3. Sobre el innovador de la situación jurídica (hechos constitutivos, extintivos, modificativos, impeditivos)	53
1.4. Sobre quien alega el hecho anormal, lo normal se presume	54
1.5. Sobre quien niega la existencia del hecho constitutivo de una presunción legal «iuris tantum» (inversión de la carga de la prueba) ...	55
1.6. Sobre quien se encuentra en mejores condiciones de probar (cargas probatorias dinámicas, o teoría de la facilidad o disposición probatoria)	57
1.7. Doctrina «res ipsa loquitur»	63
1.8. Sobre quien afirma el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o defensa (art. 377, CPCCN) ...	65
1.9. Disposiciones particulares del Código Civil y Comercial	66
II. Incertidumbre peligrosa. Propuesta de solución	66
III. Cómo manejarse	71
3. Injerencia judicial	73
I. El juez puede ordenar prueba de oficio	73
II. Límites a la actividad judicial	77
III. Características de las medidas dispuestas oficiosamente	80
IV. No esperar actividad probatoria «de oficio»	81
c) «Cómo» se prueba	82
1. Elementos de prueba: fuentes y medios	83
2. Procedimiento probatorio	85
d) Cuál es el «valor» o fuerza de la prueba	86
1. Criterios a utilizar	86
I. Sana crítica	87
II. Prueba legal o tasada	88
III. Un ejemplo	89
IV. Presunciones judiciales y «doctrina de las pruebas leviores»	90
V. Para el alegato: la conducta de las partes durante el proceso	90
2. Apreciación individual y conjunta de los medios	91
■ <i>Jurisprudencia</i>	
- Documental	92
- Informativa	94
- Confesional	96
- Testimonial	100
- Pericial	104

CAPÍTULO II

QUÉ HACER ANTES DE INTERPONER LA DEMANDA O DE CONTESTARLA

§ 5. Actuación respecto de los hechos conducentes	109
a) Seleccionar los hechos. Importancia de la entrevista profesional	109
b) Verificar los hechos	111
c) Atender los hechos «especiales». Necesidad de interconsulta	112

d) Alegar los hechos en las que serán las piezas constitutivas de la litis	113
e) Partir de la premisa «la contraparte no reconocerá los hechos que aleguemos»	114
§ 6. Actuación respecto de los elementos de prueba	115
a) Hallar y/o preconstituir fuentes de prueba	116
1. Indagar su existencia	116
2. Tomar contacto directo	116
3. Preconstituirlas	117
b) Elegir el medio para incorporar la fuente	119
c) Analizar la viabilidad de los elementos hallados y elegidos	120
1. Licitud	120
2. Idoneidad	123
3. Valor probatorio. Remisión	125
d) Alternativas para el caso de ausencia de prueba directa y/o contundente	126
1. Prueba de presunciones o indiciaria	126
2. Pruebas «leviores»	128
3. Cargas probatorias dinámicas	129
4. Prueba confesional	129
e) El resultado de la tarea determinará los pasos a seguir	130
§ 7. Preparar el ofrecimiento de medios de prueba	130
a) Tiempo	131
b) Forma y contenido	131
1. Documental	133
I. Se ofrecen documentos, no sólo instrumentos	133
II. Documentos en poder de la parte oferente	135
III. Documentos en poder de terceros	135
IV. Instrumento público	136
V. Documento privado. Prueba subsidiaria para su adveración	137
VI. Fotocopias	138
VII. Documentos en idioma extranjero	138
VIII. Modelo de escrito ofreciendo prueba documental	139
IX. Documento electrónico. Remisión	140
2. De informes	140
I. «Qué» y a «quién» se pide	140
II. No puede sustituir a otro medio de prueba	141
III. Modelo de escrito ofreciendo prueba informativa	142
3. De confesión	143
I. No hay que formular las posiciones	143
II. Quiénes pueden ser citados a confesar	143
4. De testigos	145
I. Quiénes pueden ser ofrecidos	145
II. Requisitos	147
II.1. Indicar los extremos que quieren probarse	148
II.2. Datos que identifiquen al testigo	149
II.3. Número de testigos	150
II.4. Testigos que declararán fuera del lugar del juicio	151
II.5. Declaración de funcionarios	152
III. Modelo de escrito ofreciendo prueba testimonial	152

5. De peritos	152
I. Indicar la especialización del perito. Listas de peritos en los distintos fueros. Idóneos. Cuerpos técnicos periciales	153
II. Formular los puntos de pericia	156
III. Designar consultor técnico	157
IV. Indicar los documentos indubitados en la pericial caligráfica	158
V. Planos, exámenes científicos, reconstrucción de los hechos, consultas científicas o técnicas	158
VI. Modelos de escritos ofreciendo prueba pericial	159
VI.1. Punto de pericia sobre la Historia Clínica	159
VI.2. Puntos de pericia psicológica	160
VI.3. Puntos de pericia médica	161
6. Reconocimiento judicial	164
7. Otros medios no previstos expresamente	164
§ 8. Parte demandada: contestar la prueba ofrecida por la actora. Remisión	167
§ 9. Producir prueba anticipadamente si las circunstancias lo exigen	167
— Modelo de escrito solicitando prueba anticipada	170
§ 10. Prueba de los «requisitos de admisibilidad» de la pretensión	171
§ 11. Prueba en la negociación prejudicial	172
§ 12. Conclusión	173

CAPÍTULO III

QUÉ HACER UNA VEZ INICIADO EL JUICIO

A — EN LAS FASES DE OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN
DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

§ 13. Cuatro estadios claves del procedimiento probatorio	175
§ 14. Ofrecer los medios de prueba	176
a) Regla: la prueba se ofrece en la demanda y en su contestación	176
b) Excepción: ofrecimiento fuera de la demanda o de su contestación	177
1. Ampliación por omisión	177
2. Hechos nuevos	178
3. Nuevos hechos o «no invocados en la demanda»	180
4. Documentos nuevos	181
5. Contraprueba de una prueba dispuesta de oficio	183
6. Incidentes y recursos. Remisión	184
7. Comunicación del art. 1735, CCCN	184
8. Prueba anticipada. Remisión	184
c) Impugnación de la resolución que rechaza «in limine» el ofrecimiento de prueba	185
d) Contestar el ofrecimiento de prueba de la contraparte	186
1. Genérica oposición por inadmisibilidad o impertinencia	186
I. Requisitos que evalúa el juez para ordenar la producción de una prueba	187
II. Cuándo evalúa el juez los requisitos extrínsecos e intrínsecos	188
III. Tiempo y vía adecuada para oponerse	188

2. Contestaciones particulares	189
I. Documental	189
I.1. Documento privado	189
I.2. Instrumento público	190
I.3. Respuesta de expectativa	191
I.4. Documento en poder de la contraparte	191
II. Informativa	192
III. Confesional	192
IV. Testimonial	193
V. Pericial	194
e) Desistimiento de prueba ofrecida	196
§ 15. Apertura a prueba. Admisión de los medios ofrecidos por las partes	199
a) Petición de audiencia preliminar	200
1. Carga de las partes	201
2. Condiciones para su procedencia	201
3. Fuero Contencioso Administrativo Federal	202
4. Modelos de resoluciones que convocan a la audiencia	204
b) Notificación de la audiencia	205
1. Modo. Notificación «por Secretaría»	205
2. Domicilio de notificación	206
3. Consecuencias de la falta de notificación	207
c) Actuación en la audiencia preliminar	208
1. Carga de comparecer	210
I. Ausencia con y sin justificación	211
II. ¿Hay que esperar al ausente?	212
III. Factibilidad para el ausente de interponer reposición	214
IV. Régimen de notificación a quien no compareció	215
V. Probable confesión ficta y medidas cautelares	217
VI. Imposibilidad de realizar las impugnaciones propias de la audiencia	217
VII. Convocatorias «bajo apercibimiento en caso de no concurrir»	217
VIII. La ausencia como «elemento de convicción corroborante de las pruebas»	218
IX. ¿Puede el abogado invocar la figura del gestor?	219
X. Ausente la parte ¿qué puede hacer el abogado mero patrocinante?	220
2. Patrocinio letrado	222
I. Necesidad de asistencia jurídica	223
II. Recomendaciones generales	226
II.1. Concurrir con la materia preparada	226
II.2. Instruir a quien comparecerá	227
II.3. Llevar material de consulta	228
II.4. Actitud alerta y diligente durante el acto	228
II.5. Tomar notas	231
II.6. Controlar el acta. Remisión	231
II.7. Recordar que el abogado es par del juez	231
3. Deber del juez de estar presente	232
I. Incumplimiento de este deber	232
II. Motivos de la ausencia del magistrado	233
III. Desvirtuación de la audiencia preliminar	235

4. Impugnación de la resolución que admite o rechaza los hechos nuevos	236
5. Oposición a la apertura a prueba	237
6. Prescendencia de apertura a prueba por conformidad de las partes	239
7. Impugnación de los hechos fijados por el juez sobre los que recaerá la prueba	240
8. Admisibilidad de la prueba	241
I. Oposición	242
II. Resolución que provee la prueba	242
II.1. Contenido básico	243
a. Documental	243
b. Confesional	243
c. Testimonial	244
d. Informativa	245
e. Pericial	245
II.2. Impugnación	246
9. Absolución de posiciones. Remisión	246
10. Otras posibles cuestiones	247
I. Plazo probatorio	247
II. Cuadernos de prueba	248
III. Comunicación del art. 1735, CCCN	249
III.1. ¿Deber o facultad?	249
III.2. Oportunidad	252
III.3. Modo	254
III.4. Efecto del incumplimiento del aviso	255
11. Acta de la audiencia	256
I. Importancia	256
II. Control	257
III. Instrumento público	258
IV. Impugnación	258
V. Modelos de actas de audiencias	259
12. Reglas de gestión judicial y modelo de acta del fuero nacional en lo comercial	262
B — ACTIVIDAD DE LOS ABOGADOS EN LAS FASES DE PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	
§ 16. Actividades esenciales: producir, controlar, valorar	267
§ 17. Producir los medios ofrecidos por la propia parte y admitidos por el juez	268
a) Impulsar la realización del medio para evitar su caducidad	269
1. Negligencia	271
2. Caducidad automática	273
I. Prueba informativa	273
II. Prueba confesional	274
III. Prueba testimonial	274
IV. Prueba pericial	278
b) Activar notificaciones	279
1. Prueba documental	281
2. Prueba informativa	283

3. Prueba de confesión	284
I. Domicilio	284
II. Notificación «por Secretaría»	285
III. Carga del oferente	285
IV. Notificación al declarado rebelde	286
V. Plazo de notificación	286
VI. Transcripción del apercibimiento	287
VII. Bajo responsabilidad	288
VIII. Por oficio. Remisión	289
4. Prueba de testigos	289
I. Transcripción del apercibimiento del art. 431 del CPCCN	289
II. Alcance de la «citación por el juzgado»	290
III. Por cédula sólo a los testigos	290
IV. Domicilio de notificación	291
V. Plazo	292
VI. Notificación de incidentes sobre testigos	292
VII. Notificación por oficio. Remisión	293
5. Prueba de peritos	293
I. Designación	293
II. Adelanto de gastos	293
III. Traslado del incidente de recusación y de su sentencia	293
IV. Traslado del dictamen, del pedido de explicaciones y de impugnaciones	294
c) Redactar y entregar pliegos de posiciones, interrogatorios, y oficios	294
1. Pliego de posiciones	294
I. Redacción de las posiciones	295
— Modelo de pliego de posiciones	298
II. Entrega del pliego	299
2. Interrogatorio para testigos	301
I. Forma de las preguntas. La pregunta sugestiva	301
II. Tipos de preguntas	303
III. Expresiones estériles	305
IV. Modelo de interrogatorio para testigos	306
V. Entrega	306
3. Recomendaciones comunes a ambos documentos	307
4. Oficios y exhortos	308
I. Oficio de pedido de informes	310
I.1. Art. 400, CPCCN	310
I.2. Contenido	311
I.3. Modelo de oficio de pedido de informes	312
I.4. Informante en extraña jurisdicción. Ley 22.172	313
I.5. Diligenciamiento	313
II. Oficio solicitando prueba documental en poder de entidades privadas	314
III. Oficio requiriendo que ciertos funcionarios absuelvan posiciones y declaren como testigos	314
IV. Oficio encomendando diligencias de prueba a jueces de otras localidades	315
IV.1. Supuestos	315

IV.2. Oficio ley 22.172	316
a. Modelo de oficio ley 22.172	317
b. Diligenciamiento. Escrito de presentación	318
c. Modelo de escrito de presentación	318
d) Participar en audiencias, en operaciones técnicas periciales, y en el reconocimiento judicial	319
1. Audiencia de absolución de posiciones	320
I. Circunstancias y desarrollo secuencial del acto	320
II. Actuación del abogado del ponente	322
II.1. Puntualidad	322
II.2. Oposición a que absuelvan ciertas personas	322
II.3. Formular espontáneamente las posiciones	323
II.4. Reformular y desistir posiciones	324
II.5. Ampliar el pliego de posiciones	325
II.6. No participa en la oposición a contestar	326
II.7. Interrogar a las partes	326
a. Forma expresiva	327
b. Contenido	327
c. Efectos	327
d. Momentos	328
II.8. Recursos	328
II.9. Controlar la fidelidad del acta	329
III. Actuación del abogado del absolvente	330
III.1. Justificación de la ausencia del absolvente	331
III.2. Oponerse a una posición impertinente	331
IV. Modelos de acta de audiencias	332
2. Audiencia testimonial	335
I. Circunstancias y desarrollo secuencial del acto	335
II. Actuación del abogado de la parte oferente	340
II.1. Asegurar que el testigo dé «razón de sus dichos»	340
II.2. Oponerse a una pregunta	342
III. Actuación del abogado de la parte no oferente	342
III.1. Oponerse a que declare un testigo	342
III.2. Oponerse a una pregunta	343
III.3. Repreguntar	344
IV. Modelos de acta de audiencias	346
V. Audiencias privadas. Reglamento del fuero Nacional en lo Comercial	351
3. Operaciones técnicas periciales	355
I. Hay que manifestar el interés en participar	355
II. Legitimados	355
III. En qué consiste la participación	356
4. Reconocimiento judicial	356
e) Efectuar ciertas impugnaciones	357
1. Prueba de confesión. Oposición a que absuelvan posiciones ciertas personas. Remisión	358
2. Prueba informativa. Impugnación del informe	358

3. Prueba de testigos	359
I. Oposición a una pregunta. Remisión	359
II. Alegar y probar sobre la idoneidad del testigo	359
4. Prueba de peritos	361
I. Recusación del experto	361
II. Solicitar la remoción del perito	362
III. Oponerse al anticipo de gastos	365
IV. Reparos al dictamen	367
IV.1. Requisitos del dictamen	368
— Modelo de dictamen del perito	369
— Puntos de la peritación contable de la parte demandada	369
— Puntos de la peritación contable de la parte actora	370
IV.2. Pedido de explicaciones. Observaciones	373
— Modelo de pedido de explicaciones del dictamen	374
IV.3. Impugnación por defectos formales (validez del dictamen)	375
IV.4. Impugnación por su contenido (eficacia probatoria)	377
V. Nulidad de la pericia	378
§ 18. Controlar la producción de los medios ofrecidos por la contraparte y actuar en consecuencia	380
§ 19. Alegar sobre el mérito de la prueba	383
a) Modelo de alegato	386
b) Forma y contenido del escrito	389
1. Síntesis del litigio	392
2. Análisis de la prueba producida	392
3. Conclusión	394
c) Procedimiento	395
1. Pedido de «autos para alegar». Agregación de los cuadernos. Certificación de la prueba	395
— Modelo de certificación de prueba	396
2. Firmeza de la providencia de autos para alegar	398
3. Retiro y devolución del expediente	399
4. Presentación del alegato	403
§ 20. Intervención en las medidas de prueba ordenadas de oficio	403

CAPÍTULO IV

LA PRUEBA EN INCIDENTES Y RECURSOS

§ 21. Prueba en incidentes	413
a) Generalidades sobre incidentes	413
b) Particularidades del procedimiento probatorio	416
1. En los incidentes genéricos	416
I. Ofrecimiento de los medios de prueba	417
II. Admisión y producción de los medios	418
III. No hay alegatos sobre el mérito de la prueba	421

2. En algunos incidentes reglados	422
I. Recusación con expresión de causa	422
II. Beneficio de litigar sin gastos	422
III. Tercerías	425
IV. Levantamiento de embargo sin tercería	426
V. Medidas cautelares	428
VI. Prueba anticipada	430
VII. Redargución de falsedad de instrumento público	433
§ 22. La prueba en los recursos	433
a) Generalidades sobre recursos	433
b) Reposición con trámite de incidente	436
c) Apelación	436
1. En relación	437
2. Libre	440
I. Crítica en la expresión de agravios a la valoración de la prueba hecha por el «a quo»	442
— Modelo de escrito de expresión de agravios	446
II. Posibilidad de prueba en la Alzada	449
II.1. Replanteo de prueba	450
II.2. Alegación de hechos nuevos	452
II.3. Presentación de documentos nuevos	453
II.4. Exigir confesión judicial	455
III. Procedimiento	456
CAPÍTULO V	
LA PRUEBA INFORMÁTICA	
§ 23. La prueba informática como sistema	459
§ 24. Garantías y derechos que deben respetarse	462
a) La fruta prohibida	462
b) Resguardar la prueba y asegurar los derechos de terceros	462
1. Cadena de custodia	463
2. Imagen forense	463
3. Hash	464
§ 25. Necesidad de contar con un experto	465
a) El especialista en informática	465
b) Modos de intervenir del experto	466
c) El tiempo (o momento) de la intervención	466
1. En la etapa de preparación del caso	467
2. Durante la etapa de producción de la prueba	468
3. Al momento de la valoración de la prueba	468
§ 26. La prueba documental dentro del sistema de prueba informática	469
a) Documentos que no son correspondencia	469
1. El soporte de la escritura	470
2. El soporte de la expresión escrita y la firma en el Código Civil y Comercial de la Nación	471

3. El documento electrónico en la Ley de Firma Digital	471
4. Aspectos prácticos	472
I. Presentación y copias de traslado	472
II. Negativa de la autenticidad. Prueba en subsidio	473
III. Modelo de escrito ofreciendo documental en soporte electrónico y prueba en subsidio	473
b) Correspondencia	475
1. Correo electrónico	475
I. Presentación, copias de traslado, prueba en subsidio	475
II. Algunas cuestiones de importancia	475
II.1. La copia impresa del correo no es suficiente	475
II.2. Acta notarial	476
II.3. Los datos invisibles	476
2. Otras formas de correspondencia	477
I. Conversaciones de WhatsApp (y otros sistemas de mensajería instantánea)	477
II. Mensajes de texto	477
III. Publicaciones en redes sociales	478
§ 27. Epílogo	478

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

§ 28. Generalidades	479
■ <i>Jurisprudencia</i>	483
§ 29. La tarea inoficiosa no da derecho a la regulación de honorarios	492

BIBLIOGRAFÍA GENERAL	495
-----------------------------	-----